

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29-10-2019 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη – Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή – Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου - Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από 18-10-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1274/21-10-2019 της εταιρίας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση : α) της η από 26.09.2019, υπ' αριθμ. 2455/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (ΘΕΜΑ υπ' αριθ. 80), με την οποία εγκρίθηκε το από 01.08.2019 Πρακτικό 1ο της Επιτροπής Διαγωνισμού που διαβιβάσθηκε στην Οικονομική Επιτροπή με το με αριθμόέγγραφο της Δ/σης Διαχείρισης, β) της ΟΡΘΗΣ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗΣ της από 26.09.2019, υπ' αριθμ. 2455/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (ΘΕΜΑ υπ' αριθ. 80), γ) του από 01.08.2019 Πρακτικού 1ου της Επιτροπής Διαγωνισμού που διαβιβάσθηκε στην Οικονομική Επιτροπή με το με αριθμόέγγραφο της Δ/σης Διαχείρισης και δ) κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη, στο μέτρο που με αυτές έγινε δεκτό ότι η διαγωνιζόμενη εταιρεία «..... με δ. τ.» πληροί τα κριτήρια επιλογής του Α' Σταδίου του Διαγωνισμού και, κατά συνέπεια, έγινε αποδεκτή η συμμετοχή της στα

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

επόμενα στάδια του Διαγωνισμού. Επίσης ζητά να απορριφθεί η προσφορά που υπέβαλε η άνω εταιρεία «..... με δ. τ.» και να αποκλεισθεί η συμμετοχή της από τα επόμενα στάδια του Διαγωνισμού. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα εταιρία αιτείται όπως ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής.

2. Επειδή, με την με ΑΔΑΜδιακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάθεση της σύμβασης έργου «.....», προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 12.096.774,19€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Κατά τον όρο 11.3. της διακήρυξης, αντικείμενο της σύμβασης είναι η, η αντιμετώπιση κάθε αστοχίας που θα παρουσιαστεί κατά τη διάρκεια της εργολαβίας αναβαθμίζοντας το επίπεδο εξυπηρέτησης των εποχούμενων στους πλέον σημαντικούς και επιβαρυνμένους άξονες κυκλοφορίας (όπως είναι η και ειδικότερα: - η συντήρηση και βελτίωση και ανακατασκευή τμημάτων του οδοστρώματος, - η συντήρηση και βελτίωση της οριζόντιας (διαγράμμιση) σήμανσης κατά μήκος των αξόνων, - η τροποποίηση της στάθμης των στομιών των φρεατίων επίσκεψης και υδροσυλλογής, όπου αυτά παρατηρείται να είναι βυθισμένα είτε υπερυψωμένα, σε σχέση με την επιφάνεια του οδοστρώματος, καθώς και η επισκευή όπου απαιτείται, - ο καθαρισμός των φρεατίων υδροσυλλογής ομβρίων των συνδετηρίων αγωγών των φρεατίων υδροσυλλογής με το δίκτυο ομβρίων και των αγωγών του δικτύου ομβρίων, - εργασίες συμπλήρωσης πλακοστρώσεων σε νησίδες και αντικατάσταση κατεστραμμένων κρασπέδων. Το εν λόγω έργο κατατάσσεται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): :Η διάρκεια της σύμβασης ορίσθηκε σε 12 μήνες. Κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε, κατά τον όρο 14 της διακήρυξης, η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 15-7-2019. Η εν λόγω διακήρυξη καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α Σύμφωνα με τοΠρακτικό Διεξαγωγής Διαγωνισμού, στο διαγωνισμό συμμετείχαν κατά σειρά μειοδοσίας οι εξής: «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 58,35%, «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 54,83%, «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 51,52%, «.....» με προσφερόμενο

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

ποσοστό έκπτωσης 48,83%, «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 46,13%, «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 44,11%, «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 42,35%, «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 13,83% και «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 5,00%. Σύμφωνα με το ίδιο Πρακτικό, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών εγγυητικών επιστολών συμμετοχής διαπιστώθηκε ότι η εταιρεία με την επωνυμία: «.....» δεν υπέβαλλε εγγυητική συμμετοχής σύμφωνα με τα όσα ορίζει το άρθρο 24.2.δ της Διακήρυξης, η Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής (Ε.Ε.Σ) που κατατέθηκε από την εταιρεία με την επωνυμία: «.....» έχει χρόνο ισχύος μικρότερο του προβλεπόμενου από την διακήρυξη. Κατά τον έλεγχο των Ε.Ε.Ε.Σ, διαπιστώθηκε ότι η εταιρεία με την επωνυμία «.....» υπέπεσε σε παράβαση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977 για το χρονικό διάστημα από 01-03-2011 μέχρι και 14-03-2011 (Απόφαση 674/2018 της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού), με επιβολή προστίμου ύψους 35.723,71 €. Η εν λόγω εταιρεία κατά την συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ δηλώνει την λήψη μέτρων προς απόδειξη της αξιοπιστίας της, για τον λόγο αυτό η Επιτροπή Διαγωνισμού αποφάσισε τον μη αποκλεισμό της εν λόγω εταιρείας με την επωνυμία «.....» από την συνέχεια της διαδικασίας για την ανάδειξη προσωρινού μειοδότη. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, πραγματοποιώντας τον έλεγχο πληρότητας των φακέλων προσφοράς των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό διαπίστωσε ότι ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....» δεν πληροί τους όρους του άρθρου 24.2 στ. της διακήρυξης και έτσι έκανε αποδεκτές τις προσφορές έξι (6) Οικονομικών Φορέων και δη «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 58,35%, «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 54,83%, «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 51,52%, «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 48,83%, «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 46,13% και «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 42,35% και εισηγήθηκε την ανάθεση της υπόψη δημόσιας σύμβασης στον οικονομικό φορέα «.....» με οικονομική προσφορά 5.219.346,36€. Ακολούθως και σύμφωνα με την υπ' αρ. 2455/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 8-10-2019, μετά από εισήγηση της Δ/σης Διαχείρισης (.....) για εξέταση του αιτήματος αιτιολόγησης για

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

τις εταιρίες που υπέβαλαν χαμηλές προσφορές στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, το οποίο υπέβαλε την 6-8-2019 ο 6^{ος} κατά σειρά μειοδότης και προσφεύγων οικονομικός φορέας, αποφάσισε κατά πλειοψηφία την ανάδειξη ως προσωρινού μειοδότη του οικονομικού φορέα «.....» ως έχοντα προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή, ενώ κατά τη μειοψηφία έπρεπε να εφαρμοστεί η διαδικασία του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 για την αιτιολόγηση των προσφορών που είναι άνω του 40% και ώφειλε η Υπηρεσία να ελέγξει την επάρκεια των τεχνικών μέσων των προσωρινών μειοδοτών αθροιστικά, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, στις περιπτώσεις που οι προσωρινοί μειοδότες των επίδικων διαγωνισμών είναι ο ίδιος Οικονομικός Φορέας ή συνεργαζόμενοι Οικονομικοί Φορείς, πράγμα που δεν είχε γίνει μέχρι τότε. Επίσης δύο αναπληρωματικά μέλη της Οικονομικής Επιτροπής καταψήφισαν την ανωτέρω απόφαση με την παρατήρηση ότι *«Κύριε πρόεδρε, για τα θέματα της οδοποιίας ψηφίζουμε κατά αφού η παράταξή μας είχε καταγγείλει τη διαδικασία από την προηγούμενη Διοίκηση και είχαμε διαφωνήσει έντονα, Τέλος, σε σχετικές καταγγελίες για διαγωνισμούς της Περιφέρειαςέχει προχωρήσει στο παρελθόν και ο Πανελλήνιος Σύνδεσμος Τεχνικών Έργων»*. Ακολούθως η αναθέτουσα αρχή την 15-10-2019 ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού σε ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ την ανωτέρω υπ' αρ. 2455/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της, στην οποία συμπεριλήφθηκε στην εισήγηση της η διαβίβαση του από 01.08.2019 Πρακτικού της Ε.Δ. του διαγωνισμού και η λήψη υπόψη των από 06.08.2019 και 23.09.2019 υπομνημάτων της εταιρείας «.....», για λήψη απόφασης από την Οικονομική Επιτροπή με την παροχή εξουσιοδότησης στην Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Διαχείρισης Περιφέρειαςγια τη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού μέχρι την υπογραφή της σύμβασης. Επίσης περιλήφθηκε μνεία ότι η Οικονομική Επιτροπή έλαβε υπόψη της για την έκδοση της σχετικής απόφασής της τα ανωτέρω υπομνήματα της εταιρείας «.....».

3. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά αμφοτέρων των ως άνω αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, υποστηρίζοντας τα εξής: **ι)** Στη διάταξη του άρθρου 4 της Διακήρυξης «Διαδικασία ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών/Κατακύρωση/Σύναψη Σύμβασης/ Προδικαστική

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

Προσφυγή/ Προσωρινή Δικαστική Προστασία» και ειδικότερα, στην παράγραφο 1 περίπτωση η) υποσημείωση 13, αναφέρεται ότι: «*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*». Η προσφορά της εταιρείας, η οποία υπεβλήθη με συνολικό ποσοστό έκπτωσης 58,35%, συνιστά ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, κατά την έννοια του όρου της Διακήρυξης, της σχετικής νομοθεσίας και τα κατωτέρω αναφερόμενα και, κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή είχε υποχρέωση να ζητήσει από την εταιρεία αυτή αιτιολόγηση ως προς την υποβολή της εν λόγω προσφοράς και σε περίπτωση μη επαρκούς αιτιολόγησης εκ μέρους της να απορρίψει την προσφορά της και να την αποκλείσει από την συνέχεια του Διαγωνισμού, άλλως να απαντήσει με πλήρη, ειδική και σαφή αιτιολογία επί των ισχυρισμών, όπως αυτοί διατυπώθηκαν με τα από 06.08.2019 και 23.09.2019 ειδικά και αιτιολογημένα υπομνήματα ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής και όπως οι ισχυρισμοί αυτοί επαναλαμβάνονται και συμπληρώνονται με την παρούσα. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 4 της Διακήρυξης, η οποία παραπέμπει στο αρ. 88 του ν. 4412/2016, το οποίο ενσωματώνει τις διατάξεις του αρ. 69 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ για τις «ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές»: Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα [...] 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 (παρ. 1). Καθιερώνεται λοιπόν διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής στον εντοπισμό των προσφορών οι οποίες φαίνονται ως ασυνήθιστα χαμηλές, εκτός εάν κάποιος διαγωνιζόμενος προβάλει ενώπιον αυτής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζόμενου, οπότε γεννάται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει με σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία επί των προβληθέντων ουσιωδών ισχυρισμών, αφού προηγουμένως ζητήσει σχετικές διευκρινίσεις

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

από το διαγωνιζόμενο που φέρεται ότι έχει υποβάλει την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. Στην περίπτωση αυτή λοιπόν, όπου η προσφορά «φαίνεται» υπερβολικά χαμηλή, δεδομένου ότι άλλοι διαγωνιζόμενοι έχουν υποβάλει σαφείς και συγκεκριμένους λόγους από τους οποίους προκύπτει η αδυναμία κατασκευής του έργου με το προσφερόμενο τίμημα, η Διοίκηση παύει να έχει διακριτική ευχέρεια για το εάν θα καλέσει ή όχι τον οικονομικό φορέα να εξηγήσει την τιμή ή το κόστος που προτείνει στην ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά του, και η αρμοδιότητά της καθίσταται δέσμια. Αν μάλιστα έχει διαπιστωθεί ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή ως αποτέλεσμα παραβίασης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού, τότε τα περιθώρια της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής ουσιαστικά εκμηδενίζονται και αυτή υποχρεούται ν' απορρίψει την προσφορά. 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. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα κατέθεσε τα από 06.08.2019 και 23.09.2019 υπομνήματα ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής (Οικονομικής Επιτροπής της), τα οποία εμπεριέχουν ουσιώδεις ισχυρισμούς ικανούς να δημιουργήσουν στην αναθέτουσα Αρχή αμφιβολίες ως προς την φερεγγυότητα της υποβληθείσης οικονομικής προσφοράς της εταιρίας, ώστε να κριθεί η προσφορά της εν λόγω εταιρείας ασυνήθιστα χαμηλή, με περαιτέρω συνέπεια να οφείλει η αναθέτουσα αρχή να καλέσει αυτήν προς παροχή διευκρινήσεων για την εν λόγω προσφορά της, και σε περίπτωση που οι διευκρινήσεις της δεν είναι επαρκείς να απορρίψει αυτήν. Ωστόσο, από το Πρακτικό 1ο της Επιτροπής Διαγωνισμού με ημερομηνία 01.08.2019, και την υπ' αριθ. 2455/2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής προκύπτει ότι η ανακήρυξη της ως προσωρινού μειοδότη έλαβε χώρα χωρίς να ληφθούν υπόψη οι ισχυρισμοί που η προσφεύγουσα υπέβαλε με τα υπομνήματά της και οι οποίοι έπρεπε να αξιολογηθούν. Η Οικονομική Επιτροπή, αντ' αυτού, αντιλαμβανόμενη το προδήλως παράνομο και αναίτιολόγητο της απόφασής της αναγκάστηκε να εκδώσει και να κοινοποιήσει ημέρες μετά, στις 15.10.2019, την μεταγενέστερη υπ' αριθ. 2455/2019 Απόφαση «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» για να περιλάβει εκεί απλή

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

μνεία ότι λήφθηκαν υπόψη τα υπομνήματα της προσφεύγουσας, χωρίς καμία περαιτέρω αιτιολογία, γεγονός που καθιστά και αυτήν την απόφαση «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» ακυρωτέα, αφού δεν εξηγείται, ούτε κατ' ελάχιστο, γιατί οι ειδικοί και συγκεκριμένοι ισχυρισμοί της δεν είναι πειστικοί, αλλά γίνεται απλή αναφορά στα υπομνήματα και όχι στο περιεχόμενό τους, κάτι που προφανώς δεν συνιστά αιτιολογία. Η έκδοση της υπ' αριθ. 2455/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» συνιστά, ταυτόχρονα, παράβαση σειράς ουσιωδών τύπων της διαδικασίας. Περαιτέρω, βάσιμες αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία της υποβληθείσας έκπτωσης, ώστε η υποβληθείσα προσφορά να φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, και συνεπώς να προκύπτει υποχρέωση να κληθεί ο διαγωνιζόμενος να εξηγήσει την τιμή ή το κόστος της προσφοράς του, κατά απαίτηση του αρ. 88 του ν 4412/2016 και του αρ. 4 της Διακήρυξης, προκύπτει και από την διατύπωση της άποψης της μειοψηφίας στην ως άνω απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, σύμφωνα με την οποία : *«Τα τακτικά μέλη της Οικονομικής Επιτροπής [...] καταψηφίζουν την ανωτέρω απόφαση με την παρατήρηση ότι: Κατά, διότι Α) κρίνουμε ότι πρέπει να εφαρμοστεί η διαδικασία του αρ. 88 του ν. 4412/2016 για αιτιολόγηση των προσφορών που είναι άνω του 40%»* και η οποία επίσης αγνοήθηκε χωρίς να δοθεί κάποια εξήγηση. Δηλαδή, ενώ υπήρχε ισχυρή μειοψηφία που εξέφραζε την άποψη ότι απαιτείται να ζητηθεί αιτιολόγηση γιατί η μειοδοτούσα προσφορά φαινόταν ιδιαίτερη χαμηλή, η απόφαση της πλειοψηφίας λήφθηκε χωρίς να υπάρξει συζήτηση και επιχειρηματολογία για το αντίθετο, το οποίο απλώς επιβλήθηκε εντελώς ανυποστήρικτα. Τέλος, είναι ιδιαίτερα κρίσιμο το γεγονός ότι σε αντίστοιχα έργα που ταυτόχρονα δημοπράτησε η, όπως στο έργο «.....», στο οποίο η μειοδότηρια εταιρεία «.....» υπέβαλε συνολική μέση έκπτωση 62,70%, στο έργο «.....» στο οποίο η μειοδότηρια εταιρεία «.....» υπέβαλε συνολική μέση έκπτωση 62,30%, ή στο έργο «.....» στο οποίο η μειοδότηρια εταιρεία «.....» υπέβαλε συνολική μέση έκπτωση 54,07%, κλήθηκαν οι προσφέροντες μειοδότες με πράξεις της Αρχής προς παροχή εξηγήσεων. Στο τελευταίο δε έργο το συνολικό ποσοστό της έκπτωσης ήταν κατά 4 μονάδες και πλέον χαμηλότερο από την επίδικη προσφορά. Οι ως άνω κλήσεις τις Αναθέτουσας Αρχής προς παροχή εξηγήσεων στις μειοδότηριες εταιρείες για την τιμή και το κόστος της προσφοράς τους σε έργα ομοίου χαρακτήρα θα έπρεπε να αποτελέσουν

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

αποφασιστικό παράγοντα για τη λήψη απόφασης προκειμένου να ακολουθηθεί η αντίστοιχη διαδικασία και για τον επίδικο διαγωνισμό. Εν προκειμένω η στάση της Αναθέτουσας Αρχής να μην καλέσει σε αιτιολογία την μειοδότη εταιρεία να εξηγήσει την προσφορά της συνιστά προφανή διοικητική αντίφαση που δεν αιτιολογείται. Με τα από 06.08.19 και 23.09.2019 υπομνήματα της προσφεύγουσας προς την Αναθέτουσα Αρχή, η προσφεύγουσα ανέλυσε και απέδειξε, ως ισχυρίζεται, τους ειδικούς και συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η προσφορά του προσωρινού μειοδότη μέσης έκπτωσης 58,35%, αλλά και όλων των διαγωνιζομένων μέχρι το ποσοστό έκπτωσης που πρόσφερε η προσφεύγουσα, είναι Ασυνήθιστα Χαμηλές και χρήζουν ειδικής αιτιολόγησης. Συγκεκριμένα η προσφορά του μειοδότη ύψους 58,35%, με βάση την ακριβή και εμπειριστατωμένη τεκμηρίωση των υπομνημάτων υπολείπεται κατά πολύ του κόστους του έργου και σε κάθε περίπτωση η εν λόγω εταιρεία δεν είναι σε θέση να εκτελέσει το έργο οικονομικότερα από την προσφεύγουσα, τουναντίον θα υποστεί κατά την εκτέλεση σειρά σημαντικών επιβαρύνσεων αφού - μεταξύ πολλών άλλων - η προσφορά, επιπρόσθετα σε όσα αναφέρθηκαν στα Υπομνήματα, περιλαμβάνει τις ακόλουθες σοβαρές και προφανείς κατά την κοινή λογική παραμέτρους επιβάρυνσης του κόστους κατασκευής: α. Η εκτέλεση του έργου γίνεται σε συνεργασία με συγκρότημα παραγωγής το οποίο βρίσκεται σε μέση απόσταση 45 χλμ. από τον τόπο εκτέλεσης του έργου. Αυτό συνεπάγεται κατά πολύ μεγαλύτερη επιβάρυνση του κόστους παραγωγής συγκρινόμενο με αυτό τη προσφεύγουσας, το οποίο είναι εγκατεστημένο σε μέση απόσταση 30 χλμ. από τον τόπο εκτέλεσης του έργου. Συγκεκριμένα, η προσωρινή μειοδότης δηλώνει μίσθωση ασφαλικού συγκροτήματος της εταιρείας στη θέση(θέση), που λόγω της τοποθεσίας του, το κόστος παραγωγής, πώλησης και μεταφοράς ασφαλτομίγματος επιβαρύνεται με διόδια (.....) ως εξής, α) οι μεταφορές όλων των πρώτων υλών στο εργοστάσιο επιβαρύνονται με διόδια, αυξάνοντας το κόστος παραγωγής και συνεπώς την τιμή πώλησης ασφαλτομίγματος και β) όλες οι μεταφορές των έτοιμων προϊόντων προς το έργο επιβαρύνονται με διόδια ύψους 11,65€/διέλευση. Η συνολική επιβάρυνση του κόστους για την μεταφορά του ασφαλτομίγματος στο έργο, υπολογίζεται ως ακολούθως: για την κατασκευή του έργου απαιτούνται 87.320 τόνοι ασφαλτομίγματος, το μέσο ωφέλιμο

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

φορτίο για κάθε φορτηγό είναι 20 τόνοι, επομένως απαιτούνται 87.320τονοι/20τονοι για κάθε δρομολόγιο=4.366 δρομολόγια, κάθε δρομολόγιο περιλαμβάνει 2 διελεύσεις από τα διόδια Αφιδνών ύψους 11,65€ έκαστη άρα το κόστος (μόνο για διόδια) ανέρχεται σε $4.366 \text{ διελεύσεις} * 2 * 11.65 \text{€} = 101.730 \text{€}$. Επιπρόσθετα, για να καλύψουν τα φορτηγά την μεγαλύτερη απόσταση των 45 χλμ έναντι των 30 χλμ, χρειάζονται 50% μεγαλύτερο χρόνο για τις διαδρομές τους, άρα κάνουν λιγότερες διαδρομές κάθε εργάσιμη ημέρα και μεταφέρουν λιγότερους τόνους. Με συντηρητικούς υπολογισμούς, για την αδιάλειπτη τροφοδοσία των δυο μετώπων εργασίας που απαιτεί η μελέτη του έργου, απαιτείται η μίσθωση επιπλέον 8 φορτηγών ανά ημέρα εργασίας σε σχέση με τους υπόλοιπους συμμετέχοντες, το δε κόστος ανέρχεται σε $8 \text{ φορτηγα} * 280 \text{€} \text{ ημερήσιο μίσθωμα} = 2.240 \text{€/ημέρα} \text{ εργασίας}$. Εάν οι συμμετέχοντες επιτύχουν τον βέλτιστο χρόνο εργασίας των 55 ημερών τότε θα επιβαρυνθούν το κόστος των επιπλέον φορτηγών ύψους $55 \text{ ημέρες} * 2.240 \text{€/ημέρα} = 123.200 \text{€}$. Εν κατακλείδι, από την επιλογή της συνεργασίας με το συγκρότημα της, η ελάχιστη συνολική επιβάρυνση των συμμετεχόντων μόνο για το κόστος διοδίων και τα επιπλέον φορτηγά ανέρχεται σε $101.730 \text{€} + 123.200 \text{€} = 224.930 \text{€}$.

β. Το συγκρότημα παραγωγής ασφαλτομίγματος του μειοδότη (όπως και των λοιπών τεσσάρων κατά σειρά μειοδοτών) έχει, σύμφωνα με το τεχνικό του φυλλάδιο, παραγωγική ικανότητα που δεν ξεπερνά τους 120 τόνους/ώρα. Αντίθετα το συγκρότημα που διαθέτει η προσφεύγουσα μπορεί, κατά το τεχνικό του φυλλάδιο, να φτάσει τους 200 τόνους/ώρα. Η διαφορά αυτή είναι κρίσιμη και τούτο γιατί για να καλυφθεί η ανάγκη εκτέλεσης του συνόλου των εργασιών της συντήρησης 440.000 τ.μ. ασφατικών ταπήτων σε δύο μέτωπα ταυτόχρονα, με τρόπο που να είναι επαρκώς οικονομικός, θα πρέπει κάθε συνεργείο εκ των δύο να έχει ημερήσια απόδοση 4.000 τ.μ. πλήρως περαιωμένης εργασίας. Ειδικότερα, επειδή η μελέτη του έργου απαιτεί την δυνατότητα εργασίας σε δύο μέτωπα ταυτόχρονα, η απαιτούμενη ποσότητα ασφαλτομίγματος για ημερήσια εργασία σε δυο μέτωπα υπολογίζεται ως εξής, $720 \text{ τόνοι} \text{ επί } 2 \text{ σημεία} \text{ εργασίας} = 1.440 \text{ τόνοι/ημέρα} \text{ εργασίας}$. Για την παραγωγή της απαιτούμενης ποσότητας τα συγκροτήματα που έχουν παραγωγική ικανότητα έως 120 τόνους/ώρα, χρειάζονται $1.440/120 = 12 \text{ ώρες} \text{ εργασίας}$, ενώ το συγκρότημα της προσφεύγουσας που

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

έχει παραγωγική ικανότητα έως 200 τόνους/ώρα χρειάζεται $1.440/200 = 7,20$ ώρες εργασίας. Επομένως η συνεργασία με τα άλλα συγκροτήματα που συμμετέχουν στον διαγωνισμό θα είναι πιο ακριβή λόγω δεύτερης βάρδιας προσωπικού για την λειτουργία του συγκροτήματος για την ίδια παραγωγή. Με κοστολόγιο της προσφεύγουσας, η μια βάρδια για το σύνολο του εξειδικευμένου προσωπικού που απασχολείται στην παραγωγή ανέρχεται σε 2€/παραγόμενο τόνο. Ο διπλασιασμός του εν λόγω προσωπικού οδηγεί σε επιβάρυνση για το έργο ύψους $2\text{€} \cdot 87.320 \text{ τόνοι} = 174.640\text{€}$. Σε διαφορετική περίπτωση, κατά την οποία το συγκρότημα δεν μπορεί να διαθέσει 2η βάρδια (διπλό εξειδικευμένο προσωπικό), τότε η τροφοδοσία στα δυο μέτωπα εργασίας δεν θα επαρκεί, επομένως θα οδηγηθούν σε μειωμένες ημερήσιες αποδόσεις συνεργείων, με ενδιάμεσες σταλίες των μηχανημάτων στο έργο, και άρα θα χρειαστούν περισσότερες μέρες εργασίας για τις οποίες οι συμμετέχοντες επιβαρύνονται με τα έξοδα του εργοταξίου ύψους από 3.000 έως 8.800 Ευρώ (ανάλογα με το κοστολόγιο κάθε συμμετέχοντα) και τελικά με σημαντική επιβάρυνση του κόστους. γ. Τέλος, ο πρώτος μειοδότης, με βάση τα τεχνικά χαρακτηριστικά των μηχανημάτων και τα σχετικά μισθωτήρια που κατέθεσε, έχει ιδιαίτερα αυξημένο κόστος εργασίας για τους εξής λόγους, πρώτον μισθώνει σχεδόν το σύνολο του βασικού εξοπλισμού από την επαρχία επομένως δεν απολαμβάνει το πλεονέκτημα της χρήσης ιδιόκτητου εξοπλισμού με αποτέλεσμα το ημερήσιο κόστος για την απασχόληση των μισθωμένων μηχανημάτων του (χωρίς το κόστος διαμονής και μετακίνησης του προσωπικού του εκμισθωτή) - μόνο για τον βασικό εξοπλισμό, δηλαδή 2 φρέζες, 2 φίνισερ και 4 οδοστρωτήρες - να ανέρχεται σε 8.800€/ημέρα εργασίας όταν για εμάς το αντίστοιχο κόστος ανέρχεται σε 3.000€/ημέρα εργασίας. Για τις (ιδανικά) 55 ημέρες εργασίας, επιβαρύνεται με επιπλέον κόστος λόγω μίσθωσης $8.800 - 3.000 = 5.800\text{€/ημέρα} \cdot 55 \text{ ημέρες} = 319.000\text{€}$. Επιπλέον, επειδή η μία φρέζα που μισθώνει έχει πλάτος κοπής 1 μέτρο αντί για 2 μέτρα που δηλώνουν οι υπόλοιποι συμμετέχοντες, το ένα συνεργείο θα πρέπει να εργαστεί με μειωμένες αποδόσεις κατά 50% στην πρόδρομη εργασία του φρεζαρίσματος. Επομένως οι ημέρες εργασίας για το ένα συνεργείο του φρεζαρίσματος διπλασιάζονται, και το κόστος μόνο για αυτό το μηχάνημα, που ανέρχεται σε 1.800 €/ημέρα, αντί για 55 ημέρες θα πρέπει να εργαστεί τις διπλάσιες, δηλαδή επιπλέον 55 ημέρες με κόστος μίσθωσης

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

1.800€/ημέρα*55ημέρες = 99.000€. Σε αυτό φυσικά θα πρέπει να προστεθεί όλο το επιπλέον κόστος κινητοποίησης του υπόλοιπου συνεργείου (σκούπα με χειριστή, bobcat με χειριστή εργοδηγός και εργατοτεχνικό προσωπικό). Το ελάχιστο επιπλέον κόστος που υφίσταται ο πρώτος μειοδότης σε σχέση με την προσφορά της προσφεύγουσας και βέλτιστους υπολογισμούς απόδοσης εξαιτίας των τεχνικών χαρακτηριστικών των μηχανημάτων και των οικονομικών συμφωνιών που εμφανίζει, ανέρχεται σε τουλάχιστον 319.000€+99.000€ = 418.000€. Επίσης στο μισθωτήριο συμβόλαιο που κατέθεσε για το συγκεκριμένο μηχάνημα αναγράφεται ότι αυτό θα μισθώνεται μόνο 10 ημέρες κάθε μήνα κατόπιν συνεννόησης, επομένως λόγω του σύντομου χρόνου κατασκευής του έργου, γεννά σοβαρές αμφιβολίες ότι ο πρώτος μειοδότης έχει επί της ουσίας εξασφαλίσει τον απαιτούμενο (από την διακήρυξη) μηχανολογικό εξοπλισμό και επιπλέον, εάν το μηχάνημα αυτό είναι διαθέσιμο λιγότερες από τις απαιτούμενες ημέρες για την κατασκευή του έργου, τότε επιβαρύνεται το άλλο με περισσότερες εργάσιμες ημέρες και διακινδυνεύεται λόγω της καθυστέρησης, η υλοποίηση του χρονοδιαγράμματος του έργου. Από τα παραπάνω σημεία (α), (β) και (γ), ο πρώτος μειοδότης επιβαρύνεται επιπλέον με συνολικό ποσό 224.930€+174.640€+418.000€=817.570€. Οι ανωτέρω παράμετροι κοστολογικής επιβάρυνσης αφορούν και τους πρώτους πέντε (5) διαγωνιζόμενους στη σειρά μειοδοσίας, δηλαδή τις εταιρείες:,,, με δ.τ.,, και ο λόγος υπό (α) αφορά και τους τρεις πρώτους, δηλαδή τις εταιρείες:,, Όλα τα επιπλέον κόστη προκύπτουν από τα στοιχεία που υπέβαλαν οι διαγωνιζόμενοι κατά την προσφορά τους. Σε συνδυασμό με την ανάλυση κόστους που κάνει η προσφεύγουσα στο υπόμνημα στις 23.09.2019, η τελική εικόνα ζημίας για τους ως άνω πέντε συμμετέχοντες διαμορφώνεται ως εξής: «.....» ζημία 2.733.183,18 €, «.....» ζημία 1.936.655,42 €, «.....» ζημία 1.580.710,27 € «.....» ζημία 1.066.507,63 € και «.....» ζημία 776.159,62 €. Οι συνθήκες εκτέλεσης του έργου, σε συνδυασμό με το σύνολο των απαιτήσεων της μελέτης, καθιστούν το εν λόγω έργο εξαιρετικά δύσκολο, απαιτητικό και εντελώς ανόμοιο λόγω μεγέθους και χρόνου κατασκευής σε σχέση με αντίστοιχες εργασίες συντήρησης που στο παρελθόν είχε εκτελέσει η Περιφέρεια. Μικρότερα έργα συντήρησης οδοστρωμάτων προϋπολογισμού

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

τάξεως έως 5.000.000 ευρώ που έχουν δημοπρατηθεί στο παρελθόν, δεν έχουν καμία σχέση με τις απαιτήσεις των έργων 15.000.000 ευρώ, όπως το συγκεκριμένο, που για πρώτη φορά δημοπρατείται τώρα (μαζί με 4 άλλα ανάλογα και παρόμοια έργα). Τα έργα αυτά είναι τα πρώτα που δημοπρατεί η Περιφέρεια μετά το 2013 από πλευράς μεγέθους αντικειμένου, τεχνικών απαιτήσεων και χρόνου υλοποίησης και μάλιστα δημοπρατούνται ομαδικά. Στο έργο αυτό, ειδικότερα, προβλέπεται η συντήρηση 440.000 τ.μ. ασφαλικών ταπήτων και 25.000 τ.μ. λακκουβών (καθώς και πλήθους άλλων τεχνικών έργων υποδομής) σε χρόνο μόλις 12 ημερολογιακών μηνών, ενώ τα συνήθη έργα απαιτούν συντήρηση έως 50.000τ.μ. σε διάστημα 12-24 μηνών. Για να ικανοποιηθούν οι απαιτήσεις αυτές, αλλά και οι πρόσθετες απαιτήσεις που θέτουν τα συμβατικά τεύχη (μελέτες, υπηρεσίες, λογισμικό, εκπαίδευση, 24ωρη επιφυλακή, καθημερινή επιτήρηση, κλπ.), απαιτείται κινητοποίηση οικονομικών και ανθρώπινων πόρων που θα δεσμευθούν κατ' αποκλειστικότητα στο έργο και θα εργαστούν κυρίως νυχτερινές ώρες, με επιβάρυνση του κόστους εργασίας κατά 25%. Για την αντιμετώπιση των ανωτέρω η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε ειδικά κριτήρια τεχνικής ικανότητας (εξασφάλιση ελάχιστων μηχανημάτων σε 2 φρέζες, 2 φίνισερ και 4 οδοστρωτήρες, εργασία σε δύο μέτωπα, συνεργασία με συγκρότημα παραγωγής ασφαλομίγματος σε απόσταση όχι μεγαλύτερη των 40χλμ από την Πλ. Συντάγματος) κριτήρια ιδιαίτερα δύσκολο να επιτευχθούν, η νομιμότητα των οποίων μάλιστα προσβλήθηκε (ανεπιτυχώς) από ενδιαφερόμενους δικαστικά. Είναι λοιπόν αυταπόδεικτο ότι κάθε επιβάρυνση κόστους και μειωμένης απόδοσης ενός διαγωνιζόμενου στον τρόπο κατασκευής, συμβαίνει σε ένα περιβάλλον εργασίας υψηλών απαιτήσεων στο οποίο οι παράμετροι κόστους επιβαρύνονται από το ίδιο το έργο - συχνά πολλαπλασιάζονται - και του οποίου η φύση και οι απαιτήσεις δεν ανέχονται είτε ακριβές λύσεις, είτε λύσεις μειωμένης παραγωγικότητας όπως αυτές που προαναφέρθηκαν. Έχοντας λοιπόν κοστολογήσει με ακρίβεια και συντάξει τεκμηριωμένα πειστική προσφορά με ελάχιστο ποσοστό κέρδους, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι εξήγησε αναλυτικά με τα υπομνήματά της και απέδειξε με την τεκμηρίωσή τους γιατί η προσφορά του μειοδότη είναι εμφανώς υπερβολικά χαμηλή και θα έπρεπε να ζητηθεί η αιτιολόγησή της. Κατά το ίδιο τρόπο εξήγησε κατά τα ανωτέρω ότι το αυτό ισχύει αναλογικά και

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

για τις εταιρείες,, με δ.τ.,, στον βαθμό που η προσφορά τους απέχει από τους λεπτομερείς υπολογισμούς της προσφεύγουσας. Η εντελώς αυθαίρετη και αναιτιολόγητη παράλειψη να ζητηθεί αιτιολόγηση καθιστά για τους ανωτέρω λόγους τις σχετικές προσβαλλόμενες πράξεις ακυρωτές. Εξάλλου προσφορά με οικονομικό αντάλλαγμα αδικαιολόγητα χαμηλό σε σχέση με το-κατά τα κρατούντα στην αγορά- σύνηθες, είναι δυνατόν να νοθεύσει τον ανταγωνισμό, στο μέτρο που δεν μπορεί να επιτευχθεί παρά σε βάρος της ποιότητας ή της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών κατά την εκτέλεση αυτών ή με καταστρατήγηση/ παράβαση των διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Απαιτείται, λοιπόν, σε κάθε περίπτωση, κατά τις διατάξεις του αρ. 88 του ν. 4412/2016, η εφαρμογή μιας διαδικασίας ελέγχου των προσφορών, μετά από ακρόαση των ενδιαφερομένων, τις οποίες η αναθέτουσα αρχή κρίνει ως ασυνήθιστα χαμηλές, επιβάλλεται δε στην αρχή αυτή η υποχρέωση, αφού λάβει γνώση όλων των προσφορών και πριν από την απόφαση για την ανάθεση της σύμβασης, να ζητήσει καταρχήν εγγράφως διευκρινίσεις για τα στοιχεία της προσφοράς, για την οποία υπάρχει υπόνοια ότι είναι ασυνήθιστα χαμηλή, τα οποία της δημιούργησαν συγκεκριμένες επιφυλάξεις και να εκτιμήσει, ακολούθως, την προσφορά αυτή υπό το πρίσμα των εξηγήσεων που παρέσχε ο συγκεκριμένος υποψήφιος σε απάντηση στο αίτημά του αυτό. Σε περίπτωση δε που οι εξηγήσεις αξιολογηθούν ως ανεπαρκείς να απορρίψει την προσφορά αυτή. Κατά τούτο, τόσο το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού που ανακηρύσσει την εταιρεία προσωρινό ανάδοχο, όσο και η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής που εγκρίνει αυτό, είναι ακυρωτέα, λόγω παράβασης των όρων της Διακήρυξης και έλλειψης αιτιολογίας. ii) Η Οικονομική Επιτροπή εξέδωσε καταρχάς την από 26-05-2019 με αριθ. 2455/2019 Απόφαση, με αριθμό Συνεδρίασης 45 και Αριθμό Θέματος 80, η οποία κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 08-10-2019. Η ίδια Επιτροπή εξέδωσε μεταγενέστερα νέα απόφαση, η οποία φέρει την ίδια ημερομηνία, τον ίδιο αριθμό Συνεδρίασης και τον ίδιο αριθμό Θέματος και τιτλοφορείται «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ». Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε στις 15.10.2019. Η τελευταία Απόφαση που τιτλοφορείται «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» προσθέτει μη νόμιμα, κατά την προσφεύγουσα, στο περιεχόμενο της πρώτης Απόφασης ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού, αφού έλαβε υπόψιν της τα από

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

06.08.2019 και 23.09.2019 υπομνήματα, γνωμοδότησε σχετικά. Ωστόσο κάτι τέτοιο δεν προκύπτει από το Πρακτικό 1ο της 01.08.2019 της Επιτροπής Διαγωνισμού. Εξάλλου και τα δύο υπομνήματα (το από 06.08.2019 και το από 23.09.2019) υπεβλήθησαν μετά την έκδοση του Πρακτικού 1 της Επιτροπής Διαγωνισμού και θα ήταν αδύνατο η τελευταία να τα είχε λάβει υπόψη. Το Πρακτικό 1 της Επιτροπής Διαγωνισμού δεν κάνει κανένα λόγο ότι έλαβε υπόψη του τα υπομνήματα της προσφεύγουσας και ούτε έχει ανακληθεί ή άλλως αντικατασταθεί από την Επιτροπή Διαγωνισμού με νέο Πρακτικό. Δηλαδή η Απόφαση «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» αποπειράται ανεπιτρέπτως να καλύψει την ελλείπουσα αιτιολογία του συμπροσβαλλομένου 1ου Πρακτικού γνωμοδότησης της Επιτροπής Διαγωνισμού διαφοροποιώντας το περιεχόμενό του και προσθέτοντας φρασεολογία η οποία ποτέ δεν αποτέλεσε περιεχόμενο απόφασης της Επιτροπής Διαγωνισμού (αν η τελευταία ήθελε να προβεί σε τέτοιες τροποποιήσεις του Πρακτικού 1 θα όφειλε, αφού συνεδριάσει, να εκδώσει νέα απόφαση). Η νέα αυτή απόφαση είναι επίσης ακυρωτέα, αφού εκ του περιεχομένου της δεν διαλαμβάνει νόμιμη αιτιολογία. Η απλή μνεία ότι έλαβε υπόψιν της τα υπομνήματα, χωρίς όμως να αναφέρεται αναλυτικά σε αυτά και να εκθέτει τους λόγους που τα απορρίπτει, ως όφειλε κατά τον νόμο και τα προεκτεθέντα υπό Α' Λόγο της παρούσας Προσφυγής, την καθιστά επίσης ακυρωτέα. Περαιτέρω, η υπ' αριθ. 2455/2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» πάσχει από έλλειψη αιτιολογίας και είναι ακυρωτέα όχι μόνο γιατί δεν περιλαμβάνει καμία ειδική αιτιολογία - προφανώς η μνεία ότι έλαβε υπόψη τα από 06.08.2019 και 23.09.2019 υπομνήματα δεν συνιστά ειδική αιτιολογία, αφού δεν αναφέρει γιατί παρά ταύτα κρίνει ότι οι προσφορές δεν χρήζουν αιτιολόγησης - αλλά και γιατί η αναφορά της στα υπομνήματα δεν είναι αυτοτελής, αλλά ως συνέπεια της έγκρισης του Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού που όμως, αφού δεν τα είχε λάβει υπόψη και στην ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ αυτής τροποποιήθηκε ανεπίτρεπτα, ούτε και η Εγκριτική του Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής είναι δυνατόν να τα έχει αξιολογήσει. Τέλος, η 2455/2019 Απόφαση είναι «ΝΕΑ» Απόφαση που ανακαλεί την πρωθύστερη και όχι «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ», όπως άστοχα και επιπόλαια επιχειρείται να τιτλοφορηθεί. Και τούτο γιατί με τη νέα αυτή Απόφαση γίνεται προσπάθεια να προστεθεί για πρώτη φορά αιτιολογία στην αρχική, γεγονός που συνιστά αυτοτελές νέο

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

περιεχόμενο και όχι «επανάληψη». Κατά τούτο, η νέα Απόφαση θα έπρεπε να έχει εκδοθεί με βάσει τις διατυπώσεις που ορίζει ο νόμος. Η Οικονομική Επιτροπή λοιπόν θα έπρεπε να τηρήσει την διοικητική διαδικασία έκδοσης νέας διοικητικής πράξης με νόμιμη σύγκλιση του οργάνου, με νέα κλήση των μελών της Επιτροπής, νέα Συνεδρίαση και λήψη νέας Απόφασης. Αντ' αυτού η Οικονομική Επιτροπή εξέδωσε την ίδια Απόφαση (με την ίδια ημερομηνία, τον ίδιο αριθμό Συνεδρίασης και τον ίδιο αριθμό Θέματος) τιτλοφορώντας την απλώς «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ», χωρίς ν' ακολουθήσει τις διατυπώσεις του νόμου και άρα είναι ακυρωτέα και για το λόγο της παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Γ' ΛΟΓΟΣ: ΑΚΥΡΗ ΥΠΟΒΟΛΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΜΕΙΟΔΟΤΡΙΑΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΛΟΓΩ ΜΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΨΗΦΙΑΚΑ ΥΠΟΓΕΓΡΑΜΜΕΝΟΥ Ε.Ε.Ε.Σ ΕΚ ΜΕΡΟΥΣ ΤΡΙΤΟΥ ΦΟΡΕΑ-ΕΚΜΙΣΘΩΤΗ: Σύμφωνα με ρητή πρόβλεψη της Διακήρυξης του άρθρου 22 Δ με Θέμα: Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα ορίζεται ότι: «κάθε συμμετέχων οικονομικός φορέας οφείλει να διαθέτει επί ποινή αποκλεισμού για την εμπρόθεσμη ολοκλήρωση του έργου τουλάχιστον τα ακόλουθα μηχανήματα: α) 2 φρέζες β) 2 Finisher και γ) 4 Οδοστρωτήρες τα οποία θα δηλώνονται στο Ε.Ε.Ε.Σ τόσο τα ιδιωτικά όσο και αυτά που θα μισθωθούν από άλλους φορείς». Επιπλέον, σύμφωνα με το αρ. 24. Παρ. 2 με θέμα Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς ορίζονται τα ακόλουθα: «[...] Για τα ανωτέρω επί ποινή αποκλεισμού μηχανήματα, η υπεύθυνη δήλωση θα πρέπει να συνοδεύεται είτε από τιμολόγια αγοράς ή άδειες κυκλοφορίας ή άλλα επαρκή αποδεικτικά στοιχεία εφόσον είναι ιδιόκτητα, είτε από μισθωτήρια συμβόλαια εφόσον είναι υπό μίσθωση (στην περίπτωση αυτή θα προσκομιστεί και ΕΕΕΣ του εκμισθωτή)». Περαιτέρω κατά πάγια νομολογία της ΑΕΠΠ (96/2017 και 819/2018, βλ. και ΔεφΑΘ Ν136/2018) το ΕΕΕΣ πρέπει να είναι υπογεγραμμένο από τον ίδιο τον δηλούντα τρίτο οικονομικό φορέα, εάν δε συνιστά νομικό πρόσωπο, η υπογραφή αυτού λαμβάνει χώρα ειδικώς από τα πρόσωπα που ορίζει το αρ. 79Α Ν. 4412/2016. Η δε υπογραφή του ΕΕΕΣ, όπως και κάθε άλλης δηλώσεως υποβαλλόμενης στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης διενεργούμενης μέσω ΕΣΗΔΗΣ δύναται να είναι αποκλειστικώς ψηφιακή ήτοι προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, κατά την έννοια του Κανονισμού (ΕΕ) 910/2014 και του άρθρου 2 του π.δ. 150/2001 (Α' 125) περί προσαρμογής της εθνικής νομοθεσίας προς τις

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

διατάξεις της οδηγίας 99/93/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με το κοινοτικό πλαίσιο για ηλεκτρονικές υπογραφές (ΕΕ L 13, οιαδήποτε δε άλλη μορφή υπογραφής όπως μη προηγμένη ηλεκτρονική ή και απλή χειρόγραφη φυσική γραφή νοείται ως μη υπάρχουσα, το δε έγγραφο ως ανυπόγραφο και επομένως μη έχον οιαδήποτε αποδεικτική αξία. Εξάλλου, αφενός η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή συνδέεται μονοσήμαντα με τον υπογράφο, αφετέρου η προσήκουσα υπογραφή της υπεύθυνης δήλωσης αποτελεί ουσιώδες στοιχείο αυτής, ώστε η δήλωση να είναι έγκυρη. Εν προκειμένω η μειοδότη εταιρεία δηλώνει στον πίνακα του μηχανικού και τεχνικού εξοπλισμού (στοιχείο υπ' αριθ. 14) ότι θα διαθέτει για την εκτέλεση του έργου και έναν ΑΣΦΑΛΤΟΚΟΠΤΗ (φρέζα Ασφάλτου) την οποία θα μισθώσει από την εταιρεία «.....» βάσει Σύμβασης Εκμίσθωσης με την εν λόγω εταιρεία. Ωστόσο το Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε η εκμισθώτρια εταιρεία «.....» δεν ήταν ψηφιακά υπογεγραμμένο, όπως απαιτεί ο νόμος και η Διακήρυξη, κατά τα προεκτεθέντα, και για το λόγο αυτό η Σύμβαση Εκμίσθωσης που αφορά στην εκμίσθωση μίας φρέζας (εκ των δύο που απαιτεί ο νόμος) νοείται ως ανυπόγραφη και κατ' επέκταση η ίδια η Σύμβαση ως μη υπάρχουσα και μη έχουσα οποιαδήποτε αποδεικτική αξία. Άμεση φυσικά συνέπεια αυτού είναι η εταιρεία «.....» να μην πληροί τις προϋποθέσεις κριτηρίων που θέτει η Διακήρυξη για νόμιμη υποβολή προσφοράς και άρα η προσφορά της θα πρέπει να απορριφθεί.

4. Επειδή, έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε καταθέσει απόψεις περί αυτού.

5. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 15.000,00€.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

7. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις αναρτήθηκαν στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 8-10-2019 και στις 15-10-2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε την 18-10-2019.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017 και τη με αρ. 1634/2019 Πράξη της Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου.

9. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι η ίδια έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της στον υπόψη διαγωνισμό, προσδοκώντας εύλογα να της ανατεθεί η εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης.

10. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως αβάσιμη, διότι σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης, ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία της προσφεύγουσας από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

11. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων της σκέψης 8 της παρούσας και δη: α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας και της δυνατότητας υποβολής σχετικού αιτήματος από τον προσφεύγοντα, β) της διατύπωσης του όρου *“κατάλληλα μέτρα”*, όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την *“καταλληλότητά”* τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, γ) της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της *“καταλληλότητας”*, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου αναφέρουν ότι τα *“μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται”* στην έννοια των *“καταλλήλων μέτρων”*,

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια προσωρινά μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία, όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

12. Επειδή, όσον αφορά στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης του προσφεύγοντος, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

13. Επειδή, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι λόγοι της κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμη απόφαση διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδο της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του συγκεκριμένου σταδίου της προκηρυχθείσας διαδικασίας.

14. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της υπ' αρ. 1634/2019 Πράξης της Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, λίαν

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

συντόμως και δη για την 18-11-2019, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο της προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή ή τρίτους.

15. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή, έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ, της αποστολής κλήσης προς τον προσωρινό ανάδοχο για τη προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, της προσκόμισής τους, του ελέγχου αυτών και της ανάδειξης του οριστικού αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης. Η αναστολή αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα του αναθέτοντα φορέα για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί της εν προκειμένω προσφυγής, κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής, που σωρεύεται στην συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, πρέπει να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία της υπόψη διακήρυξης και δη αναστέλλει, έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της συγκεκριμένης προσφυγής, την αποστολή κλήσης προς τον προσωρινό ανάδοχο για τη προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, την προσκόμισή τους, τον έλεγχο αυτών και την ανάδειξη του οριστικού αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: Α 493/2019

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 29-10-2019 και εκδόθηκε στις 30-10-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΙΑ-ΕΛΕΝΗ ΣΙΔΕΡΗ

ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ