

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 17/10/2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1358/08.09.2023, της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά : «...» (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ... , να ακυρωθεί το υπ' αρ. πρωτ. .../31.7.2023 έγγραφο του Προέδρου της Οικονομικής Επιτροπής του ... και να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Με την οικεία παρέμβαση, επιδιώκεται η απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή ο ... , με διακήρυξη ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού που αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και έλαβε ΑΔΑΜ ... 2023-4-12, προκήρυξε την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του έργου, με τίτλο «...», εκτιμώμενης αξίας 3.064.516,13 € (πλέον ΦΠΑ), και κάλεσε τους οικονομικούς φορείς, που πληρούσαν τις τασσόμενες από τον νόμο και την διακήρυξη τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις συμμετοχής, να υποβάλουν φάκελλο προσφοράς. Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης, ορίσθηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και ως καταληκτικός χρόνος υποβολής των προσφορών η 15.5.2023. Στον διαγωνισμό, που διενεργήθηκε, υπέβαλαν προσφορά επτά (7) διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

προσφεύγουσα, ως πληρούσα το σύνολο των τασσόμενων τυπικών και ουσιαστικών προϋποθέσεων συμμετοχής. Η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών των διαγωνιζομένων, ήτοι των υποφακέλλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και «Οικονομική Προσφορά», και στην σύνταξη καταλόγου μειοδοσίας, τον οποίο και ανήρτησε στον ιστότοπο του διαγωνισμού, κατατάσσοντας στην πρώτη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 54,79%, στην δεύτερη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 44,25%, στην τρίτη θέση την προσφορά της προσφεύγουσας «...», με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 37,51%, στην τέταρτη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 34,70%, στην πέμπτη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 27,24%, στην έκτη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 12,47%, και στην έβδομη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 4,00%. Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού προχώρησε, κατά σειρά μειοδοσίας, σε έλεγχο της ολόγραφης και αριθμητικής αναγραφής των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και της ομαλής μεταξύ τους σχέσης, βάσει της παραγωγής σχετικού ψηφιακού αρχείου, μέσα από το υποσύστημα. Η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στον πλήρη έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής του άρθρου 24.2 της διακήρυξης και στον έλεγχο των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους. Εν συνεχεία, προέβη σε έλεγχο για τυχόν ύπαρξη ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, εκ του οποίου διαπιστώθηκε, ότι όλες οι προσφορές ήταν ομαλές, πλην δύο ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, όπως αυτές ορίζονται στην παρ. 5α του άρθρου 88 του ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, η Επιτροπή Διαγωνισμού, με το 1^ο πρακτικό της, ενημέρωσε την Αναθέτουσα Αρχή, ότι θα πρέπει να κινηθεί η διαδικασία του άρθρου 4.1 της διακήρυξης και του άρθρου 88 του Ν.4412/2016. Η Οικονομική Επιτροπή, στην οποία διαβιβάσθηκε το 1^ο πρακτικό με την υπ' αριθμ. .../2023 απόφασή της το ενέκρινε και αποφάσισε να κληθούν οι εταιρείες «...» και «...» να αιτιολογήσουν, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της απόφασης, τις προσφορές τους που τεκμαίρονται ως ασυνήθιστα χαμηλές, καθώς εμφανίζουν απόκλιση

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

μεγαλύτερη των 10 ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν, ο οποίος μέσος όρος καθορίστηκε σε 30,71%. Τόσον η εταιρεία «...» όσο και η εταιρεία «...» ανταποκρίθηκαν στην πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής και υπέβαλαν, όπως προκύπτει από το 2^ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, τις αιτιολογήσεις των προσφορών τους. Συγκεκριμένα, με το υπ' αριθμ. πρωτ. .../12.7.2023 έγγραφο της αναθέτουσας Αρχής, ζητήθηκε η υποβολή των αιτιολογήσεων εντός αποκλειστικής προθεσμίας 20 ημερών, ήτοι εντός την 1.8.2023. Η εταιρεία «...» υπέβαλε εμπροθέσμως, στις 28.7.2023, την αιτιολόγηση της προσφοράς της. Η εταιρεία «...» υπέβαλε στις 10.8.2023 την αιτιολόγηση της προσφοράς καθώς, όπως αναφέρεται στο 2ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, με το υπ' αριθμ. .../31.7.2023 έγγραφο του Προέδρου της Οικονομικής Επιτροπής, της χορηγήθηκε παράταση της προθεσμίας υποβολής της αιτιολόγησής της έως την 11.8.2023. Η Επιτροπή Διαγωνισμού έλεγξε τις υποβληθείσες αιτιολογήσεις, έκρινε, ότι αυτές είναι σύμφωνες με την υπ' αριθμ. .../7.4.2023 διακήρυξη και ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις της υπηρεσίας, και με το 2ο πρακτικό της εισηγήθηκε προς την Οικονομική Επιτροπή την αποδοχή των αιτιολογήσεων των άνω εταιρειών και την ανάδειξη της εταιρείας «...», ως προσωρινής αναδόχου. Η Οικονομική Επιτροπή του ... , με την υπ' αριθμ. .../2023 προσβαλλόμενη απόφασή της, ενέκρινε το 2^ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, αποδέχθηκε ως πλήρεις τις αιτιολογήσεις και ανακήρυξε προσωρινό ανάδοχο την εταιρεία «...». Αντίγραφο της ως άνω απόφασης μαζί με τα 1^ο και 2^ο πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού, καθώς και τις υποβληθείσες αιτιολογήσεις, αναρτήθηκαν στον ιστότοπο του διαγωνισμού στις 28.8.2023. Εν όψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα, ως διαγωνιζόμενη εταιρεία, η προσφορά της οποίας έχει κριθεί παραδεκτή και καταταγεί στην 3^η θέση σε σειρά μειοδοσίας, με ενεστώς έννομο συμφέρον ασκεί την παρούσα προδικαστική προσφυγή και ζητεί την ακύρωση της υπ' αριθμ. .../2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ... , κατά το μέρος που έκανε δεκτές τις αιτιολογήσεις των εταιρειών «...» και «...», και του υπ' αριθμ. πρωτ. .../31.7.2023 εγγράφου του Προέδρου της Οικονομικής Επιτροπής.

2. Επειδή ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν.

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας, κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... , ποσού 15.000,00 €, ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ, όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε στις 21/09/2023 τις εμπρόθεσμες απόψεις της επί της εξεταζόμενης προσφυγής, δοθείσης της από 07/09/2023 κατάθεσης αυτής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής. Επ' αυτών κατετέθη εμπροθέσμως το από 26/09/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

5. Επειδή η εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής εκτίμηση του κατά πόσον συντρέχει περίπτωση υπερβολικά χαμηλής προσφοράς διενεργείται σε δύο στάδια (βλ., κατ' αναλογίαν, απόφαση της 4ης Ιουλίου 2017, European Dynamics Luxembourg κ.λπ. κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, T-392/15, EU:T:2017:462, σκέψη 87). Σε ένα πρώτο στάδιο, η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να εκτιμήσει, αν οι υποβληθείσες προσφορές «φαίνεται» να είναι ασυνήθιστα χαμηλές (βλ. σημείο 23.1 του τμήματος 2, κεφάλαιο I, του παραρτήματος I του δημοσιονομικού κανονισμού). Η χρήση του ρήματος «φαίνεται» στον δημοσιονομικό κανονισμό σημαίνει, ότι η αναθέτουσα Αρχή προβαίνει σε μία εκ πρώτης όψεως εκτίμηση του κατά πόσον οι προσφορές είναι ασυνήθιστα χαμηλές. Ειδικότερα, σε ένα πρώτο στάδιο, η αναθέτουσα Αρχή οφείλει μόνο να εξετάσει, αν οι υποβληθείσες προσφορές περιέχουν ένδειξη ικανή να δημιουργήσει την υποψία ότι ενδέχεται να είναι ασυνήθιστα χαμηλές (βλ., κατ' αναλογίαν, απόφαση της 4ης Ιουλίου 2017, European Dynamics Luxembourg κ.λπ. κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, T-392/15, EU:T:2017:462, σκέψη 88). Σε δεύτερο στάδιο, αν υφίστανται ενδείξεις, ικανές να δημιουργήσουν την υποψία ότι ορισμένη προσφορά ενδέχεται να είναι ασυνήθιστα χαμηλή, η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί στον έλεγχο της

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

σύνθεσης της προσφοράς, προκειμένου να βεβαιωθεί ότι η προσφορά δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλή. Όταν η αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στον έλεγχο αυτόν, υποχρεούται να παράσχει στον οικείο προσφέροντα την δυνατότητα να εκθέσει τους λόγους, για τους οποίους ο ίδιος εκτιμά, ότι η προσφορά του δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλή. Στην συνέχεια, η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να εκτιμήσει τις δοθείσες εξηγήσεις και να κρίνει, αν η συγκεκριμένη προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, σε καταφατική δε περίπτωση υποχρεούται να την απορρίψει (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 4ης Ιουλίου 2017, European Dynamics Luxembourg κ.λπ. κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, T-392/15, EU:T:2017:462, σκέψη 89). Εν τούτοις, έχει κριθεί, ότι η ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά πρέπει να εκτιμάται σε συνάρτηση με την σύνθεση της προσφοράς και με την φύση της επίμαχης παροχής [βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 16ης Μαΐου 2019, Transtec κατά Επιτροπής, T-228/18, EU:T:2019:336, σκέψη 69 (μη δημοσιευθείσα) και εκεί μνημονευόμενη νομολογία]. Επιπλέον, από την νομολογία προκύπτει, ότι υπάρχουν ενδείξεις ικανές να δημιουργήσουν την υποψία, ότι μία προσφορά θα μπορούσε να είναι ασυνήθιστα χαμηλή, ιδίως, εάν προκύπτει αβεβαιότητα ως προς, αφ' ενός κατά πόσον ορισμένη προσφορά τηρεί την νομοθεσία της χώρας, εντός της οποίας πρέπει να παρασχεθούν οι υπηρεσίες, στον τομέα αμοιβών του προσωπικού, συνεισφοράς στο σύστημα κοινωνικής ασφάλισης και τήρησης των κανόνων ασφάλειας και υγιεινής στον χώρο εργασίας ή των πωλήσεων επί ζημία, και αφ' ετέρου κατά πόσον στην προσφερόμενη τιμή ενσωματώνονται όλες οι δαπάνες, που προκύπτουν από τις τεχνικές πτυχές της προσφοράς. Το ίδιο ισχύει στην περίπτωση, που η προσφερόμενη τιμή σε υποβληθείσα προσφορά είναι σημαντικά χαμηλότερη από εκείνη, που προσφέρεται με τις λοιπές προσφορές, ή από την συνήθη αγοραία τιμή [βλ. απόφαση της 16ης Μαΐου 2019, Transtec κατά Επιτροπής, T-228/18, EU:T:2019:336, σκέψη 72 (μη δημοσιευθείσα) και εκεί μνημονευόμενη νομολογία].

6. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση του διοικητικού φακέλλου και κατά τα προδιαληφθέντα προκύπτουν τα κάτωθι. Με τον πρώτο λόγο της εν θέματι προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης, υπ' αρ. .../2023, απόφασης της Οικονομικής

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

Επιτροπής του ... , ως αντίθετης με το άρθρο 23.1 της διακήρυξης, κατά το μέρος που δεν απέρριψε την προσφορά της εταιρείας «...», η οποία παρέλειψε στο ΕΕΕΣ ή σε συνοδευτική αυτού υπεύθυνη δήλωση να δηλώσει το ακριβές ποσό του ανεκτελέστου υπολοίπου των δημοσίων συμβάσεων της, κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών. Η αναθέτουσα Αρχή, με τις απόψεις της, ζητεί την απόρριψη του ως άνω λόγου, ισχυριζόμενη, ότι η γενική δήλωση περί μη υπέρβασης του ανεκτελέστου καλύπτει τις απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης, το οποίο είναι ειδικότερο σε σχέση με το άρθρο 23.1., ότι σε κάθε περίπτωση η μη υπέρβαση του ανεκτελέστου προκύπτει από την ενημερότητα πτυχίου, και τέλος, ότι για ελλείψεις στο ΕΕΕΣ εφαρμόζεται το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016. Οι ισχυρισμοί αυτοί της αναθέτουσας Αρχής είναι απορριπτέοι στο σύνολό τους, ως αβάσιμοι. Ειδικότερα, η μη αναγραφή στο ΕΕΕΣ ή σε συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση του ακριβούς ποσού του ανεκτελέστου υπολοίπου των συμβάσεων της «...», στον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, εξακολουθεί να συνιστά παραβίαση της υποχρέωσής της, που απορρέει εκ του άρθρου 23.1 της διακήρυξης, να δηλώσει στο ΕΕΕΣ της ή σε συνοδευτική αυτού υπεύθυνη δήλωσή της, άρα να προαποδείξει, το ακριβές ποσό του ανεκτελέστου των συμβάσεων αυτών. Διότι το άρθρο 23.1 της διακήρυξης ορίζει σαφώς και ρητώς, ότι «...επισημαίνεται ότι οι προσφέροντες δηλώνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις»...». Η «ερμηνεία» της αναθέτουσας Αρχής, η οποία εξομοιώνει την ως άνω υποχρέωση με την υποχρέωση δήλωσης μη υπέρβασης του ελαχίστου, ανά περίπτωση, ορίου ανεκτελέστου, συνιστά παραβίαση ρητού και σαφούς όρου της διακήρυξης. Κατά τους ρητούς όρους της διακήρυξης (άρθρο 23.1 αυτής), απαιτείται η δήλωση του ανεκτελέστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων στο ΕΕΕΣ ή σε συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, ήτοι η αναθέτουσα Αρχή απαίτησε την αναγραφή του οικείου υπολοίπου και όχι εάν υφίσταται ή όχι ανεκτέλεστο υπόλοιπο. Συνεπώς, δεν αρκεί η δήλωση περί μη υπέρβασης ανωτάτου σχετικού ορίου στο ΕΕΕΣ (ΑΕΠΠ 1394/2021, ΕΑΔΗΣΥ 858/2023), δοθέντος ότι ρητώς ο ως άνω σαφής και ειδικός όρος απαίτησε την καταγραφή του συγκεκριμένου ανεκτελέστου υπολοίπου, μη αρκούσης της γενικής δήλωσης

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

μη υπέρβασης, ακριβώς δεδομένης της σχετικής απαίτησης, ουσιώδους όρου της διακήρυξης, την οποία άλλωστε ουδείς εκ των υποψηφίων προσέβαλε επικαίρως. Αντίθετη ερμηνεία ουσιαστικά καταργεί την υποχρέωση προαπόδειξης και τούτο, διότι σαφέστατα η αναθέτουσα Αρχή απαίτησε την αναγραφή του οικείου υπολοίπου ανεκτέλεστου και όχι εάν (τυχόν) υφίσταται ή όχι ανεκτέλεστο υπόλοιπο (Δ.Εφ.Κομ. 44/2023, 853/2023, 1130- 1131/2023 κ.α., ΑΕΠΠ 939/2022, σελ. 56). Όταν, επομένως, ένας όρος της διακήρυξης απαιτεί να αναγράφει κάθε υποψήφιος στο ΕΕΕΣ του το ανεκτέλεστο υπόλοιπό του, δεν δύναται να εννοεί τίποτα άλλο απ' ό,τι μονοσήμαντα περιγράφει και αντιπροσωπεύει ο όρος «το ανεκτέλεστο υπόλοιπο»: το συγκεκριμένο ποσό διαφοράς μεταξύ δύο ποσών σε συγκεκριμένο χρονικό σημείο. Τα ανωτέρω γίνονται δεκτά από την ΕΑΔΗΣΥ 1242/2023, 1153/2023 κ.α.) και από τα Δικαστήρια (ΔΕφΚομ 44/2023). Επέκεινα, ο ισχυρισμός, ότι η δήλωση περί μη υπέρβασης του ανεκτέλεστου ορίου και το ακριβές υπόλοιπο του ανεκτέλεστου καλύπτονται από την ενημερότητα πτυχίου για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις, που είναι εγγεγραμμένες στην 3^η τάξη του ΜΕΕΠ και άνω, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος (ΕΑΔΗΣΥ 1153/2023). Η παράλειψη δε αυτή δεν θα μπορούσε να θεραπευθεί με την διαδικασία του άρθρου 102 του ν.4412/2016, διότι τούτο θα συνιστούσε, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, εκ των υστέρων συμπλήρωση ουσιώδους πληροφορίας, που αυστηρά τίθεται από την Διακήρυξη, ενδεχομένως, μάλιστα, με δεδομένα διαφορετικά από αυτά, που συνέτρεχαν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς (ΔΕφΚομ 44/2023).

7. Επειδή, κατά την έννοια της παραγράφου 1 του άρθρου 88 ν. 4412/2016, ο αναθέτων φορέας οφείλει να εκτιμά, εάν οι υποβληθείσες σε διαγωνισμό οικονομικές προσφορές είναι ασυνήθιστα χαμηλές, εφ' όσον προκύπτουν, από μία εκ πρώτης όψεως εκτίμηση της σύνθεσής τους, αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία και την φερεγγυότητά τους. Ως εκ τούτου, η έκταση της υποχρέωσης αιτιολόγησης, που υπέχει ο αναθέτων φορέας, περιορίζεται στην ύπαρξη ενδείξεων ικανών να δημιουργήσουν την υποψία ότι οι προσφορές ενδέχεται να είναι ασυνήθιστα χαμηλές και δεν εκτείνεται σε διεξοδική ανάλυση της σύνθεσης κάθε προσφοράς. Κατ' ακολουθία τούτων, ο αναθέτων φορέας διαθέτει, κατ' αρχήν, ευρεία διακριτική ευχέρεια, κατ' εκτίμηση ιδίως της απόκλισης της οικονομικής προσφοράς κάθε

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

διαγωνιζομένου από την προϋπολογισθείσα δαπάνη του έργου, αλλά και σε συνδυασμό με τις λοιπές υποβληθείσες οικονομικές προσφορές, να χαρακτηρίσει συγκεκριμένη οικονομική προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή, υποχρεούμενος, όμως, στην περίπτωση αυτή, να καλέσει προς παροχή των αναγκαίων διευκρινίσεων, ως προς την σύνθεση της προσφοράς, τον διαγωνιζόμενο, του οποίου την οικονομική προσφορά κρίνει ως ασυνήθιστα χαμηλή. Η δε άσκηση της κατά τα ανωτέρω διακριτικής ευχέρειας του αναθέτοντος φορέα υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο, ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της (ΣΤΕ 154, 832/2021, ΣΤΕ Επιτρ. Αναστ. 12/2020 και εκεί παραπεμπόμενη ενωσιακή και εθνική νομολογία επί της ερμηνείας αντίστοιχων διατάξεων προϊσχυουσών οδηγιών και εθνικών ρυθμίσεων). Περαιτέρω, με την παράγραφο 5α του ως άνω άρθρου 88 προκαθορίζονται, για τις μεταξύ άλλων δημόσιες συμβάσεις έργων, ρητώς τα ποσοτικά όρια, πέραν των οποίων η προσφορά θεωρείται «ασυνήθιστα χαμηλή», οπότε το βάρος απόδειξης για την ανατροπή του τεκμηρίου αυτού φέρει ο διαγωνιζόμενος. Όπως δε αναφέρεται στην οικεία αιτιολογική έκθεση στο άρθρο 32 ν. 4782/2021, με το οποίο προστέθηκε η παράγραφος 5α στο άρθρο 88, «... προτείνεται η λήψη δέσμης μέτρων για να καταπολεμηθεί το φαινόμενο των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, που οδηγεί σε υποκοστολογημένες προσφορές με συνακόλουθη αδυναμία ολοκλήρωσης του έργου και εμφάνισης σοβαρών ποιοτικών προβλημάτων, ενώ συγχρόνως διογκώνεται το φαινόμενο των συμπληρωματικών συμβάσεων. Στο πλαίσιο αυτό καθορίζεται ένα συνδυασμένο όριο έκπτωσης, άνω του οποίου ο οικονομικός φορέας υποχρεούται, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής, να υποβάλει έγγραφες εξηγήσεις...». Εξακολουθούν, ωστόσο, να εφαρμόζονται, κατά τα λοιπά, οι διατάξεις των άρθρων 88 και 89 ν. 4412/2016, σχετικά με την παροχή εξηγήσεων από τους οικονομικούς φορείς και την αξιολόγηση αυτών από τις αναθέτουσες Αρχές. Οπότε, ο οικονομικός φορέας οφείλει, προς ανατροπή του τεκμηρίου, να επικαλεσθεί, κατά την κρίση του, κάθε πρόσφορο και επαληθεύσιμο στοιχείο, καθώς και τα τυχόν ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των προσφερόμενων από αυτόν υπηρεσιών, που δικαιολογούν το ύψος της προσφοράς του, με παράθεση συγκεκριμένων στοιχείων κόστους, και να αποδείξει, ότι το κόστος αυτό ανταποκρίνεται στο χρονοδιάγραμμα υλοποίησης της σύμβασης και τους αναγκαίους προς τούτο

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

πόρους (προσωπικό, χρόνος εκτέλεσης), ώστε να καλύπτονται πλήρως οι απαιτήσεις της Διακήρυξης και των λοιπών τευχών δημοπράτησης και να διασφαλίζεται εύλογο όφελος από τον ανάδοχο. Οι εξηγήσεις που παρέχει ο προσφέρων φορέας συμβάλλουν στην αξιολόγηση της αξιοπιστίας της προσφοράς και καθιστούν δυνατό να αποδειχθεί ότι, μολονότι αυτός προτείνει ασυνήθιστα χαμηλή τιμή, η προσφορά δεν θα επηρεάσει την ορθή εκτέλεση της σύμβασης (ΣτΕ 1555/2022). Αντίστοιχα, η αναθέτουσα Αρχή οφείλει, στο πλαίσιο του «διαλόγου», που αναπτύσσεται ανάμεσα σε αυτήν και τον διαγωνιζόμενο, να λάβει υπ' όψη και να εξετάσει το σύνολο των αιτιολογιών/εξηγήσεων, που αυτός επικαλέσθηκε, σε περίπτωση δε που διαπιστώσει αιτιολογημένα, ότι τα στοιχεία και οι εκτιμήσεις του δεν ανταποκρίνονται στην πραγματικότητα ή κλονίζονται σοβαρά, οφείλει να απορρίψει την προσφορά ως απαράδεκτη (ΔΕΑ 1425/2023, πρβλ. ΣτΕ 2745/2019 σκ. 9, με παραπομπή στην απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 27.11.2001, C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani, σκέψεις 82 και 83, καθώς και ΣτΕ 1555/2022, σκ. 11 όπου και περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία του ΔΕΕ). Η αξιολόγηση των πληροφοριών από την αναθέτουσα Αρχή πρέπει να λαμβάνει χώρα, τηρουμένων των αρχών της ισότητας και της απαγόρευσης των διακρίσεων μεταξύ των προσφερόντων, καθώς και της διαφάνειας και της αναλογικότητας, οι οποίες δεσμεύουν, σύμφωνα με τα άρθρα 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 18 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24, την αναθέτουσα Αρχή (ΣτΕ 1555/2022). Εξ άλλου, και στην περίπτωση της παραγράφου 5α, η διακριτική ευχέρεια που διαθέτει η αναθέτουσα Αρχή να εκτιμήσει τελικώς συγκεκριμένη οικονομική προσφορά, ως ασυνήθιστα χαμηλή, είναι μεν ευρεία, αλλά όχι απεριόριστη και ελέγχεται δικαστικώς ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της (ΣτΕ 726, 1555/2022, 154, 832/2021, ΣτΕ Επιστ. Αναστ. 12/2020, κ.ά. βλ. και ανωτέρω). Λαμβανομένου όμως υπ' όψη, εν πρώτοις, του ιδιαίτερου σοβαρού διακυβεύματος, όπως αυτό αναλύεται στην αιτιολογική έκθεση του άρθρου 32 ν. 4782/2021, από μία ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, και, περαιτέρω, ότι αφ' ενός η περίπτωση της παραγράφου 5α του άρθρου 88 ν. 4412/2016 διαφέρει ουσιωδώς από την περίπτωση της παραγράφου 1 του ίδιου άρθρου, ακριβώς κατά το ότι, στην παράγραφο 5α, η προσφορά τεκμαίρεται εκ του νόμου «ασυνήθιστα χαμηλή» και ο προσφέρων οικονομικός φορέας βαρύνεται με την ανατροπή του τεκμηρίου, αφ' ετέρου ότι

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

η αναθέτουσα Αρχή, κατά δέσμια αρμοδιότητα, καλεί τον φορέα για εξηγήσεις, δυνάμενη, μάλιστα, να τον καλέσει εκ νέου, εάν οι αρχικές δεν παρίστανται, κατά την κρίση της, επαρκώς ικανοποιητικές (ΣΤΕ 1555/2022), η αναθέτουσα Αρχή, αξιολογώντας τις υποβληθείσες κατά τα ανωτέρω εξηγήσεις, οφείλει, σε κάθε περίπτωση, ήτοι και στην περίπτωση αποδοχής των εξηγήσεων του οικονομικού φορέα, να παραθέσει, στην σχετική απόφασή της, τα συγκεκριμένα εκείνα στοιχεία που την οδηγούν στο συμπέρασμα, εντός του πλαισίου της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει, ότι ο διαγωνιζόμενος επέτυχε την ανατροπή του νόμιμου τεκμηρίου, δηλαδή να προβαίνει σε εκτίμηση και αξιολόγηση των παρεχόμενων από τον οικονομικό φορέα εξηγήσεων. Διαφορετικά, στην περίπτωση δηλαδή, που η αναθέτουσα Αρχή περιορισθεί στην απλή απαρίθμηση των προσκομισθέντων στοιχείων και εξηγήσεων και στην επανάληψη των εφαρμοστέων διατάξεων, η απαίτηση της παραγράφου 5 α του άρθρου 88 ν. 4412/2016 κατ' αποτέλεσμα ατονεί και οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων υποσκελίζονται. Τέλος, οι νομιμότητα και επάρκεια της σχετικής αιτιολογίας αποτελούν αντικείμενα ελέγχου από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., εφ' όσον ασκηθεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον αυτής, και εν τέλει από το αρμόδιο δικαστήριο (πρβλ. ΣΤΕ 726/2022). Σε περίπτωση δε άσκησης προδικαστικής προσφυγής από συνδιαγωνιζόμενο, η αναθέτουσα Αρχή δεν δύναται να συμπληρώσει την ελλιπή αιτιολογία με την έκθεση απόψεων ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (πρβλ. ΣΤΕ 1533/2019, 1535/2017, 4588/2015), διότι η ως άνω υποχρέωση αιτιολογίας της απόφασής της, επί των εξηγήσεων του οικονομικού φορέα, είναι πρωτογενής και δεν δημιουργείται από την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, όπως συμβαίνει κατά την περίπτωση, που συνδιαγωνιζόμενος ασκεί προδικαστική προσφυγή, προβάλλοντας ειδικές και συγκεκριμένες αιτιάσεις περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς (ΔιοικΕφΘεσσαλ. 449/2023, 154/2023).

8. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ζητεί την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, επειδή δι' αυτής δεν απερρίφθη η προσφορά της εταιρείας «...», ως ζημιογόνος. Η αναθέτουσα Αρχή αναφέρει, ότι στην προσφορά και στην αιτιολόγηση της «...» υπολογίζονται όλα τα κόστη για την εκτέλεση του έργου (μηχανήματα, υλικά, γενικά έξοδα κλπ.) και ότι ορθώς έγινε δεκτή η αιτιολόγηση. Εν τούτοις, το

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

ζητούμενο δεν είναι, ως αλυσιτελώς υπολαμβάνει η αναθέτουσα Αρχή, εάν η εταιρεία «...» αναφέρει όλα τα κόστη αλλά το ότι τα κόστη, που η τελευταία αναφέρει, με τιμές και τις ποσότητες που η ίδια αναφέρει, καθιστούν ζημιογόνο άνευ ετέρου την προσφορά της. Εν όψει των ανωτέρω, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας Αρχής, ότι η προσφορά της εταιρείας «...» είναι κερδοφόρος, χωρίς να προβεί σε κανένα μαθηματικό υπολογισμό, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Περαιτέρω, με το τμήμα Β της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. .../2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ... κατά το μέρος, που έκανε δεκτή την προσφορά και την αιτιολόγηση της εταιρείας «...» και ανέδειξε αυτήν προσωρινή ανάδοχο του έργου. Ειδικότερα, προβάλλεται, ότι παρανόμως έγινε δεκτή η αιτιολόγηση της εταιρείας «...», καθώς αυτή υπεβλήθη μετά την πάροδο της αποκλειστικής προθεσμίας που ετέθη για την υποβολή της, δεδομένου, ότι η, επικαλούμενη από την αναθέτουσα Αρχή, παράταση υποβολής είναι άκυρη. Η αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της δεν αμφισβητεί, ότι η 20ήμερη προθεσμία υποβολής της αιτιολόγησης είναι αποκλειστική, ισχυρίζεται όμως, ότι η παράταση δόθηκε για λόγους που αφορούσαν στην αναθέτουσα Αρχή, η οποία είχε αντικειμενικές δυσκολίες να εξετάσει τις υποβληθείσες αιτιολογήσεις την συγκεκριμένη χρονική στιγμή, «... εξαιτίας έλλειψης προσωπικού εκείνες τις ημέρες κλπ. ...». Εν τούτοις, το προσωπικό, τα μέλη του οποίου ήταν αρμόδια να αξιολογήσουν την αιτιολόγηση της εταιρείας «...» ήταν η 3μελής Επιτροπή Διαγωνισμού. Εφ' όσον η Αναθέτουσα Αρχή δεν ισχυρίζεται και δεν αποδεικνύει, ότι απουσίαζαν τα μέλη της Επιτροπής Διαγωνισμού κατά το συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, η προβαλλόμενη έλλειψη προσωπικού δεν αποτελεί νόμιμο λόγο παράτασης της οικείας προθεσμίας. Και αν δε ακόμη ήθελε υποτεθεί, ότι απουσίαζαν όλα τα μέλη της Επιτροπής Διαγωνισμού κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα, και πάλι η χορηγηθείσα παράταση είναι παράνομη. Και τούτο, διότι δεν προβλέπεται από καμμία διάταξη της διακήρυξης ή του νόμου 4412/2016 χρόνος, εντός του οποίου οφείλει να αποφανθεί η αναθέτουσα Αρχή επί των αιτιολογήσεων. Ήτοι δεν ορίζεται, ότι, εάν η αιτιολόγηση δεν εξετασθεί εντός 10 ή 15 ημερών από την υποβολή της, γίνεται δεκτή ή απορρίπτεται σιωπηρώς. Η ενέργεια του Προέδρου της Οικονομικής Επιτροπής να παρατείνει την τεθείσα και χαρακτηρισθείσα από την ίδια την Οικονομική

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

Επιτροπή, ως αποκλειστική, εικοσαήμερη προθεσμία είναι μη σύννομη, καθώς ο Πρόεδρος της Οικονομικής Επιτροπής του ... χορήγησε παράταση της προθεσμίας υποβολής της αιτιολόγησης από την εταιρεία «...», κατά παράβαση του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, του όρου 4.1.η της διακήρυξης και της υπ' αριθμ. .../2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, που στο σύνολό τους χαρακτηρίζουν την 20ήμερη προθεσμία υποβολής των αιτιολογήσεων, ως αποκλειστική. Η παρεμβαίνουσα εταιρεία ισχυρίζεται, ότι «...η αναφορά της διάταξης του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 στο εικοσαήμερο έχει την έννοια της έντονης υπόδειξης προς την αναθέτουσα αρχή να περαιώσει ταχέως τη διαδικασία εντός εύλογου χρόνου». Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Από τα ανωτέρω αναφερόμενα προκύπτει, ότι η τασσόμενη με το άρθρο 88§1 του Ν. 4412/2016 προθεσμία των είκοσι (20) ημερών για την υποβολή της αιτιολόγησης δεν έχει την έννοια έντονης υπόδειξης, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, αλλά τίθεται αποκλειστική προθεσμία, εντός της οποίας οφείλουν οι προσκληθέντες προς τούτο να υποβάλουν την αιτιολόγησή τους. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη τις υπ' αριθμ. 1555/2022 και ΕΑ 83/2017 αποφάσεις του ΣτΕ, ισχυρίζεται, ότι η διαδικασία αιτιολόγησης μιας ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δεν είναι αυστηρά τυπική και, ως εκ τούτου, δικαιολογεί την χορήγηση παράτασης ακόμη και της τεθείσας αποκλειστικής προθεσμίας. Ο ισχυρισμός αυτός της παρεμβαίνουσας εταιρείας είναι αβάσιμος. Τούτο, διότι, με τις ανωτέρω αποφάσεις του το ΣτΕ δεν έκρινε, ότι ο προσκληθείς μπορεί να υποβάλει την αιτιολόγησή του, όποτε θεωρήσει ότι είναι έτοιμος, ή, ότι η ταχθείσα για την υποβολή της αιτιολόγησης προθεσμία δεν είναι αποκλειστική, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, αλλά ερμηνεύοντας την διάταξη του άρθρου 88§3 του Ν. 4412/2016, και όχι του άρθρου 88§1, έκρινε ότι διαγωνιζόμενος, που έχει υποβάλει εμπροθέσμως την προσφορά του, θα πρέπει στα πλαίσια του γόνιμου διαλόγου να καλείται να παράσχει διευκρινίσεις επί της ήδη υποβληθείσας προσφοράς του, χωρίς να του παρέχεται η δυνατότητα να υποβάλει νέα στοιχεία, πέραν των όσων αρχικά είχε υποβάλει. Συνεπώς, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, ότι, βάσει της επικαλούμενης νομολογίας του ΣτΕ, επιτρέπεται η χορήγηση παράτασης της αποκλειστικής προθεσμίας είναι απορριπτέος. Τούτο, διότι, τόσο η αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της,

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

όσο και η παρεμβαίνουσα εταιρεία «...» συνομολογούν, ότι η παράταση χορηγήθηκε από αναρμόδιο όργανο, ήτοι τον Πρόεδρο της Οικονομικής Επιτροπής. Ισχυρίζονται όμως, ότι η σιωπηρή έγκρισή της με την υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής θεραπεύει την όποια παρανομία. Και ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος, ως αβάσιμος. Σε κανένα σημείο του ν. 3463/2006, του 3852/2010 ή του 4555/2018 δεν προβλέπεται εκ των υστέρων επικύρωση απόφασης του Προέδρου της από την Οικονομική Επιτροπή. Μόνον ο ... σε εξαιρετικές και απαριθμούμενες περιοριστικά στο νόμο περιπτώσεις, έχει δικαίωμα να λάβει απόφαση, η οποία επικυρώνεται στην αμέσως επόμενη συνεδρίαση της Οικονομικής Επιτροπής. Εν όψει των ανωτέρω, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας Αρχής και της παρεμβαίνουσας, ότι η οποιαδήποτε παρανομία στην χορήγηση παράτασης θεραπεύθηκε με την απόφαση έγκρισης του πρακτικού και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται, ότι δεν αναφέρεται στην προσφυγή η επιρροή που άσκησε η εν λόγω άκυρη παράταση στην διαμόρφωση του περιεχομένου της απόφασης. Ο ισχυρισμός αυτός προβάλλεται αλυσιτελώς, καθώς δεν απαιτείται, η εκπρόθεσμη κατάθεση της αιτιολόγησης να προκαλεί βλάβη σε κάποιον, αλλ' αρκεί και μόνο το γεγονός ότι η αιτιολόγηση υπεβλήθη εκπροθέσμως. Συνεπώς, εφ' όσον αυτή (αιτιολόγηση) υπεβλήθη εκπροθέσμως, είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη (άρθρο 88§1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 4.1.η της διακήρυξης).

9. Επειδή, επέκεινα, με την προδικαστική προσφυγή προβάλλεται, ότι από την υποβληθείσα αιτιολόγηση της εταιρείας «...» προκύπτει, ότι οι εργασίες των άρθρων Α.Τ.21, Α.Τ.22, Α.Τ. 25 και Α.Τ. 26 θα ανατεθούν υπεργολαβικά σε τρίτους οικονομικούς φορείς, που δεν δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ της διαγωνιζόμενης εταιρείας, καθώς η εταιρεία «...» δεν διαθέτει τα αναγκαία για την εκτέλεσή τους μηχανήματα (... και...). Η παρεμβαίνουσα, προκειμένου να αντικρούσει τον ισχυρισμό περί υποκρυπτόμενης υπεργολαβίας, αναφέρει, ότι τις συγκεκριμένες εργασίες θα τις εκτελέσει με το μηχάνημα ... που διαθέτει, στο οποίο προσαρμόζει εξαρτήματα και μετατρέπεται σε ... ή Ο ισχυρισμός αυτός της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέος, ως αόριστος, καθώς επικαλείται την προσαρμογή εξαρτημάτων ..., χωρίς να προσκομίζει αποδεικτικά κτήσης των εξαρτημάτων. Η προσκόμιση prospectus, ότι στο

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

συγκεκριμένο μηχάνημα μπορούν να προσαρτηθούν εξαρτήματα, προκειμένου να μετατραπεί σε ... ή ..., ουδόλως αποδεικνύει, ότι η εταιρεία «...» διαθέτει τα συγκεκριμένα εξαρτήματα. Τούτων δοθέντων, το εξάρτημα, που αναφέρει ότι διαθέτει και προσαρμόζεται στον μίνι - φορτωτή ... που διαθέτει η παρεμβαίνουσα και ισχυρίζεται, ότι δύναται να υποκαταστήσει το ..., όπως προκύπτει από τα συνημμένα στοιχεία στην παρέμβαση, δεν διαθέτει καμμία λειτουργία από αυτές, που απαιτούνται σύμφωνα με την ... Άλλωστε, και από το φυλλάδιο που προσκομίσθηκε, αλλά και από τον ιστότοπο της εταιρείας του μηχανήματος δεν προκύπτει, ότι έχει σχεδιασθεί για διάστρωση θερμού ασφαλτομίγματος, παρά μόνο για ισοπέδωση φρεζαρισμένου υλικού ασφαλτικών. Συνελόντι ειπείν, πρόκειται για ακατάλληλο μηχάνημα για διάστρωση θερμού ασφαλτομίγματος, χωρίς καμμία δυνατότητα τήρησης αναγκαίων κλίσεων και επικλίσεων των προς διάστρωση επιφανειών, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Τέλος, όπως φαίνεται από το συνημμένο φυλλάδιο του εξαρτήματος, η λεπίδα «διάστρωσης» ευρίσκεται στο έμπροσθεν τμήμα του και, εάν επιχειρηθεί διάστρωση θερμού ασφαλτομίγματος, η διαστρωμένη επιφάνεια θα παραμορφωθεί αμέσως με την διέλευση του μηχανήματος πάνω από αυτήν. Αναφορικά με την προσφορά μίσθωσης μηχανήματος ... που προσκόμισε η παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της, ως εναλλακτικό τρόπο υλοποίησης της εργασίας διάστρωση ασφαλτικών, αυτή αφ' ενός δεν λαμβάνεται υπ' όψη, καθώς δεν υπεβλήθη με τον φάκελλο της αιτιολόγησης, αφ' ετέρου δεν συμπεριλαμβάνει το κόστος του χειριστή του μηχανήματος. Περαιτέρω, η ανάλυση του άμεσου κόστους εργασιών της αιτιολόγησης της παρεμβαίνουσας για τις εργασίες με AT21 και AT22 αναφέρει τα εξής: Γίνεται ρητή αναφορά, ότι η εκτέλεση των εργασιών θα γίνει με χρήση ... μάρκας ... και προφανώς δεν αναφέρεται στο μίνι σούπερ πολυμηχάνημα «τσέπης» ... με την όποια προσθήκη, που επικαλείται στην παρέμβαση. Αναφορικά με την προσφορά μίσθωσης μηχανήματος ..., που προσκόμισε η παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της, ως εναλλακτικό τρόπο υλοποίησης της εργασίας διάστρωσης ασφαλτικών, αυτή δεν λαμβάνεται υπ' όψη, καθώς δεν υπεβλήθη με τον φάκελλο της αιτιολόγησης της προσφοράς και σε κάθε περίπτωση δεν συμπεριλαμβάνει το κόστος του χειριστή του μηχανήματος. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται, ότι είναι αβάσιμος ο ισχυρισμός της προσφυγής, ότι τυγχάνουν εφαρμογής στο έργο οι

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

δαπάνες έμμεσου κόστους για τα πεδία A1 έως και A4 που αφορούν στην εγκατάσταση και λειτουργία εργοταξιακών χώρων. Όπως ήδη αναφέρθηκε στην προσφυγή, η παρεμβαίνουσα δεν εκτελεί πλέον έργο που να γειτνιάζει χωροταξικά με το υπό δημοπράτηση έργο και συνεπώς δεν ισχύει καμμία ευνοϊκή συνθήκη γι' αυτήν για τους εργοταξιακούς χώρους. Κατόπιν της συνομολόγησης, στην αιτιολόγησή της, ότι τα γειτνιάζοντα έργα έχουν περατωθεί, δηλαδή δεν υφίστανται πλέον εργοταξιακοί χώροι, ισχυρίζεται, ότι σε εν εξελίξει έργα της διαθέτει τέτοιους χώρους και σε μικρή απόσταση από τον χώρο εργασιών του δημοπρατούμενου έργου. Η «μικρή» απόσταση προσδιορίζεται σε 900 και 650 μ από το σημείο έναρξης του υπό δημοπράτηση έργου, χωρίς να διευκρινίζει την πραγματική οδική απόσταση και τον χρόνο που απαιτείται για να την διανύσει κάποιος. Περαιτέρω, η αναγκαιότητα ύπαρξης εργοταξιακού χώρου, αυτοτελούς σε κάθε έργο, αποδεικνύεται από τα αναφερόμενα της ίδιας της παρεμβαίνουσας, με την παραδοχή ύπαρξης δύο διακριτών εργοταξιακών χώρων για τα δύο έργα που εκτελεί («...» & «...»), τα οποία γειτνιάζουν μεταξύ τους. Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 16 της ΕΣΥ «Γενικές και ειδικές υποχρεώσεις του αναδόχου», παρ. 16.15.1 η, ο ανάδοχος, εφ' όσον ζητηθεί, υποχρεούται να εγκαταστήσει χωρίς αποζημίωση καλαίσθητο οικίσκο για τις ανάγκες και της Υπηρεσίας επίβλεψης. Δεδομένου, ότι στην αιτιολόγηση της παρεμβαίνουσας δεν παρατίθενται κοστολογικά στοιχεία, μοναδικός αποδεκτός τρόπος υπολογισμού είναι η χρήση της εγκυκλίου 9/2017 του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών. Εν συνεχεία, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται, ότι, για τις κατηγορίες A5, A6, A7, A8&9 και A14 του έμμεσου κόστους του έργου, δεν δήλωσε και δεν κάνει χρήση της εγκυκλίου 9/2017 του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, καθώς στο έργο ισχύουν ειδικές συνθήκες και δικαιολογείται η εκ μέρους της κοστολόγηση χωρίς χρήση της εγκυκλίου. Δηλαδή, η παρεμβαίνουσα, ενώ αποδέχεται την εφαρμογή της εγκυκλίου, εφαρμόζει τα ποσοστά της σε λάθος προϋπολογισμό, χωρίς να κάνει χρήση της Εγκυκλίου για την κοστολόγηση της προσφοράς της. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται, ότι ο μοναδικός εργαζόμενος της εταιρείας, που θα απασχοληθεί στο έργο, είναι ο βασικός μέτοχος και διευθύνων σύμβουλος της εταιρείας, ο οποίος δεν αμείβεται ως υπάλληλος ή ως μέλος Διοικητικού Συμβουλίου, αλλά η αμοιβή του προέρχεται από τα κέρδη της εταιρείας, μέσω μερισμάτων. Πέραν όμως

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

του άτοπου του ανωτέρω συλλογισμού, για την υλοποίηση του έργου, απαιτείται το προσωπικό, που αναφέρεται στις παραγράφους 6.3 και 6.4 της ΕΣΥ, συμβατική υποχρέωση δηλαδή, που φαίνεται να αγνοεί η παρεμβαίνουσα και αγνόησε η αναθέτουσα Αρχή. Τούτο, διότι οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη την διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, σύμφωνα με την παρ. 5α, άρθρο 88 του Ν4412/2016, και συνεπώς η αναθέτουσα Αρχή, με την απόφαση αποδοχής της αιτιολόγησης της παρεμβαίνουσας, τροποποίησε έμμεσα συμβατικούς όρους του έργου. Εν όψει των ανωτέρω, η προσφορά της ως άνω εταιρείας είναι απορριπτέα, καθώς με την αιτιολόγησή της συνομολογεί, ότι θα παραβιάσει τις συμβατικές της υποχρεώσεις και δεν θα διαθέσει το απαιτούμενο από την ... προσωπικό επιστασίας. Σε κάθε περίπτωση, ο ισχυρισμός είναι απορριπτέος αφ' ενός, διότι προβάλλεται, το πρώτον, με την παρέμβασή της ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, χωρίς να έχει δηλωθεί εκ των προτέρων στην αιτιολόγησή της, ώστε να δύναται η αναθέτουσα Αρχή να ελέγξει, εάν αυτό συνάδει με τους όρους της διακήρυξης, και αφ' ετέρου, διότι, σε κάθε περίπτωση, δεν σημαίνει ότι δεν πρέπει να συνυπολογισθεί το κόστος αμοιβής του (ad hoc ΕΑΔΗΣΥ 898/2022 σκ.23, 688/2023 κ.α.). Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται, ότι για την εκτέλεση του έργου δεν θα απαιτηθεί καμμία απολύτως μεταφορά, τόσο υλικών όσο και προσωπικού κατά τρόπο απάδοντα με τα πορίσματα της τέχνης και της επιστήμης. Στο δημοπρατούμενο έργο, η απόσταση μεταφοράς, σε όλα τα άρθρα τιμολογίου, κατά τα οποία απαιτούνται, πλέον των εργασιών, και μεταφορές, η απόσταση έχει καθορισθεί στα 25 χιλιόμετρα. Ως εκ τούτου, λαμβάνοντας υπ' όψη τις εγκυκλίους του ..., τα 25 χιλιόμετρα δεν αφορούν στην μέγιστη απόσταση μεταφοράς μέρους των εκσκαφών, όπως αβάνισμα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, αλλά στην μέση απόσταση μεταφοράς των υλικών από το κέντρο βάρους του έργου στους χώρους απόθεσης. Η δε ταχύτητα των φορτηγών οχημάτων ουδόλως αυθαίρετη είναι, καθώς πρόκειται για μεταφορές κατά κύριο λόγο εντός αστικού ιστού αλλά και με μεγάλο φορτίο. Περαιτέρω, στον πίνακα διαθέσιμου εξοπλισμού της εταιρείας (αναλυτικός υπολογισμός άμεσου κόστους έργου της αιτιολόγησης) δεν

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

υφίστανται τρία εκσκαπτικά μηχανήματα αλλά μόνον ένα. Τέλος, εφ' όσον μεταβληθούν οι αποστάσεις μεταφοράς και η απόσταση μεταφοράς μειωθεί δραματικά στα τρία χιλιόμετρα (θέση μονάδας ... κατά την παρεμβαίνουσα), υφίσταται υποχρέωση σύνταξης ... και μείωσης της αμοιβής, κατ' αντιστοιχία των οδηγιών της εγκυκλίου 18/2014 στην περίπτωση αύξησης των αποστάσεων. Συνεπώς, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας είναι αβάσιμοι. Επιπλέον, με την αποδοχή της αιτιολόγησης, η Αναθέτουσα Αρχή αποδέχθηκε, ότι μεταφορές τριών χιλιομέτρων θα τις αποζημιώνει ως γενόμενες μεταφορές 25 χιλιομέτρων καθώς οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη την διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, σύμφωνα με την παρ. 5α, άρθρο 88 του Ν.4412/2016. Εν συνεχεία, ο μισθολογικός διαχωρισμός του εργατοτεχνικού προσωπικού ασφαλώς και είναι ζήτημα πολιτικής της εκάστοτε εταιρείας, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας. Πλην όμως, ο υπολογισμός του κόστους εργασίας, που δεν υπολογίσθηκε από την παρεμβαίνουσα στην αιτιολόγησή της και δεν αμφισβητείται με την παρέμβασή της, έγινε με στοιχεία που παρουσίασε η ίδια στην αιτιολόγησή της, δηλαδή το ωρομίσθιο των εργατών της και όχι των τεχνιτών της. Επίσης, η παρεμβαίνουσα παραλείπει να μνημονεύσει, ότι στα άρθρα τιμολογίου 9 και 10 αποξηλώνονται εκτός από τις πλάκες πεζοδρομίου (μετά προσοχής) και η υπόβασή τους, δηλαδή παραγόμενα υλικά αποξηλώσεων που χρήζουν φόρτωσης. Τυχόν χειρωνακτική φόρτωση των υπ' όψη υλικών, εάν αυτό είναι το σχέδιο της εταιρείας για την υλοποίηση του έργου, θα είχε πολλαπλάσιο κόστος από αυτό που της καταλογίζεται με την προσφυγή. Οι δε υπολογισμοί δαπάνης του μηχανήματος φόρτωσης είναι σύμφωνα με τα οικονομικά δεδομένα, που έχουν αναφερθεί στην αιτιολόγηση. Αναφέρει δε η παρεμβαίνουσα, ότι το τσιμεντοκονίαμα συμπεριλαμβάνεται στην προσφορά προμήθειας των πλακών (προμηθευτής...), καθώς «περιέχεται και πάσης φύσεως συνδετική ύλη». Στην εν λόγω προσφορά συμπεριλαμβάνεται, εκτός του υλικού, μόνον η δαπάνη μεταφοράς. Υπολαμβάνει επίσης, ότι δεν θα διαμορφωθούν αρμοί, ισχυριζόμενη, ότι το δημοπρατούμενο έργο είναι συνέχεια του έργου «...» που χωροταξικά δεν

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

έχουν καμμία συνέχεια, όπως και η ίδια δήλωσε. Για τις αποδόσεις των εργατών υποστηρίζει, ότι ελέγχθηκαν και έγιναν αποδεκτές από την αναθέτουσα Αρχή. Ως εκ τούτου, δεν παρίσταται αιτιολογημένη εμπειριστατωμένα η τοποθέτηση 11 πλακών πεζοδρομίου κάθε 28,8 δευτερόλεπτα από ένα συνεργείο τεσσάρων ατόμων και, για τον λόγο αυτόν, η παρεμβαίνουσα αρκέστηκε να μνημονεύσει την αποδοχή της αναθέτουσας Αρχής. Ισχυρίζεται δε η παρεμβαίνουσα, ότι οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας είναι αστήρικτες και αναπόδεικτες, χωρίς όμως να υπεισέρχεται σε αντίκρουση των αναφερομένων στην προσφυγή. Ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, ότι, για την εκτέλεση της εργασίας του ... Πρόχυτα κράσπεδα από σκυρόδεμα, θα εφαρμόσει την δική της «εντός πραγματικότητας» μέθοδο, καθώς η περιγραφόμενη στα συμβατικά τεύχη είναι «εκτός πραγματικότητας». Επιπλέον, αναφέρει, ότι το υλικό συγκόλλησης και αρμολόγησης, παρά το γεγονός, ότι περιλαμβάνεται στην τιμή μονάδας του ΑΤ, θα απαιτήσει να αποζημιωθεί επιπλέον από το άρθρο τιμολογίου ΑΤ14, ήτοι να πληρωθεί εις διπλούν την αυτή εργασία, που, σε περίπτωση αποδοχής, θα αποτελέσει συμβατικό στοιχείο, καθώς οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης, που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη την διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, σύμφωνα με την παρ. 5α, άρθρο 88 του Ν.4412/2016.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής να γίνει δεκτό, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό, να απορριφθεί η παρέμβαση και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου

Αριθμός Απόφασης:1606/2023

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17/10/2023 και εκδόθηκε στις 6/11/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ