

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 04 Αυγούστου 2022 με την εξής σύνθεση:
με την Μαρία Βύρρα, Μέλος, υπό την ιδιότητά του ως Μονομελούς Κλιμακίου.

Για να εξετάσει την από 24.06.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 901/27.06.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...», (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «.....» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα διώκει να γίνει δεκτή η προσφυγή της και να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 769/2022 (ΑΔΑ:...) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... (εφεξής η «προσβαλλόμενη»), ως προς την ανάδειξη προσωρινού μειοδότη του οικονομικού φορέα ..., να απορριφθεί η αιτιολόγηση του οικονομικού φορέα ... και να ακυρωθεί η προσφορά του οικονομικού φορέα ... Τέλος με την προσφυγή της αιτείται να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή μειοδότη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ύψους 600,00€), το οποίο υπολογίζεται επί του προϋπολογισμού της σύμβασης, ήτοι 80.645,16 €.

Αριθμός Απόφασης: 1245/2022

2.Επειδή, με την με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη της Περιφέρειας ... προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοιχτός διαγωνισμός, με τίτλο «ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΣ ΥΔΑΤΟΡΕΜΑΤΩΝ ΠΕ ...» και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει μόνο τιμής, προϋπολογισμού 80.645,16 € άνευ ΦΠΑ. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 03-11-2021 με μοναδικό ΑΔΑΜ ... και καταχωρήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό ... Η αναθέτουσα αρχή με την αρ. 257/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής κάλεσε για αιτιολόγηση τους τρεις πρώτους σε σειρά μειοδοσίας προσφορών ήτοι: ... – 60,77... – 55,00%, ... – 52,23 % κατ' εφαρμογή του άρθρου 88 του Ν.4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 32 του Ν. 4782/2021. Τέλος η αναθέτουσα με την προσβαλλόμενη απέρριψε τις αιτιολογήσεις των οικονομικών φορέων ... και ..., και αποδέχθηκε την αιτιολόγηση του οικονομικού φορέα ..., τον οποίο και ανέδειξε προσωρινό μειοδότη.

3.Επειδή ο διαγωνισμός ως εκ του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (άνευ Φ.Π.Α.), της φύσης της αναθέτουσας αρχής και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 16.06.2022 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 24.06.2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση της προσβαλλομένης απόφασης, ενώ επίσης έγινε χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και η προσφυγή είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

5.Επειδή με κατ' αρχάς έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό υποβάλλοντας παραδεκτή προσφορά, η οποία και είναι δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας μετά την απόρριψη των προσφορών των

Αριθμός Απόφασης: 1245/2022

οικονομικών φορέων «...» και «...». Αναφορικά με το αίτημα της περί κήρυξης της ιδίας ως προσωρινού αναδόχου, ασκείται απαραδέκτως καθόσον εκφεύγει του πεδίου αρμοδιότητας της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με το άρθρο 367 του ν. 4412/2016 και τούτο διότι, στην περίπτωση αποδοχής προδικαστικής προσφυγής η ΕΑΔΗΣΥ ακυρώνει την πράξη ή την παράλειψη και ουδόλως υποκαθιστά την αναθέτουσα αρχή (ΕΑ ΣΕ 54/2018).

6.Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 27.06.2022 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της, προκειμένου να ασκήσει ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής του.

7.Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν υπέβαλε τις απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

9.Επειδή με την υπό εξέταση προσφυγή της, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι: *«.....B.4 Από την αιτιολόγηση του οικονομικού φορέα «...» και ειδικότερα τον πίνακα ΙΙβ. ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΗ ΔΑΠΑΝΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ διαπιστώνεται ότι οι εργασίες ΑΤ 3.06.01.N 3.06.02.N, 4.02.N, ΑΤ Ζ2.4, ΑΤ Α.14, ΑΤ Β.65.1.1, θα εκτελεστούν εξολοκλήρου (υλικά και εργασία) από τον οικονομικό φορέα «...». Το γεγονός αυτό σημαίνει ότι οι συγκεκριμένες εργασίες θα εκτελεστούν υπεργολαβικά από τον οικονομικό φορέα «...», αντίθετα με τον ισχυρισμό του «...», ο οποίος δηλώνει, στην επίσης υποβληθείσα με την τεκμηρίωσή του Υπεύθυνη Δήλωση, ότι δεν θα χρησιμοποιήσει υπεργολάβους για την κατασκευή τμημάτων του έργου. Η επίκληση υπεργολάβων κατά την τεκμηρίωση της προσφοράς, αποτελεί ανεπίτρεπτη διευκρίνισή της προσφοράς για την ανάληψη του έργου κατά τρόπο που εν τέλει τη διαφοροποιεί. Και τούτο διότι, στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε, στο Μέρος ΙΙ: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, στο κεφάλαιο Δ: Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, στην ερώτηση «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να*

Αριθμός Απόφασης: 1245/2022

αναθέσει οποιοδήποτε μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;» απάντησε «ΟΧΙ». Δήλωσε δηλαδή ότι θα εκτελέσει το έργο με ίδια μέσα και προσωπικό και όχι με μέσα και προσωπικό τρίτων. Αντίθετα, από τις εξηγήσεις που ο οικονομικός φορέας παρείχε προκύπτει ότι το έργο θα εκτελεστεί κυρίως από τρίτους, στους οποίους θα μισθώσει τμήματα της εκτέλεσής του (υπεργολάβοι, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 681 επ. του Αστικού κώδικα, συνεπώς και του άρθρου 131 του ν. 4412/2016), επομένως οι εξηγήσεις αυτές δεν μπορούν να γίνουν δεκτές, διότι συνιστούν κατ' ουσίαν και μη νόμιμη τροποποίηση της προσφοράς της. (ΑΕΠΠ 1160/2019) Για τον επιπλέον αυτό λόγο η αιτιολόγηση της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» θα πρέπει να απορριφθεί, ομοίως να ακυρωθεί η προσφορά του και η προσβαλλόμενη απόφαση. Β. Περαιτέρω όπως έχει ήδη κριθεί με την 1160/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, η επίκληση προσφορών υπεργολάβων και άλλων οικονομικών φορέων, οι οποίοι προσφέρουν αυθαίρετες και ανατιολόγητες τιμές εκτέλεσης των εργασιών, δεν αποτελούν ικανοποιητικές εξηγήσεις για την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. Και τούτο, προεχόντως διότι με τον τρόπο αυτό δεν εξασφαλίζεται η συμμόρφωση στις εθνικές και κοινοτικές διατάξεις, περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου (παρ. 2 του αρ. 18, κατά την παρ. 2 του αρ. 88 του ν. 4412/2016), η οποία πρέπει να εξασφαλίζεται σε κάθε περίπτωση. Μολονότι, ο «...» επικαλείται τις προσφορές που έχει επισυνάψει, δεν προσκομίζει ούτε παραθέτει στοιχεία μισθολογικού κόστους των εργαζόμενων του ίδιου, ούτε και πολύ περισσότερο των υπεργολάβων, ούτε στοιχεία σχετικά με τη Συλλογική Σύμβαση Εργασίας, στην οποία υπάγονται αυτοί, για τη διαπίστωση της νομιμότητας των αποδοχών και των αντίστοιχων ασφαλιστικών εισφορών τους. Ούτε ο «...» ούτε κανένα υπεργολάβος του υπέβαλε οργανόγραμμα με τους κατά ειδικότητα και αριθμό εργαζόμενους που θα απασχοληθούν στο έργο. Έτσι, δεν μπορεί να ελεγχθεί αντικειμενικά το ύψος της οικονομικής προσφοράς σε σχέση με το αντικείμενο του έργου. Τα παραπάνω, μάλιστα, συντρέχουν και στο πρόσωπο των υπεργολάβων, και ιδίως σε αυτούς, διότι μόνοι αυτοί σηκώνουν το κύριο βάρος του κόστους του έργου, για τους οποίους όμως σχετικά με τις αμοιβές του προσωπικού τους, την προμήθεια των υλικών που θα εισφέρουν στο έργο, το κόστος μίσθωσης ή αγοράς του αναγκαίου για την εκτέλεση των εργασιών εξοπλισμού και εργαλείων, τα

Αριθμός Απόφασης: 1245/2022

διοικητικά και λειτουργικά τους κόστη και το δικό τους εύλογο κέρδος, το οποίο πρέπει οπωσδήποτε να προκύπτει ότι καταλείπεται (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 1299/2009), καμία ειδική αναφορά δεν διαλαμβάνεται, ούτε στην προσφορά του «...», ούτε στις εξηγήσεις προς την αναθέτουσα αρχή. Συνακόλουθα, μη νόμιμα κρίθηκε ως επαρκής η αιτιολόγηση του «...», καθώς στην πραγματικότητα δεν τεκμηριώνεται το κόστος του έργου, δεν επεξηγούνται και δεν τεκμηριώνονται τα στοιχεία των παρ. 2. α), β) και δ) του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, ενώ δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις της παρ. 2. β), του άρθρου 89. Για τον πρόσθετο αυτό λόγο η αιτιολόγηση της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» θα πρέπει να απορριφθεί, ομοίως να ακυρωθεί προσφορά του και η προσβαλλόμενη απόφαση. Β.6 Όπως προκύπτει από την επισκόπηση του προϋπολογισμού μελέτης της υπό κρίση διακήρυξης, στην εκτιμώμενη αξία της σύμβασης προστίθεται, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 53 παρ. 7 εδ. Θ του Ν.4412/2016 και την εγκύκλιο 9/2017, ποσοστό 18% «για γενικά και επισφαλή έξοδα, εργαλεία, εγκαταστάσεις και πάσης φύσεως βάρη ή υποχρεώσεις του αναδόχου και όφελος αυτού: =18% x Σσι!». Δηλαδή, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στον υπό κρίση προϋπολογισμό μελέτης, ο τελευταίος περιλαμβάνει το κονδύλι των γενικών εξόδων (α+β της ανωτέρω εγκυκλίου 15,5%) συν του προσδοκώμενου οφέλους (2,5%). Παρόλο που η επίκληση της εγκυκλίου 9 δεν είναι υποχρεωτική κατά την αιτιολόγηση των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, αποτελεί ένα αντικειμενικό στοιχείο εκτίμησης των γενικών εξόδων του έργου. Στην προκειμένη περίπτωση τα μοναδικά έμμεσα κόστη που έχουν περιληφθεί στην αιτιολόγηση της προσφοράς του «...», είναι το «Κόστος Κρατήσεων, Ασφαλιστικών εισφορών & ΕΕ» $4,65\% \times 24.070,50 = 1.119,28\text{€}$ και η «Δαπάνη Διοίκησης - Τοπογραφικών Αποτυπώσεων κλπ» $4,28\% \times 24,070,50 = 1.030,22\text{€}$. Και στις δύο παραπάνω περιπτώσεις το κόστος υπολογίζεται ως αυθαίρετο ποσοστό επί της «ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΗ ΔΑΠΑΝΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ» δηλαδή του κόστους κατασκευής όπως το προσδιορίζει ο ίδιος ο συμμετέχοντας και όχι του προϋπολογισμού του έργου. Η αυθαίρετη παράθεση ατεκμηρίωτων και μη εξακριβώσιμων ποσών δεν μπορεί να θεωρηθεί ικανοποιητική αιτιολόγηση της προσφοράς, άλλωστε η αιτιολόγηση δεν περιλαμβάνει κανένα στοιχείο από το οποίο να αναδεικνύονται οι εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την εκτέλεση του έργου, οι οποίες θα μπορούσαν να μειώσουν

Αριθμός Απόφασης: 1245/2022

τα γενικά του έξοδα σε τόσο μεγάλο βαθμό. Επειδή κανένα στοιχείο τεκμηρίωσης του έμμεσου κόστους του έργου δεν περιλαμβάνεται στην αιτιολόγηση της προσφοράς του «...», ούτε τα ποσοστά που επικαλείται συμπίπτουν με τα αντίστοιχα της εγκυκλίου 9, η προσφορά του θα πρέπει να απορριφθεί, ομοίως και η προσβαλλόμενη απόφαση να ακυρωθεί. Β.7 Όπως προ ειπώθηκε, στην εκτιμώμενη αξία της σύμβασης προστίθεται, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 53 παρ. 7 εδ. θ του Ν.4412/2016 και την εγκύκλιο 9/2017, ποσοστό 18% «για γενικά και επισφαλή έξοδα, εργαλεία, εγκαταστάσεις και πάσης φύσεως βάρη ή υποχρεώσεις του αναδόχου και όφελος αυτού: =18% x Σσι». Δηλαδή, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στον υπό κρίση προϋπολογισμό μελέτης, ο τελευταίος περιλαμβάνει το κονδύλι των γενικών εξόδων (α+β της ανωτέρω εγκυκλίου 15,5%) συν του προσδοκώμενου οφέλους (2,5%). Δεδομένου ότι στην αιτιολόγησή του ο «...» δεν έχει τεκμηριώσει με αναλυτικό τρόπο τον υπολογισμό των γενικών εξόδων, ο μόνος ασφαλής και νόμιμος τρόπος υπολογισμού του έμμεσου κόστους του έργου είναι αυτός που προβλέπεται στην εγκύκλιο 9. Σύμφωνα μάλιστα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι «8.2. Τα γενικά έξοδα, όφελος κ.λ.π. του Αναδόχου και οι επιβαρύνσεις από φόρους, δασμούς κ.λ.π. καθορίζονται στο αντίστοιχο άρθρο της Ε.Σ.Υ. Ο Φ.Π.Α. βαρύνει τον Κύριο του Έργου». Επομένως, συνάγεται ότι τα γενικά έξοδα υπολογίζονται κατ' αρχήν με βάση τον προϋπολογισμό του έργου και όχι με βάση την προσφορά του αναδόχου (πρβλ σχετ. ΣτΕ 3638/2008, ΣτΕ ΕΑ 79/2006, 787/2005 και adhoc 252/2020 ΔΕΦ Αθ σκ.17). Στην προκειμένη περίπτωση τα γενικά έξοδα υπολογίζονται σε $15,5\% \times 59.389,00\text{€} = 9.205,30\text{€}$, ποσό σημαντικά υψηλότερο από αυτό που αυθαίρετα επικαλείται ο «...» στην αιτιολόγησή του ($1.119,28 + 1.030,22 = 2.149,50\text{€}$ σημειωτέο ότι στο ποσό αυτό έχει συμπεριλάβει και τις ασφαλιστικές εισφορές οι οποίες αποτελούν άμεσο κόστος κατασκευής και όχι γενικά έξοδα του έργου). Έτσι προσθέτοντας τα γενικά έξοδα όπως προσδιορίζονται στην εγκύκλιο 9, στο άμεσο κόστος κατασκευής όπως το υπολόγισε ο ίδιος ο προσφέροντας (πλέον ασφαλιστικών εισφορών), καταλήγουμε ότι η κατασκευή του έργου θα κοστίσει $24.070,50 + 9.205,30 = 33.275,80\text{€}$, ποσό που υπερβαίνει κατά $5.082,83\text{€}$ την οικονομική προσφορά του «...» που είναι $28.192,97\text{€}$, καθιστώντας την ζημιογόνο και, συνεπώς, απορριπτή...».

Αριθμός Απόφασης: 1245/2022

10.Επειδή στο άρθρο 88 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 32 του ν. 4782/2021 (με έναρξη ισχύος την 1.6.2021) ορίζεται ότι: «1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. Αν οικονομικός φορέας δεν ανταποκριθεί στη σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής εντός της άνω προθεσμίας και δεν υποβάλλει εξηγήσεις, η προσφορά του απορρίπτεται ως μη κανονική και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. 2. Οι εξηγήσεις της παρ. 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: [...] 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 παρ. 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18. 4. [...] ή. 5 [...] 5α. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, σε κάθε περίπτωση, τεκμαίρονται προσφορές που υποβάλλονται σε διαγωνισμό και εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να κρίνει ότι συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και προσφορές με μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το ως άνω όριο. 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 τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης. 6. Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων για δημόσιες συμβάσεις προμήθειας αγαθών και παροχής γενικών υπηρεσιών, του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών για δημόσιες

Αριθμός Απόφασης: 1245/2022

συμβάσεις έργων, μελετών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών και του Υπουργού Υγείας για δημόσιες συμβάσεις προμήθειας ιατροτεχνολογικών αγαθών και παροχής συναφών υπηρεσιών, μπορεί να ορίζονται η μέθοδος και τα κριτήρια, δυνάμει των οποίων μία προσφορά κρίνεται ως ασυνήθιστα χαμηλή, καθώς και ο τρόπος σύνδεσης των κριτηρίων αξιολόγησης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών με μηχανισμούς καταγραφής τιμών, όπως τα παρατηρητήρια τιμών. Με την ανωτέρω προβλεπόμενη απόφαση δύναται να ορίζονται οι προϋποθέσεις βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρεκκλίνει από την εφαρμογή κάποιων εκ των αναφερόμενων σε αυτήν κριτηρίων».

11.Επειδή η νέα παρ. 5α του άρθρου 88 για τον εντοπισμό των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών εισάγει ως τεκμήριο την απόκλιση κατά δέκα (10) μονάδες από το μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Ήτοι κάθε προσφορά που αποκλίνει περισσότερο από δέκα (10) ποσοστιαίες μονάδες από το μέσο όρο των παραδεκτών προσφορών, τεκμαίρεται ασυνήθιστα χαμηλή και ο οικονομικός φορέας καλείται να παράσχει εξηγήσεις. Το παραπάνω τεκμήριο δεν έχει ως συνέπεια τον αυτόματο αποκλεισμό του οικονομικού φορέα (αυτό θα ήταν αντίθετο και προς το ενωσιακό δίκαιο), αλλά την κλήση σε παροχή εξηγήσεων. Σημειώνεται ότι, ανεξαρτήτως της συνδρομής ή μη του τεκμηρίου, διατηρείται η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να καλεί σε εξηγήσεις οικονομικούς φορείς των οποίων οι προσφορές παρουσιάζουν μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το παραπάνω όριο.

12.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, C568/13, 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: 1245/2022

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 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

Αριθμός Απόφασης: 1245/2022

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 «ασυνήθες» 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.

13.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 λυσιπέλεια 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 Ν. 4412/2016 (ομοίως άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να καθοδηγούνται και από την αρχή απαγόρευσης των διακρίσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Εξάλλου, ακόμη και ελλείψει χαρακτηριστικών που δημιουργούν διακρίσεις, η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού μπορεί να επιβάλει πρόσθετους περιορισμούς στην ικανότητα της αναθέτουσας αρχής να δέχεται ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές,

Αριθμός Απόφασης: 1245/2022

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).

14.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).

15.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

Αριθμός Απόφασης: 1245/2022

αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής που είναι απορριπτικές αιτημάτων των συμμετεχόντων σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας, υπηρεσιών κ.λ.π., 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 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.

Αριθμός Απόφασης: 1245/2022

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). (1177/2020 ΑΕΠΠ)].

16. Επειδή, στην προσβαλλόμενη αναγράφεται αναφορικά με την αιτιολόγηση του οικονομικού φορέα «...» μόνο ότι «.. *Η αιτιολόγηση της εταιρείας ... με αριθμό προσφοράς ... είναι επαρκής και γίνεται αποδεκτή ... Προτείνει την ανάδειξη της εταιρείας ... με αριθμό προσφοράς ... και ποσοστό έκπτωσης 59,77 % ως προσωρινό μειοδότη λόγω του ότι έγινε δεκτή η αιτιολόγησης της προσφοράς του...».*

17. Επειδή, σε αντίθεση με την υποχρέωση προς επαρκή, σαφή και ειδική αιτιολογία, η κρίση της αναθέτουσας αρχής επί της αποδοχής της αιτιολόγησης των εξηγήσεων της εταιρείας «...» ως προς το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς, αποδίδεται κατά τρόπο γενικόλογο, ελλιπή και ανεπαρκή. Επιπλέον, ως γίνεται δεκτό, 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, όμως εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να προβεί στην τεκμηρίωση και αιτιολόγηση της απόφασής της.

18. Επειδή, 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 απόφασής της, στην οποία παρέλειψε,

Αριθμός Απόφασης: 1245/2022

ως όφειλε, να προβεί. Επιπροσθέτως, ως γίνεται δεκτό, η ΕΑΔΗΣΥ 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 ΕΑΔΗΣΥ 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 άμεσου και έμμεσου κόστους, δύναται 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 η προσβαλλόμενη να ακυρωθεί.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

20. Επειδή, κατόπιν της ανωτέρω σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμό 769/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ..., καθ' ό μέρος παρέλειψε η αναθέτουσα αρχή να προβεί στην απαιτούμενη αιτιολογία.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 04 Αυγούστου 2022 και εκδόθηκε στις 24 Αυγούστου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

ΤΟ ΜΕΛΟΣ

Ο Γραμματέας

ΒΥΡΡΑ ΜΑΡΙΑ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ