

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 4 Σεπτεμβρίου 2020, με την εξής σύνθεση:Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.7.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 995/28.7.2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα, ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη, επί της οδού, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου και δη κατά της με αρ. 561/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ως άνω αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το από 3.6.2020 πρακτικό για την αξιολόγηση των αιτιολογήσεων που υποβλήθηκαν λόγω των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών για το έργο: ΑΣΦΑΛΤΟΣΤΡΩΣΕΙΣ ΔΗΜΟΥ και το από 7.1.2020 1^ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, στο πλαίσιο του ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αρ. πρωτ. και ΑΔΑΜ στο ΚΗΜΔΗΣ 2019-11-27 διακήρυξη για την ανάδειξη αναδόχου του έργου με αντικείμενο «Ασφαλτοστρώσεις Δήμου», εκτιμώμενου προϋπολογισμού ύψους 5.999.060,91€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και κριτήριο για την ανάθεση της σύμβασης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για τους ειδικότερους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στις, νομίμως εκπροσωπούμενης, η οποία άσκησε την από 7.8.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της, επί σκοπώ διατήρησης της προσβαλλόμενης πράξης και απόρριψης της προκείμενης προσφυγής.

Της παρεμβαίνουσας ένωσης εταιρειών με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στις, νομίμως εκπροσωπούμενης, η οποία άσκησε την από 7.8.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της, επί σκοπώ διατήρησης της προσβαλλόμενης πράξης και απόρριψης της προκείμενης προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία Μανδράκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την ως άνω διακήρυξη, ο Δήμος προκήρυξε ανοικτό, κάτω των ορίων ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσης του έργου «Ασφαλτοστρώσεις Δήμου» εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας 5.999.060,91€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Το κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 27.11.2019 με ΑΔΑΜ: καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 29.11.2019, όπου έλαβε συστημικό αριθμό, Στο πλαίσιο του διαγωνισμού αυτού, έλαβαν μέρος οι ακόλουθοι υποψήφιοι, κατά σειρά μειοδοσίας: (α) η ήδη παρεμβαίνουσα εταιρία με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 70,15%, (β) η ήδη παρεμβαίνουσα ένωση «.....» με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 67,85%, (γ) η εταιρεία με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 58,03%, (δ) η προσφεύγουσα εταιρεία «.....» με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 51,00%, (ε) η ένωση «.....» με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 47,73% και (στ) η με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 41,58%. Η Επιτροπή Διαγωνισμού διά του με αριθμ. 1^{ου} Πρακτικού της, εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της τρίτης κατά σειρά μειοδοσίας, και την κατακύρωση του έργου στην και δυνάμει της υπ' αριθμ. 29/2020

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., αποφασίσθηκε η παροχή εξηγήσεων εκ μέρους των υποψηφίων, σε σχέση με το ύψος των προσφορών τους (αιτιολόγηση προσφορών), ζητήθηκε δε από την Επιτροπή Διαγωνισμού να γνωμοδοτήσει ακολούθως επί των διευκρινήσεων και δικαιολογητικών αιτιολόγησης των συμμετεχουσών εργοληπτικών επιχειρήσεων και να εισηγηθεί εκ νέου στην Οικονομική Επιτροπή για τη λήψη σχετικής απόφασης κατακύρωσεως. Εν συνεχεία, η Επιτροπή αξιολόγησης διά του από 3.6.2020 πρακτικού της αποφάνθηκε επί της αιτιολογήσεως των προσφορών της εταιρίας ..., της ενώσεως και της συμμετέχουσας εταιρείας ..., μεταξύ των οποίων αναφέρονται τα εξής: «Σύμφωνα με το άρθρο 88 παρ. 2 και 3 καθώς και με τις διευκρινίσεις της Εγκύκλιου 9/25-4-2017 του Υπουργείου Υποδομών η Επιτροπή κρίνει ότι και οι τρεις αιτιολογήσεις οικονομικών προσφορών των οικονομικών φορέων, όπως αναφέρονται παραπάνω, καθώς και τα παρεχόμενα αυτών, εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το επίπεδο της τιμής που προσέφεραν. Από τον έλεγχο προσφορών κατακύρωσης συναφών με το εξεταζόμενο έργο (ασφαλτοστρώσεις) που έχει υλοποιήσει ο Δήμος κατά το χρονικό διάστημα από το έτος 2011 έως το έτος 2018, διαπιστώθηκε ότι τα ποσοστά έκπτωσης των Ανάδοχων κυμαίνονται στα ίδια επίπεδα (από 64,01% έως 71,78%) με το ποσοστό του προσωρινού Αναδόχου που ανέρχεται σε 70,15%.». Κατ'αποδοχήν του ως άνω πρακτικού καθώς και του από 7.1.2020 1^{ου} πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού εξεδόθη η (προσβαλλόμενη) υπ' αριθμ. 561/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., δυνάμει της οποίας ανακηρύχθηκε προσωρινή μειοδότης της επίμαχης σύμβασης η Την ακύρωση της ως άνω πράξεως και τον αποκλεισμό της αναδειχθείσας προσωρινής μειοδότης και ήδη παρεμβαίνουσας εταιρίας, καθώς και της δεύτερης κατά σειρά μειοδοσίας αναδειχθείσας ένωσης εταιριών επιδιώκει η προσφεύγουσα με την από 27.7.2020 υπό εξέταση προσφυγή της, επί τω τέλει όπως κατακυρωθεί η υπό ανάθεση σύμβαση στην ίδια.

2. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύτηκε το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

με κωδικό ..., εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 15.000,00€, που αποτελεί και το κατά νόμον ανώτατο ποσό παραβόλου, δεδομένου ότι υπολογίζεται επί ποσοστού 0,5% της προϋπολογισθείσας δαπάνης της προς ανάθεση σύμβασης άνευ ΦΠΑ.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του κύριου αντικειμένου του (έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της υπόψη σύμβασης, καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία ανάρτησης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ) εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς και του Ν. 4412/2016 (αρ. 6 παρ. 1, 61 παρ. 1 Ν. 4412/2016). Συνακόλουθα, η κρινομένη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ως άνω νόμου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, ως ισχύει, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος ...), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α' του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες, στις 16.7.2020, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 27.7.2020, ήτοι εντός της προβλεπόμενης στις ως άνω διατάξεις δεκαήμερη προθεσμία για την άσκησή της, δοθέντος ότι η καταληκτική της προθεσμίας ημερομηνία (Κυριακή) συνέπιπτε με ημέρα εξαιρετέα και συνεπώς νομίμως παρεκτείνεται (η προθεσμία) μέχρι την επόμενη εργάσιμη. Προσέτι, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτώς ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου (άρ. 362 παρ. 2 Ν. 442/2016 και 8 παρ. 2, Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017).

5. Επειδή, η προσφεύγουσα εργοληπτική εταιρεία που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, κατετάγη τρίτη κατά σειρά

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

μειοδοσίας, επικαλείται ότι μη νομίμως κατά πρώτον έγιναν δεκτές διά της προσβαλλομένης απόφασης οι προσφορές των οικονομικών φορέων που προηγούνται αυτής στη σειρά μειοδοσίας και κατά δεύτερον απεφασίσθη η ανάδειξη της συμμετέχουσας εταιρείας ως προσωρινή ανάδοχος, καθώς όχι μόνο οι προσφορές τους είναι ασυνήθιστα χαμηλές κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 88 του Ν.4412/2016, αλλά και οι δοθείσες από τις ανωτέρω συμμετέχουσες διευκρινήσεις δεν έπρεπε να κριθούν επαρκείς από την αναθέτουσα αρχή και μάλιστα δίχως νόμιμη και επαρκή αιτιολογία της προσβαλλομένης σχετικής απόφασης της, αιτείται κατά συνέπεια τούτων και διά της προσφυγής της, την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς, κατά τους ισχυρισμούς της, μόνη αποδεκτή οικονομική προσφορά στο πλαίσιο του ως άνω διαγωνισμού θα έπρεπε να έχει γίνει η δική της και επομένως η ίδια να ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος της επίμαχης σύμβασης. Περαιτέρω, η συμμετέχουσα εταιρεία εν γένει νομοτύπως και εμπροθέσμως ασκεί την από 7.8.2020 Παρέμβασή της, κατόπιν της από 29.7.2020 κοινοποίησης της προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, και δη μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος με την προσβαλλόμενη απόφαση, επιδιώκοντας την απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης. Ομοίως, μετ' εννόμου συμφέροντος, παραδεκτώς και εμπροθέσμως ασκεί την από 7.8.2020 Παρέμβασή της η δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας αναδειχθείσα συμμετέχουσα ένωση εταιρειών». Επέκεινα, η αναθέτουσα αρχή διά του με αριθμ. πρωτ.68094/6.8.2020 εγγράφου της αποστέλλει τις απόψεις της, κατ' επιτρεπτή δε συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλομένης απόφασης της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα διά της προσφυγής της ισχυρίζεται ειδικότερα ότι οι δύο πρώτες προσφορές των ήδη παρεμβαινουσών εταιρειών είναι αποκλειστέες ως ζημιογόνες, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 88

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

του Ν. 4412/2016 αλλά και το κανονιστικό περιεχόμενο της οικείας διακήρυξης. Εν προκειμένω δε, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι οι συνδιαγωνιζόμενοι της δεν παρείχαν ικανοποιητικές εξηγήσεις και συνεπώς η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να απορρίψει τις προσφορές τους. Επέκεινα σύμφωνα και με τη νομολογία του ΔΕΕ η αναθέτουσα αρχή διατηρεί διακριτική ευχέρεια ως προς την αποδοχή ή μη της διαπιστωθείσας μη τεκμηριωμένης ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, ωστόσο η εν λόγω διακριτική ευχέρεια ελέγχεται ως προς την αιτιολογία της και την μη υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας, η δε απόφαση τούτη πρέπει να ερείδεται αφενός στη φερεννυότητα της προσφοράς και αφετέρου στην ανάπτυξη υγιούς, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Περαιτέρω, από τη νομολογία του ΔΕΕ προκύπτει εναργώς ότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή πρώτον, να εντοπίσει τις «ύποπτες» προσφορές, όπως έπραξε εν προκειμένω, δεύτερον, να παράσχει στις ενδιαφερόμενες συμμετέχουσες επιχειρήσεις τη δυνατότητα να αποδείξουν τη σοβαρότητα και φερεγγυότητα των προσφορών τους, ζητώντας τους σχετική αιτιολόγηση και τις διευκρινίσεις τις οποίες εν προκειμένω κρίνει σκόπιμες, όπως επίσης έπραξε, τρίτον, να αξιολογήσει και εκτιμήσει τη λυσιτέλεια και βασιμότητα των εξηγήσεων που παρείχαν οι ενδιαφερόμενοι, όπερ, εντούτοις, δεν έπραξε στην προκειμένη περίπτωση και, τέταρτον, να αποφασίσει σχετικά με το αν θα δεχθεί ή θα απορρίψει τις προαναφερθείσες προσφορές [βλ. συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani (2001) Συλλογή 1-9233 σκ. 55]. Ενόψει των ανωτέρω, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αξιολογήσει το σύνολο των υποβαλλομένων με τις αιτιολογήσεις στοιχείων και να κρίνει επ' αυτών με αιτιολογημένη κρίση της, πριν την απόφαση της για την αποδοχή ή την απόρριψη της κρινόμενης προσφοράς. Άλλοις λόγοις, θα πρέπει να κρίνει εάν όντως συντρέχουν στην προκειμένη περίπτωση οι ευνοϊκές εκείνες συνθήκες υπό τις οποίες ο προσφέρων μπορεί να εκτελέσει το έργο και οι οποίες πράγματι δικαιολογούν την οικονομία που ο προσφέρων προβάλλει ότι επιτυγχάνει με την συνδρομή τους, ώστε τελικώς να αξιολογηθεί ως

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

αιτιολογημένη με τα αποδεικνυόμενα μεγέθη η υποβαλλόμενη προσφορά του (απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2001, 0285/99, και 0286/99, Lombardini και Mantovani, σκέψεις 51 έως 59 και 82 έως 85 (καθώς και προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα σημεία 48 έως 51), απόφαση της 22ας Ιουνίου 1989, 0103/88, Fratelli Constanzo, σκέψεις 18-20, ΣτΕ 197/2015, πρβλ Ε.Σ. αποφ. VI Τμ. 1725, 1724, 1723/2012). Στην προκειμένη περίπτωση ωστόσο η αναθέτουσα αρχή ουδέν εκ των ανωτέρω έπραξε, ήτοι δεν εισήλθε στην ουσιαστική αξιολόγηση της προσφοράς των δύο πρώτων διαγωνιζομένων αλλά περιορίσθηκε σε μια απόλυτα τυπική και χαρακτηριστικά διεκπεραιωτική αποδοχή όλων των αιτιολογήσεων με μια γενικόλογη αναφορά στο άρθρο 88 παρ. 2 και 3 του ν. 4412/2016 και στις διευκρινήσεις της Εγκύκλιου 9/25.4.2017 του Υπουργείου Υποδομών χωρίς καν να αναφέρει ποια στοιχεία έλαβε υπόψη και πώς εξειδικεύτηκαν ανά προσφορά κατόπιν της παρασχεθείσας από τους συμμετέχοντες αιτιολόγησης, συνακολούθως η προσβαλλόμενη είναι μη νόμιμη ως πλημμελώς αιτιολογημένη. Παραθέτοντας δε στοιχεία και υπολογισμούς με το δεύτερο σκέλος του πρώτου λόγου προσφυγής της, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι από την αιτιολόγηση των οικονομικών προσφορών στην οποία προέβησαν οι δύο πρώτοι οικονομικοί φορείς προκύπτει ότι αυτές είναι ζημιογόνες, ακόμα και με τις παραδοχές που έχουν οι ίδιοι ενσωματώσει στις επεξηγήσεις τους. Περαιτέρω και επικουρικώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι οι ως άνω δύο οικονομικές προσφορές των οικονομικών φορέων ... και ΕΝΩΣΗ «.....» πρέπει να αποκλεισθούν επειδή συνιστούν ουσιαστικά ενιαίο οικονομικό φορέα που ελέγχεται από τα ίδια πρόσωπα. Εν προκειμένω δε, οι,και είναι μέτοχοι κατά 100% στην και κατά 27,99% στην, με μόνο έτερο μέτοχο στην δεύτερη τον, ήτοι τον πατέρα των τριών άλλων μετόχων. Η εν μέρει ταύτιση και ο εξαιρετικά στενός συγγενικός δεσμός των μετόχων των δύο ως άνω οικονομικών φορέων παραπονείται η προσφεύγουσα ότι συνεπάγεται την ύπαρξη ιδιαίτερων συνθηκών που επιτρέπουν εναρμονισμό της συμπεριφοράς τους, κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους και κατά τη συμμετοχή τους στη διαδικασία του διαγωνισμού, με αποτέλεσμα τη δημιουργία άνισων συνθηκών

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

ανταγωνισμού σε βάρος των λοιπών διαγωνιζομένων και εν προκειμένω της ίδιας, χωρίς να ασκεί επιρροή συναφώς ότι οι δύο εταιρείες είναι χωριστά νομικά πρόσωπα και συνεπώς πρέπει να αποκλεισθούν αμφότεροι οι ως άνω οικονομικοί φορείς (Ε.Α.ΣΤΕ 445/2006 κ.α.).

7. Επειδή, στο άρθρο 88 του Ν. 4412/2016, με το οποίο ενσωματώθηκε το άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περί των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ορίζονται τα εξής: «1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. 2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 89. 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18. 4. Εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει ότι μια προσφορά είναι

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

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

8. Επειδή, εξάλλου, η έννοια της υπερβολικά χαμηλής προσφοράς πρέπει να καθορίζεται συγκεκριμένα για κάθε σύμβαση σε σχέση με το αντικείμενο που αποτελεί το περιεχόμενό της (βλ. απόφ. ΔΕΕ της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., σκ. 29-30, απόφ. της 18.12.2014, C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, σκ. 50, της 19.10.2017, C-198/16, Agriiconsulting Europe SA, σκ. 29, πρβ. απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2016, Agriiconsulting Europe κατά Επιτροπής, T-570/13, σκ. 55). Συναφώς, η Οδηγία 2014/24/ΕΕ δεν απαγορεύει την υποβολή χαμηλής προσφοράς, αλλά θεσπίζει ορισμένες διατάξεις για την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, που αποτελεί μια αόριστη αξιολογική έννοια (βλ. ΕΣ Τμ. Μείζονος

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

Επταμελούς Συνθέσεως 1077/2016), καθόσον οι διατάξεις της Οδηγίας δεν είναι σαφείς ως προς την έκταση της ευχέρειας που διαθέτει η αναθέτουσα αρχή να δεχθεί ή να απορρίψει προσφορά, ως ασυνήθιστα χαμηλή, μετά την παροχή διευκρινίσεων εκ μέρους του προσφέροντος. Κατά τα αναφερόμενα δε στην αιτιολογική σκέψη 103 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ οι προσφορές που φαίνονται αφύσικα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες ενδέχεται να βασίζονται σε τεχνικά, οικονομικά, ή νομικά αβάσιμες παραδοχές ή πρακτικές. Στην περίπτωση που ο προσφέρων δεν μπορεί να παράσχει ικανοποιητική εξήγηση, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να δικαιούται να απορρίψει την προσφορά. Η απόρριψη αυτή είναι υποχρεωτική στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή έχει διαπιστώσει ότι η ασυνήθιστα χαμηλή τιμή ή το ασυνήθιστα χαμηλό κόστος που προτείνεται είναι αποτέλεσμα της μη συμμόρφωσης με υποχρεωτική ενωσιακή νομοθεσία ή συμβατή προς αυτή εθνική νομοθεσία στους τομείς του κοινωνικού, εργατικού ή περιβαλλοντικού δικαίου ή με διατάξεις του διεθνούς εργατικού δικαίου. Συνεπώς η νέα Οδηγία ρητά, πλέον, ορίζει στην παρ. 3 του άρθρου 69 (παρ. 3 άρθρου 88 Ν. 4412/2016) ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνον εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, δηλαδή όταν και μετά τις διευκρινίσεις που δόθηκαν από τον προσφέροντα η χαμηλή προσφορά εγκυμονεί, κατά την πλήρως και ειδικώς αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, τον κίνδυνο για την εκτέλεση της σύμβασης, προσανατολιζόμενη ούτως στην ανάπτυξη υγιούς, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβ. απόφαση ΠΕΚ της 25ης Φεβρουαρίου 2003 στην υπόθεση T-4/2001, Renco SpA, σκ. 75 και 76, απόφαση ΔΕΚ της 27ης Νοεμβρίου 2001 στις υποθέσεις C-285/1999 και C-286/1999, Impresa Lombardini SpA- Impresa Generale de Costruzioni και Impresa Ing. Mantovani SpA, σκ. 53-55, Ε.Σ. Τμ. VI 525/2018, 2998, 19/2014, 3202, 2752, 584/2011, Ε΄ Κλιμ. 387/2018, πρβλ. ΣτΕ 1425/2005, Ε.Α. ΣτΕ 45/2008, 1159/2007). Άλλοις λόγοις η αναθέτουσα αρχή διατηρεί διακριτική ευχέρεια ως προς την αποδοχή ή μη της διαπιστωθείσας μη τεκμηριωμένης

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Η ερμηνεία αυτή ακολουθεί τη γραμματική διατύπωση του νόμου, λαμβάνοντας υπόψη ότι μόνον σε παραβάσεις νομοθεσίας εργατικού και περιβαλλοντικού δικαίου καθίσταται η αρμοδιότητα αυτή δεσμευτική για την αναθέτουσα αρχή. Δεδομένων των ανωτέρω και κατ'ακολουθίαν, η αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση αποδοχής ή απόρριψης της προσφοράς πρέπει να αιτιολογήσει πλήρως και ειδικώς την απόφασή της και ιδιαίτερα να λάβει υπόψη της τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις, η δε απόφαση τούτη πρέπει να ερείδεται αφενός στη φερεγγυότητα της προσφοράς και αφετέρου στην ανάπτυξη υγιούς, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Η κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς το «ασύνηθες» της υποβαλλόμενης οικονομικής προσφοράς ελέγχεται ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας που αυτή διαθέτει, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής.

9. Επειδή, από τη νομολογία του ΔΕΕ προκύπτει εναργώς ότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή πρώτον, να εντοπίσει τις «ύποπτες» προσφορές, δεύτερον, να παράσχει στις ενδιαφερόμενες συμμετέχουσες επιχειρήσεις τη δυνατότητα να αποδείξουν τη σοβαρότητα και φερεγγυότητα των προσφορών τους, ζητώντας τους σχετική αιτιολόγηση και τις διευκρινίσεις τις οποίες εν προκειμένω κρίνει σκόπιμες, τρίτον, να αξιολογήσει και εκτιμήσει τη λυσιτέλεια και βασιμότητα των εξηγήσεων που παρείχαν οι ενδιαφερόμενοι και, τέταρτον, να αποφασίσει σχετικά με το αν θα δεχθεί ή θα απορρίψει τις προαναφερθείσες προσφορές [βλ. συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani (2001) Συλλογή I-9233 σκ. 55]. Περαιτέρω, η δυνατότητα εκτίμησης και αξιολόγησης δεν συνεπάγεται την απεριόριστη άσκηση διακριτικής ευχέρειας, δεδομένης δε και της ενδεχόμενης απόρριψης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών θα πρέπει να καθοδηγούνται από τις γενικές αρχές των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις και της ΣΛΕΕ και να τηρούν τις γενικές αρχές δικαίου και ιδίως την αρχή της νομιμότητας και της χρηστής διοίκησης. Ειδικότερα, στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

N. 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 επιβάλλει 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).

10. Επειδή, από τις οικείες διατάξεις, συνάγεται ότι η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δύναται να νοθεύσει τον ανταγωνισμό και να πλήξει την επί ίσοις όροις συμμετοχή των ενδιαφερομένων στους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αφού με τη μεθόδευση τούτη οι λοιποί υποψήφιοι αποκλείονται κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και η διαγωνιστική διαδικασία αποβαίνει υπέρ του διαγωνιζομένου εκείνου που προσφέρει τις υπηρεσίες του αντί αδικαιολόγητα χαμηλού, σε σχέση με τα κρατούντα στην αγορά, τιμήματος. Περαιτέρω, η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς διακινδυνεύει και το δημόσιο συμφέρον, στο μέτρο που ο ανάδοχος ενδέχεται, κατά λογική ακολουθία, να επιχειρήσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης να καλύψει τη ζημία που υφίσταται, εξαιτίας του αδικαιολόγητα χαμηλού τιμήματος, σε βάρος της ποιότητας ή και της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών (βλ. σχετικά S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, (2005,) σελ. 532-534; 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).

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

11. Επειδή, εξάλλου, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει η αρχή της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων. Αναλυτικότερα «Η στάση της διοίκησης απέναντι στους διαγωνιζόμενους σε μία διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, κυρίως ενόψει έκδοσης δυσμενών για αυτούς πράξεων, υπαγορεύεται από την εν γένει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να μην αφήνει τις πράξεις και αποφάσεις της εκτεθειμένες σε υπόνοιες αυθαιρεσίας και αιφνιδιασμού σε βάρος των διαγωνιζομένων. Μία τέτοια επιταγή βρίσκεται, άλλωστε, σε απόλυτη εναρμόνιση με την θεμελιώδη αρχή της διαφάνειας που διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, οι αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής που είναι απορριπτικές αιτημάτων των συμμετεχόντων σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση δημόσια σύμβασης έργου, προμήθειας, υπηρεσιών κ.λπ., πρέπει να είναι πλήρως και ειδικά αιτιολογημένες. Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΔΕΕ επί του ζητήματος αυτού, η οποία αντανακλά και τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών, κάθε απόφαση της αναθέτουσας αρχής (διοίκησης) που είναι αρνητική ή απορριπτική αιτήματος του οικονομικού φορέα πρέπει να μπορεί να προσβάλλεται με ένδικο βοήθημα που να παρέχει τη δυνατότητα ελέγχου της νομιμότητας της σε σχέση με το δίκαιο της Ένωσης. Υπό το πρίσμα αυτό, είναι σημαντικό να είναι σε θέση ο ενδιαφερόμενος να γνωρίζει το σκεπτικό της απόφασης που τον αφορά. Επομένως, η αρμόδια εθνική αρχή υποχρεούται, είτε με την ίδια την απόφαση είτε, κατόπιν αίτησης του ενδιαφερομένου, με μεταγενέστερη γνωστοποίηση, να καθιστά γνωστούς τους λόγους της άρνησής της [Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 20-12-2010, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις 0-422/09,0-425/09 και 0-426/09, σκέψη 33, απόφαση της 15ης Οκτωβρίου 1987,222/86, Συλλογή 1987, σ. 4097, σκέψεις 15 και 17, ΔΕΚ της 7- 5-1991, υπόθεση 0-340/89, υπόθεση Βλασσοπούλου, σκέψη 22.]. Πράγματι η υποχρέωση αιτιολογίας βαρύνει τη διοίκηση όταν αυτή δρα με το ρόλο της αναθέτουσας αρχής, ενώ τα χαρακτηριστικά της ορθής αιτιολογίας πρέπει και εδώ να είναι αυτά που διαγράφονται στον ΚΔΔ/σίας (άρθρο 17). Επομένως, η αιτιολογία πρέπει να είναι πλήρης, σαφής και ειδική, υπό την έννοια ότι πρέπει να εκτίθεται με

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

πληρότητα και σαφήνεια τα πραγματικά περιστατικά και οι νομικοί λόγοι που οδήγησαν τη διοίκηση στη συγκεκριμένη απόφαση, καθώς επίσης και οι σκέψεις με βάση τις οποίες το διοικητικό όργανο προέβη στην έκδοση ή την παράλειψη έκδοσης της οικείας πράξης [Δ. Ράικος, Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά, 2006]. Σε κάθε περίπτωση, η έκταση της υποχρέωσης αιτιολογίας εξαρτάται από τη φύση της επίδικης πράξης και του πλαισίου εντός του οποίου εκδόθηκε. Από την αιτιολογία πρέπει να προκύπτει κατά τρόπο σαφή και μη διφορούμενο η συλλογιστική της αναθέτουσας αρχής, ούτως ώστε, αφενός να καθιστά δυνατό στους ενδιαφερομένους να γνωρίζουν τους λόγους που δικαιολογούν τη λήψη του μέτρου, για να μπορούν να προασπίσουν τα δικαιώματά τους και να επαληθεύουν αν η απόφαση είναι βάσιμη, και αφετέρου στον εθνικό δικαστή να ασκεί τον έλεγχο νομιμότητάς του. Σημειωτέον, τέλος, ότι η υποχρέωση της διοίκησης να αιτιολογεί τις αποφάσεις της, όταν τίθεται ζήτημα εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου, απορρέει ήδη και από το άρθρο 41 παρ. 2 στοιχ. α' του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το οποίο εγγυάται το δικαίωμα χρηστής διοίκησης, που περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, ως πτυχή του δικαιώματος άμυνας και την εν λόγω υποχρέωση της διοίκησης [ΔΕΕ απόφαση της 22 Νοεμβρίου 2012, υπόθεση C- 277/11, σκέψεις 83 επ., Πρεβεδούρου, Το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης στη νομολογία των Δικαστηρίων της Ένωσης (Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΔΕΕ της 10ης Σεπτεμβρίου 2013, 0-383/13), ΘΠΔΔ 2013, σ. 916 επ., (Δ. Ράικος, Δ. Η αρχή της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων, σε: Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2η έκδ., 2017, σ. 188-190).

12. Επειδή, από τη συνδυαστική εφαρμογή των ως άνω νομοθετικών και νομολογιακών δεδομένων, στην προκειμένη υπόθεση συνάγεται καταρχάς ότι βασίμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι πάσχει η αιτιολογία της προσβαλλομένης, η οποία τυγχάνει πλημμελής, καθόσον ούτε επαρκής ούτε σαφής ούτε εμπειριστατωμένη είναι. Κατ'αποδοχήν δε του από 3.6.2020 πρακτικού, αποτυπώνεται στην προσβαλλομένη ότι αφού λήφθηκε υπόψη: «[...] Το με αρ. πρωτ. 38682/27-05-2020 έγγραφο της προς την

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

Επιτροπή, 9. Τον τρόπο με τον οποίο αναλύεται ο υπολογισμός των Γενικών Εξόδων του έργου και του εργολαβικού οφέλους (άρθρο 53 παρ. 7Θ του Ν.4412/2016), γνωμοδοτεί ως ακολούθως: • Σύμφωνα με το άρθρο 88 παρ. 2 και 3 καθώς και με τις διευκρινήσεις της Εγκύκλιου 9 / 25-4-2017 του Υπουργείου Υποδομών η Επιτροπή κρίνει ότι και οι τρεις αιτιολογήσεις οικονομικών προσφορών των οικονομικών φορέων, όπως αναφέρονται παραπάνω, καθώς και τα παρεχόμενα αυτών, εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το επίπεδο της τιμής που προσέφεραν. • Από τον έλεγχο προσφορών κατακύρωσης συναφών με το εξεταζόμενο έργο (ασφαλτοστρώσεις) που έχει υλοποιήσει ο Δήμος κατά το χρονικό διάστημα από το έτος 2011 έως το έτος 2018, διαπιστώθηκε ότι τα ποσοστά έκπτωσης των Ανάδοχων κυμαίνονται στα ίδια επίπεδα (από 64,01% έως 71,78%) με το ποσοστό του προσωρινού Αναδόχου που ανέρχεται σε 70,15%.» Άλλοις λόγοις, σε αντίθεση με την υποχρέωση προς επαρκή, σαφή και ειδική αιτιολογία, εν προκειμένω, με την ως άνω αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής της αποδοχής της αιτιολόγησης των συμμετεχόντων, εμφανίζεται ότι η εν λόγω κρίση της αποδοχής των κατά πρώτον διαγνωσθεισών -από την ίδια την αναθέτουσα αρχή- ως ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ερείδεται και αποδίδεται κατά τρόπο γενικόλογο, ανεπαρκή και αμφίσημο στα ποσοστά έκπτωσης που προσφέρονται από τους υποψηφίους αναδόχους κατά την υλοποίηση έργων της αναθέτουσας αρχής το διάστημα μεταξύ 2011 - 2018, στις διευκρινήσεις της σχετικής εγκυκλίου του Υπουργείου Υποδομών και στον τρόπο που αναλύεται ο υπολογισμός των Γενικών Εξόδων του έργου και του εργολαβικού οφέλους, χωρίς, εντούτοις, να διευκρινίζεται σε ποια σημεία ερείδεται η επάρκεια της ανωτέρω ανάλυσης, ως προς ποια παρατεθέντα από τους προσφέροντες διά της προσφοράς τους και διευκρινισθέντα διά των επεξηγήσεων τους κόστη συγκεκριμένα αξιοποιούνται οι διευκρινήσεις της αναφερθείσας εγκυκλίου και εντέλει πως επιρρωννύονται τα ανωτέρω από τον ισχυρισμό της προσφοράς έκπτωσης ύψους περί 70% σε υλοποιηθέντα έργα της αναθέτουσας αρχής μεταξύ των ετών 2011 – 2018. Προσέτι, ως γίνεται δεκτό η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

οφείλει να αξιολογήσει το σύνολο των υποβαλλομένων με τις αιτιολογήσεις στοιχείων και να κρίνει επ' αυτών με αιτιολογημένη κρίση της, πριν την απόφαση της για την αποδοχή ή την απόρριψη της κρινόμενης προσφοράς, όπερ εν προκειμένω, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι δεν συντρέχει, καθόσον η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να προβεί στην τεκμηρίωση και αιτιολόγηση της απόφασής της, ως όφειλε, δοθέντος και των σχετικών έγγραφων προσκλήσεων της (από 11.2.2020) και μάλιστα συμπληρωματικών και ειδικών (από 22.4.2020) προς τη συμμετέχουσα ..., αλλά και της παραδοχής ότι η «σιωπή» -που εν προκειμένω δεν προσήκει της διοίκησης ταυτίζεται με απόρριψη. Ειδικότερα η αναθέτουσα αρχή όφειλε να κρίνει εάν όντως συντρέχουν στην προκειμένη περίπτωση οι ευνοϊκές εκείνες συνθήκες υπό τις οποίες ο υποψήφιος προσωρινός ανάδοχος με προσφερόμενο μέσο ποσοστό τεκμαρτής έκπτωσης 70,15% καθώς και ο δεύτερος στη τάξη με προσφερόμενο μέσο ποσοστό τεκμαρτής έκπτωσης 67,85% μπορούν να εκτελέσουν το έργο κατά τα επιτασσόμενα από την υπόψη διακήρυξη και οι οποίες -συνθήκες- πράγματι δικαιολογούν την οικονομία που οι εν λόγω προσφέροντες προβάλλουν ότι επιτυγχάνουν με την συνδρομή τους, ώστε τελικώς να αξιολογηθεί και να γίνει αποδεκτή ως αιτιολογημένη με τα αποδεικνυόμενα μεγέθη η υποβαλλόμενη προσφορά έκαστου των ανωτέρω (απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2001,0285/99, και 0286/99, Lombardini και Mantovani, σκέψεις 51 έως 59 και 82 έως 85 (καθώς και προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα σημεία 48 έως 51), απόφαση της 22ας Ιουνίου 1989,0103/88, Fratelli Constanzo, σκέψεις 18-20, ΣτΕ 197/2015, πρβλ Ε.Σ. αποφ. VI Τμ. 1725, 1724, 1723/2012) συνακολούθως δε να προκύπτει και το μέτρο σύγκρισης με την προσφορά του τρίτου εν προκειμένω προσφέροντος και εδώ προσφεύγοντος, εφαρμόζοντας ούτως την αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της χρηστής διοίκησης Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, επαληθεύοντας τα στοιχεία των προσφορών με βάση την αιτιολόγηση που υποβλήθηκε, να αποφασίσει αιτιολογημένα αν θα δεχθεί ή θα απορρίψει τις προσφορές, προσδιορίζοντας κατά τρόπο συγκεκριμένο, σε περίπτωση απόρριψης της προσφοράς, τα σημεία της

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

αιτιολόγησης τα οποία κρίνει ανακριβή ή ανεπαρκή (πρβλ. Ε.Α. 841/2010, 45, 866, 1208/2008, 867/2006) ή αντιστοίχως στην περίπτωση αποδοχής της προσφοράς, τα σημεία της αιτιολόγησης τα οποία κρίνει απολύτως επαρκή και λυσιτελή προκειμένου για την άρτια και πλέον συμφέρουσα βάσει τιμής εκτέλεση του έργου.

13. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η αναθέτουσα αρχή υπέχει την σχετική υποχρέωση να εκτιμήσει τους επίδικους ισχυρισμούς περί ασυνήθιστα χαμηλού κόστους που διατυπώνονται και με την παρούσα προσφυγή. Και τούτο ειδικότερα διότι, σύμφωνα με παγία νομολογία η αναθέτουσα αρχή οφείλει εν προκειμένω να απαντήσει ειδικά και εμπειριστατωμένα στους ισχυρισμούς της προδικαστικής προσφυγής, διά της αιτιολόγησης της απόφασης της, στην οποία παρέλειψε, ως όφειλε, να προβεί. Επιπροσθέτως, ως γίνεται δεκτό, η ΑΕΠΠ σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή και να ενεργήσει η ίδια, αντ' αυτής, τις οφειλόμενες κατά τον νόμο διαδικαστικές πράξεις του διαγωνισμού, που παρέλειψε η αναθέτουσα αρχή, καθώς η δικαιοδοσία της ΑΕΠΠ αφορά περιοριστικά στην ακύρωση ή την επικύρωση της προσβαλλόμενης σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 και του οικείου νομοθετικού πλαισίου. Αντιθέτως η αναθέτουσα αρχή εφόσον με την προδικαστική προσφυγή έχουν προβληθεί συγκεκριμένες ειδικές και κοστολογημένες αιτιάσεις, μεταξύ άλλων, περί της ανεπάρκειας του κόστους ασφαλικών υλικών, δύνανται και υποχρεούται, εφόσον κρίνεται εν προκειμένω ότι ελλείπει η ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία στην προσβαλλόμενη απόφαση, να επαναλάβει την διαδικασία από το σημείο αυτό (ΣΤΕ243, 244/2011), όπου και εμφιλοχώρησε η παράλειψη. Ενόψει τούτων, κατά αυτό το σκέλος πρέπει να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας και η προσβαλλόμενη να ακυρωθεί.

14. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα αλυσιτελώς προβάλλει ότι εν προκειμένω παραβιάζονται οι κανόνες ανταγωνισμού, διότι οι δύο πρώτοι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς ελέγχονται από τα ίδια πρόσωπα. Εντούτοις, ως και η ίδια συνομολογεί, στο

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

πλαίσιο τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η διαπίστωση ότι ενέργειες ή ιδιαίτερες συνθήκες, υπό τις οποίες τελούν διαγωνιζόμενες επιχειρήσεις, δύνανται να οδηγήσουν στη δημιουργία άνισων συνθηκών ανταγωνισμού και εν γένει σε νόθευση ή καταστρατήγηση της ανταγωνιστικής διαδικασίας του διαγωνισμού, συνιστά λόγο αποκλεισμού των εν λόγω επιχειρήσεων από τον διαγωνισμό αυτό, εκτός αν οι ενδιαφερόμενοι αποδείξουν ότι, στην συγκεκριμένη περίπτωση, ο ανωτέρω κίνδυνος δεν υφίσταται (πρβλ. ΔΕΚ, απόφαση της 3.3.2005, C-21/03 και C-34/03, Fabricom A. κατά Βελγίου), όπερ σημαίνει εν προκειμένω ότι οι οικογενειακοί δεσμοί μεταξύ των μετόχων των δύο εταιρειών δύνανται αλλά δεν οδηγούν αναπόδραστα στην διαπίστωση νόθευσης του ανταγωνισμού, δοθέντος ότι πρόκειται για δύο αυτοτελή νομικά πρόσωπα και μάλιστα στην επίμαχη σύμβαση η μία εξ αυτών συμμετέχει υπό τη μορφή ένωσης με την εταιρεία

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν και σύμφωνα με τα όσα κρίθηκαν ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προσφυγή και συνεπώς, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τη Προσφυγή.

Απορρίπτει τις Παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την με αρ. 561/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, στο πλαίσιο του ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αρ. πρωτ. διακήρυξη για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «Ασφαλτοστρώσεις Δήμου», εκτιμώμενου προϋπολογισμού ύψους 5.999.060,91€ και κριτήριο για την ανάθεση της σύμβασης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, καθ' ό μέρος παρέλειψε η αναθέτουσα αρχή να προβεί στην απαιτούμενη αιτιολογία.

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 4 Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 24 Σεπτεμβρίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Κορομπέλης

Αλεξάνδρα Παπαχρήστου