

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12 Αυγούστου 2022, με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελευθερία Καλαμιώτη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7/7/2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 966/8-7-2022 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...» (η προσφεύγουσα) που εδρεύει στ.. ..., ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ... (η αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την κρινόμενη προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της από 27/6/2022 υπ' αριθ. 342/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής που περιέχεται στο απόσπασμα της υπ' αριθ. 31ης/2022 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... με Θέμα 8^ο: «Απόφαση Ο.Ε. για έγκριση νέου πρακτικού εξακρίβωσης κόστους σύμφωνα με την αριθ. 802/2022 απόφαση της ΑΕΠΠ, για το έργο: 'ΑΠΟΠΕΡΑΤΩΣΗ ΔΗΜΟΤΙΚΟΥ ...' προϋπολογισμού 6.450.000,00€ με ΦΠΑ και με Α/Α συστήματος ...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε, εισπράχθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 Ν. 4412/2016 και 5 ΠΔ 39/2017, παράβολο ποσού 15.000,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 5.201.612,90 άνευ ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ... (ΑΔΑΜ: ...) Διακήρυξη, ο Δήμος ... προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων, με αντικείμενο

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

την επιλογή αναδόχου για τη κατασκευή του έργου «Αποπεράτωση Δημοτικού ...», εκτιμώμενης αξίας ποσού 5.201.612,90 € (πλέον Φ.Π.Α. 24%) και με διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης δύο έτη (24 μήνες). Ως κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Στον εν λόγω διαγωνισμό, υπέβαλαν τις προσφορές τους οι εξής: 1) «...», με διακριτικό τίτλο «...» (και ήδη προσφεύγουσα) 2) «...» με διακριτικό τίτλο «...», 3) «...», 4) «...», 5) «... με διακριτικό τίτλο «...», 6) «...», 7) «...», 8) «...», 9) «...» με διακριτικό τίτλο «...» και 10) «...». Στη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού και Αξιολόγησης των Προσφορών, με το από 18.1.2022 Πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών, ελέγχου και αξιολόγησης των φακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και «Οικονομική Προσφορά» των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, έκρινε πως επτά από το σύνολο των προσφορών των ως άνω συμμετεχόντων καλύπτουν τις προδιαγραφές και τις απαιτήσεις των δικαιολογητικών κατά την διακήρυξη, και τις κατέταξε σε πίνακα κατά σειρά μειοδοσίας. Το εν λόγω Πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. 14/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω, αφού διαπιστώθηκε, σύμφωνα με το άρθρο 4.1 της Διακήρυξης και το άρθρο 88 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 32 Ν. 4782/2021, ότι τρεις προσφορές, μεταξύ των οποίων και αυτή της προσφεύγουσας, εμφάνιζαν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν, διά του υπ' αριθ. πρωτ. 1636/24.01.2022 εγγράφου της αναθέτουσας αρχής ζητήθηκε από τους εν λόγω συμμετέχοντες να παράσχουν εξηγήσεις επί των προσφερόμενων τιμών. Στη συνέχεια, και μετά την παροχή εξηγήσεων από τους ερωτηθέντες αναφορικά με τις προσφορές, κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των δικαιολογητικών εξακρίβωσης κόστους/ παροχής εξηγήσεων, η αρμόδια Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού και Αξιολόγησης των Προσφορών εισηγήθηκε στην Οικονομική Επιτροπή, με το από 15.03.2022 πρακτικό της, την απόρριψη των εν λόγω προσφορών ως ασυνήθιστα χαμηλών. Συγκεκριμένα, όσον αφορά την προσφορά της προσφεύγουσας, η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε ότι αυτή παρίσταται ως ασυνήθιστα χαμηλή αφενός λόγω έλλειψης τεκμηρίωσης του αμέσου κόστους του έργου, διότι δεν είχαν

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

υποβληθεί οικονομικές προσφορές για οικοδομικά υλικά και εργασίες, και αφετέρου λόγω έλλειψης υπολογισμού του εμμέσου κόστους του έργου βάσει των πινάκων ενδεικτικών δαπανών και προτεινόμενων ποσοστών κόστους της Εγκυκλίου 9/2017 του Υπουργού ΥΠΟΜΕ. Η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, με την υπ' αριθ. 116/2022 Απόφασή της, ενέκρινε το πρακτικό εξακρίβωσης κόστους της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και Αξιολόγησης των Προσφορών, και απέκλεισε (και) την προσφεύγουσα εταιρεία από την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας για την σύναψη της σύμβασης του έργου. Κατά της ανωτέρω απόφασης της αναθέτουσας αρχής η ήδη προσφεύγουσα άσκησε την υπό ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 492/2022 προδικαστική προσφυγή, η οποία έγινε δεκτή με την υπ' αριθ. 802/2022 απόφαση του παρόντος Κλιμακίου. Η ήδη προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την ως άνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ.

3. Επειδή, προκήρυξη σύμβασης δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕΕΕ) με αριθμό 21-457468-001, ενώ η Διακήρυξη αναρτήθηκε στις 3/8/2021 στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό Α/Α ...

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου της σύμβασης (δημόσιο έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νόμιμα δια του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, στις 7/7/2022 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΕΑΔΗΣΥ. Είναι δε και εμπρόθεσμα δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 28/6/2022.

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον, επικαλούμενη βλάβη από την μη νόμιμη, κατά τους ισχυρισμούς της, απόρριψη της οικονομικής της προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς οικονομικούς φορείς στις 12/7/2022 διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού. Υπέβαλε δε τις απόψεις της στις 10/8/2022, ήτοι μετά την πάροδο της αποκλειστικής κατ' άρθρο 365 παρ. 1 περ. γ' και 8 Ν. 4412/2016 δεκαπενθήμερης προθεσμίας από την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, με αποτέλεσμα αυτές να μην λαμβάνονται υπόψη λόγω εκπροθέσμου.

8. Επειδή, με την υπ' αριθ. 1400/2022 Πράξη Προέδρου 1^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

9. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι *«μέχρι την έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε' της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος»*. Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

10. Επειδή, με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την υπ' αριθ. 802/2022 απόφαση του παρόντος Κλιμακίου, προβάλλοντας κατ' αρχάς ότι παραδεκτώς

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

προσφεύγει κατ' αυτής ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, διότι η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε πλημμελώς με την ανωτέρω απόφαση της Αρχής και, επιπλέον, εξέφρασε νέες κρίσεις, η αμφισβήτηση των οποίων, μπορεί, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, να χωρήσει παραδεκτώως μόνο με άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Αρχής. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε πλημμελώς προς τις κρίσεις της υπ' αριθ. 802/2022 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, προβάλλοντας ότι: **α)** Από την επισκόπηση της προσβαλλομένης διαπιστώνεται ότι αποδίδεται στην προσφορά της προσφεύγουσας απουσία τεκμηρίωσης του άμεσου κόστους του έργου, όπως αυτό αποτυπώθηκε στον αναλυτικό πίνακα κόστους που υποβάλαμε και δη απουσία προσκόμισης προσφορών για οικοδομικά υλικά και εργασίες για το σύνολο των εργασιών που έχει κοστολογήσει η εταιρεία. Εντούτοις, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, σε κανένα σημείο της αιτιολόγησης της νέας απόφασης περί απόρριψης της προσφοράς της δεν υπάρχει ουσιαστικός σχολιασμός και εκτιμήσεις της αναθέτουσας αρχής επί του αναλυτικού πίνακα κοστολόγησης του έργου που υπέβαλε με το έγγραφο των εξηγήσεων, με αναφορά σε εκείνα τα επιμέρους κονδύλια εκτέλεσης του έργου που σχετίζονται με το άμεσο κόστος και κρίνονται υπερβολικά χαμηλά ή εκτός πραγματικότητας. Ως εκ τούτου, η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί ασυνήθιστα χαμηλού της προσφοράς της προσφεύγουσας εξακολουθεί να παρίσταται, πάντα κατά τους ισχυρισμούς της τελευταίας, πλημμελώς αιτιολογημένη. **β)** Η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε και αυτή τη φορά να την καλέσει να προσκομίσει τα εξειδικευμένα στοιχεία κόστους (προσφορές για υλικά και εργασίες) που έκρινε απαραίτητα για την αιτιολόγηση της προσφοράς της. **γ)** Η αναθέτουσα αρχή έκρινε εκ νέου ότι η προσφορά της προσφεύγουσας ήταν ασυνήθιστα χαμηλή όσον αφορά το έμμεσο κόστος του έργου με αναφορά στα κονδύλια της Εγκυκλίου 9/2017 του Υπουργού ΥΠΟΜΕ. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με την εν λόγω αιτιολογία «η Αναθέτουσα Αρχή εννοεί προφανώς ανάλυση ως αυτή που περιέχει ο πίνακας γενικών εξόδων σταθερών και χρονικώς εξαρτημένων της Εγκυκλίου 9/25-06-2017. Διότι αλλιώς δεν μπορεί να ομιλεί περί απουσίας αιτιολόγησης, όταν στην αιτιολόγηση κόστους που η Εταιρεία μας παρείχε με τις εξηγήσεις της (Σχετικό 2), περιείχε ξεχωριστό πίνακα για το έμμεσο κόστος του έργου, με ανάλυση

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

όλων των επιμέρους ποσών που έχει υπολογίσει για εργοταξίαρχη, υπεύθυνο κατασκευής, εργοταξιακά γραφεία και εξοπλισμό, έξοδα ΟΙΚΩ, έξοδα επίβλεψης, εγγυητικές επιστολές, κρατήσεις και ασφάλεια έργου. Επομένως η αιτίαση που αποδίδεται στις εξηγήσεις που χορήγησε η Εταιρεία μας, είναι προφανώς η μη τήρηση του υποδείγματος του Πίνακα της εγκυκλίου. Με αυτό όμως το περιεχόμενο, η αιτίαση που αποδίδεται στην προσφορά μας, δηλαδή ή μη τήρηση του υποδείγματος του Πίνακα της εγκυκλίου είναι μη νόμιμη, εφόσον η ΕΑΔΗΣΥ, κατά τα προλεχθέντα, έκρινε, με τρόπο δεσμευτικό, ότι τέτοια ανάλυση δεν απαιτείται ούτε καθιστά άνευ άλλου τινός τις εξηγήσεις του συμμετέχοντα απορριπτές», δ) Τέλος, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή, στο μέτρο που υπεισήλθε στα επιμέρους κονδύλια εμμέσου κόστους, εξέφρασε νέες κρίσεις επί του ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα της προσφοράς της.

11. Επειδή, οι εφαρμοστέες διατάξεις του Ν. 4412/2016 ορίζουν τα εξής: «Άρθρο 360 - Δικαίωμα άσκησης προσφυγής. 1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1 ... Άρθρο 367. 1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια. 3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. 4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου. 5. Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που θίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ή ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας. ... Άρθρο 372 - Δικαστική προστασία - Αρμόδιο δικαστήριο. 1. Όποιος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και υφίσταται ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από ενδεχόμενη παραβίαση της νομοθεσίας περί δημόσιων συμβάσεων, μπορεί, με το ίδιο δικόγραφο, να ασκήσει αίτηση αναστολής εκτέλεσης και ακύρωσης των αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π.. Το αυτό ισχύει και σε περίπτωση σιωπηρής απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής. Δικαίωμα άσκησης του ως άνω ένδικου βοηθήματος έχει και η αναθέτουσα αρχή, αν η Α.Ε.Π.Π. κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή, αλλά και αυτός του οποίου έχει γίνει εν μέρει δεκτή η προδικαστική προσφυγή. Με την απόφαση της Α.Ε.Π.Π. λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες και όλες οι συναφείς προς την εν λόγω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί, αντιστοίχως, έως τη συζήτηση της αίτησης. Όταν η Α.Ε.Π.Π. απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή, νομιμοποιούνται παθητικώς η Α.Ε.Π.Π. και η αναθέτουσα αρχή. Όταν η Α.Ε.Π.Π. κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή, νομιμοποιείται παθητικώς μόνο η Α.Ε.Π.Π. ...».

12. Επειδή, όπως παγίως κρίνεται (βλ. ΣτΕ 674/2022, 1105/2019, ΕΑ ΣτΕ 261/2020, 54/2018 5μ. κ.α.), κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων, για ζητήματα που έχουν ήδη αποτελέσει αντικείμενο διοικητικής προδικασίας ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ δεν χωρεί δεύτερη προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Αρχής, παρά μόνον αίτηση ακύρωσης και αναστολής ενώπιον του αρμοδίου Δικαστηρίου. Κατ' ακολουθία, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή (ή φορέας) εκδώσει πράξη σε συμμόρφωση προς απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, ο θιγόμενος οικονομικός φορέας διατηρεί τη δυνατότητα προσβολής της πράξης αυτής της αναθέτουσας αρχής (ή φορέα)

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

με αίτηση αναστολής και αίτηση ακύρωσης. Μόνο στην περίπτωση που στην νεότερη απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ή φορέα), η οποία εκδίδεται κατ' αρχήν σε συμμόρφωση προς απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, περιλαμβάνονται νέες κρίσεις ή αιτιολογίες που δεν αποτέλεσαν αντικείμενο της προηγηθείσας διοικητικής προδικασίας ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ έχει υποχρέωση ο θιγόμενος οικονομικός φορέας να προσβάλει αυτές με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ ως προϋπόθεση παραδεκτής άσκησης της αιτήσεως αναστολής και της αιτήσεως ακυρώσεως ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου. Συνεπώς, προδικαστική προσφυγή που ασκείται ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ για ζήτημα που έχει ήδη αποτελέσει αντικείμενο διοικητικής προδικασίας είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη, τυχόν δε πράξη της Αρχής, η οποία επιλαμβάνεται εκ νέου ζητήματος, επί του οποίου εξάντλησε την εκ του νόμου προβλεπόμενη αρμοδιότητά της, στερείται εκτελεστότητας (πρβλ. ΣΤΕ 674/2022, ΣΤΕ 1105/2019, ΕΑ ΣΤΕ 261/2020, 54/2018 5μ.. ΔΕΦΑΘ 231/2021 και την ΔΕΦΑΘ 1350/2021 συγκεκριμένα επί συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής κατόπιν ακύρωσης λόγω πλημμελούς αιτιολογίας κ.α.). Τέλος, το ειδικότερο περιεχόμενο και η έκταση των υποχρεώσεων της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζονται από την ακυρωτική απόφαση, δηλαδή από τις κρίσεις επί των ζητημάτων που εξέτασε και επί των οποίων απεφάνθη η Αρχή στο διατακτικό και αιτιολογικό της απόφασής της (πρβλ. ΣΤΕ 1647/2022, ΕΑ ΣΤΕ 204/2019, ΔΕΦΑΘ 2114/2020 κ.α.).

13. Επειδή, με την υπ' αριθ. 802/2022 απόφαση του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ κρίθηκαν ως προς τα τιθέμενα με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή ζητήματα τα εξής: *«Κατά την πλειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου Αθηνάς Μπουζιούρη και του Μέλους Σταυρούλας Κουρή, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε τις παρασχεθείσες από την προσφεύγουσα εξηγήσεις με πλημμελή αιτιολογία. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα, με το υποβληθέν έγγραφο εξηγήσεων παρέθεσε αναλυτικό πίνακα κοστολόγησης του έργου, εξειδικεύοντας την προσφερόμενη τιμή μονάδας ανά εργασία, και, επιπλέον, παρέθεσε υπολογισμό των δαπανών εμμέσου κόστους του έργου. Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα προσκόμισε πίνακα εκτελούμενων συμβάσεων που, κατά τους ισχυρισμούς της, αποδεικνύει την εμπειρία της ως προς τις συνθήκες εκτέλεσης συναφών έργων. Η αναθέτουσα αρχή ουδέν ανέφερε επί της ανωτέρω αναλυτικής και*

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

συγκεκριμένης κοστολόγησης των δαπανών εκτέλεσης του προκειμένου έργου, αλλά απέρριψε τις εξηγήσεις της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι αυτή δεν προσκόμισε προσφορές για την αγορά των υλικών και την εκτέλεση των εργασιών, ότι δεν υπέβαλε πίνακα εξόδων σύμφωνα με την Εγκύκλιο υπ' αριθ. 9/2017 του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών και ότι δεν προκύπτει ότι τα έργα που επικαλείται είναι συναφή με το προκείμενο. Όπως βασίμως, υποστηρίζει η προσφεύγουσα η εν λόγω αιτιολογία της προσβαλλόμενης παράσταται πλημμελής, και ειδικότερα μη ειδική και επαρκής. Κατ' αρχάς, ελλείπει πλήρως οποιαδήποτε εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής ως προς την κοστολόγηση της δαπάνης εκτέλεσης του έργου, η οποία περιέχεται στον προσκομισθέντα από την προσφεύγουσα αναλυτικό πίνακα κόστους και, κατά τούτο, δεν αιτιολογείται επαρκώς η απόρριψη των εξηγήσεων της προσφεύγουσας επί της προσφερθείσας τιμής. Επιπροσθέτως, η αιτιολογία ότι δεν προσκομίστηκαν προσφορές για προμήθεια υλικών και εκτέλεση εργασιών παράσταται πλημμελής, διότι η προσφεύγουσα υπέβαλε κατ' αρχήν τα, κατά την άποψή της, στοιχεία τεκμηρίωσης της προσφοράς της. Στην περίπτωση δε που η αναθέτουσα αρχή χρειαζόταν περαιτέρω στοιχεία για την αξιολόγηση των εξηγήσεων της προσφεύγουσας, όφειλε και μπορούσε να τα ζητήσει από τον οικονομικό φορέα, στο πλαίσιο του ανοιγέντος μεταξύ τους διαλόγου (πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 27ης Νοεμβρίου 2001, C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani κ.α.). Η απόρριψη, όμως, των εξηγήσεων της προσφεύγουσας λόγω μη προσκόμισης συγκεκριμένων αποδεικτικών στοιχείων, τα οποία από καμία διάταξη του νόμου ή της Διακήρυξης δεν υποχρεούτο αυτή να προσκομίσει, ενώ η αναθέτουσα αρχή δεν είχε ζητήσει καν την συμπλήρωση των εξηγήσεων με κάθε πρόσφορο στοιχείο τεκμηρίωσης, πριν τις απορρίψει, παράσταται πλημμελώς αιτιολογημένη. Επιπλέον, ούτε η έτερη αιτιολογική βάση απόρριψης των εξηγήσεων της προσφεύγουσας, ήτοι η έλλειψη πίνακα της Εγκυκλίου 9/2017, παράσταται ειδική και επαρκής. Και τούτο, διότι η υπ' αρ. 9/25-4-2017 (ΑΔΑ 6Η6Κ465ΦΘΞ-3Υ5) Εγκύκλιος του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών με θέμα 'Παροχή διευκρινίσεων σχετικά με το άρθρο 53 παρ. 7 περ. θ' (Γενικά έξοδα και εργολαβικό όφελος) του Ν. 4412/2016 'Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)' δεν είναι υποχρεωτική και δεσμευτική για την αιτιολόγηση των

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

προσφορών των υποψηφίων που εμφανίζονται κατ' αρχήν ως ασυνήθιστα χαμηλές (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 627/2022, 630/2022, 729/2022, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 769/2005, σκ. 10). Και ναι μεν, η προσφεύγουσα είχε την δυνατότητα, εφόσον επιθυμούσε, να στηριχθεί στην Εγκύκλιο για τον υπολογισμό των, κατά την εκτίμησή της, δαπανών εμμέσου κόστους του έργου (ΕΑΔΗΣΥ 729/2022), όπως και έπραξε, αλλά, ενόψει της μη δεσμευτικότητας της Εγκυκλίου, αυτή δεν ήταν υποχρεωμένη να παραθέσει συμπληρωμένο των πίνακα των ενδεικτικών δαπανών εμμέσου κόστους και των προτεινόμενων συντελεστών που ενσωματώνεται στην Εγκύκλιο, ενώ ουδόλως αποκλείονταν η εκ μέρους της επίκληση και απόδειξη της συνδρομής για την επιχείρησή της ειδικών συνθηκών αναφορικά με την εγκατάσταση και την λειτουργία του συγκεκριμένου εργοταξίου, εν όψει των οποίων η δαπάνη εκτέλεσης του συγκεκριμένου έργου είναι μικρότερη (ή και μεγαλύτερη) από αυτή που θα προέκυπτε από την εφαρμογή των συντελεστών της Εγκυκλίου. Η δε αναθέτουσα αρχή με μη ειδική και επαρκή αιτιολογία απέρριψε τις εξηγήσεις της προσφεύγουσας ως προς τις δαπάνες εμμέσου κόστους του έργου, χωρίς να εξειδικεύσει ως προς ποια τυχόν κονδύλια εκρίθη αυτή ασυνήθιστα χαμηλή. Τέλος, ενόψει του ότι η προσφεύγουσα δεν αρκέστηκε απλώς στην παράθεση καταλόγου αντίστοιχων έργων για την αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της, αλλά προέβη σε πλήρη κοστολόγηση της εκτέλεσης του υπό ανάθεση έργου, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης ότι δεν προέκυψε από τις εξηγήσεις της προσφεύγουσας η συνάφεια των εκτελούμενων έργων με το υπό ανάθεση δεν αποτελεί επαρκές αιτιολογικό έρεισμα για την απόρριψη των παρασχεθεισών εξηγήσεων. Κατόπιν των ανωτέρω, κατά την γνώμη που κράτησε στο Κλιμάκιο, ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός. Δεδομένου δε ότι η ΕΑΔΗΣΥ δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή στην αρμοδιότητα της αξιολόγησης των παρασχεθεισών εξηγήσεων, η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί λόγω πλημμελούς αιτιολογίας, προκειμένου η υπόθεση να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή, ώστε αυτή να ασκήσει αυτή την νόμιμη αρμοδιότητά της κατ' άρθρο 88 Ν. 4412/2016 και 4.1 της Διακήρυξης».

14. Επειδή, κατόπιν της έκδοσης της ανωτέρω απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, η αναθέτουσα αρχή, όπως είχε δικαίωμα δοθέντος ότι η αρχική απόφασή της ακυρώθηκε λόγω πλημμελούς αιτιολογίας, επανήλθε και

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

εξέδωσε την ήδη προσβαλλόμενη πράξη, με την οποία απέρριψε εκ νέου της προσφορά της προσφεύγουσας ως ασυνήθιστα χαμηλή, επιχειρώντας να εξειδικεύσει την ήδη παρατεθείσα με την αρχική της απόφαση αιτιολογία ως εξής: «Η αιτιολόγηση της προσφέρουσας “....” δεν εξήγησε κατά ικανοποιητικό τρόπο το χαμηλό επίπεδο τιμής και του κόστους που προτείνεται όπως αυτό διαμορφώνεται από την οικονομική προσφορά της, αφού δεν υποβάλει καμία προσφορά προμήθειας υλικών και εκτέλεσης εργασιών, ούτε πίνακα γενικών εξόδων σταθερών και χρονικώς εξαρτημένων της Εγκυκλίου 9/25-06-2017, αλλά επικαλείται έργα τα οποία εκτέλεσε ή εκτελεί, ενώ δεν υπάρχει κανένα στοιχείο από το οποίο να προκύπτει συνάφεια με το δημοπρατούμενο έργο στο οποίο υπάρχουν εξειδικευμένες εργασίες εγκαταστάσεων ήχου, φωτισμού, εικόνας, συνεδριακών συστημάτων κλπ. Ειδικότερα, οι εξηγήσεις που δόθηκαν από την προσφέρουσα δεν είναι σύμφωνες με το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 32 του Ν. 4782/2021, μιάς και η προσφέρουσα επισύναψε μόνο αναλυτικό πίνακα με τα άρθρα του προϋπολογισμού (Πίνακας παραρτήματος), όπου παρουσιάζονται οι τιμές του προϋπολογισμού μειωμένες αυθαίρετα ώστε να συμβαδίζουν με το συνολική προσφορά της. Υπέβαλε μόνο δύο προσφορές (σκυροδέματος και αδρανών υλικών), οι οποίες αφορούν άλλο τόπο και άλλο έργο, με ημερομηνίες προσφορών (29-4-2021) πολύ προγενέστερες από την ημερομηνία του διαγωνισμού(12-10-2021), με διαφορετική απόσταση από το εν λόγω έργο, και δεν ισχύουν πλέον. Δεν υπέβαλε προσφορές για τα παρακάτω οικοδομικά υλικά και εργασίες: [ακολουθεί πίνακας υλικών και εργασιών]. Με δεδομένο ότι πρόκειται για απόλυτα εξειδικευμένο έργο με προσφορές των υλικών αυτών κρίνονται απολύτως απαραίτητες για την κοστολόγηση του έργου. Επίσης, εκ μέρος της προσφέρουσας δεν δόθηκαν εξηγήσεις που αφορούν: 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, περί αρχών που εμφανίζονται στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με την παρ. 2 του

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

άρθρου 89. Ε) Δεν προσκόμισαν προσφορές υπεργολάβου για την κατασκευή. ΣΤ) Δεν προσκόμισαν προσφορές για κανένα υλικό του προϋπολογισμού. Ζ) Δεν προέβη σε ανάλυση Γενικών Εξόδων Έργου και Εργολαβικού οφέλους (άρθρο 53 παρ. 7θ Ν. 4412/2016), δηλαδή: (1) Δεν προέβη σε ανάλυση Γενικών Εργοταξιακών Δαπανών (2) Προέβη σε μηδενισμό του Συνόλου του προσωπικού Γενικής Επιστάσεως και Διοίκησης του Έργου από πλευράς Αναδόχου (Εργοταξιάρχης, Υπεύθυνος Κατασκευής, Μηχανικοί Έργου κλπ.) το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 4,70% επί της προσφοράς ήτοι σε ποσό 145.000 ευρώ περίπου. (3) Προέβη σε μηδενισμό των Δαπανών Έμμεσου κόστους το οποίο αφορά το αναλογούν σε σχέση με την συμμετοχή του έργου στον κύκλο εργασιών της επιχείρησης και στο κόστος έδρας της επιχείρησης, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 3,00% επί της προσφοράς ήτοι σε ποσό 93.000 ευρώ περίπου. (4) Προέβη σε μηδενισμό του κονδυλίου του προκαταβλητέου φόρου 3% επί της προσφοράς του αναδόχου, το οποίο ανέρχεται σε $3.287.335,14 \times 3\% = 98.620,05$ ευρώ. (5) Παρομοίως προέβη σε μηδενισμό των κονδυλίων Νομικής Υποστήριξης Εξωτερικών Συμβούλων, Μετρήσεων που προβλέπονται από εγκεκριμένους Περιβαλλοντικούς και λοιπούς όρους και λήψεων μέτρων, Συντήρηση έργου για το προβλεπόμενο διάστημα μέχρι την οριστική παραλαβή του, τόκων κεφαλαίων κίνησης και γενικότερα χρηματοοικονομικό κόστος και κόστος δέσμευσης κεφαλαίων καταθέσεων για εγγυητικές. Το σύνολο των ως άνω εξόδων υπολογίζεται σε ποσοστό 1,40% επί της προσφοράς του αναδόχου, ήτοι σε 43.000,00 ευρώ. (6) Αν στα παραπάνω Γενικά έξοδα προστεθεί και το υπολογισθέν από την προσφέρουσα έμμεσο κόστος 93.000,0 ευρώ τότε το συνολικό ποσό των ανωτέρω Γενικών Εργοταξιακών Δαπανών ανέρχεται σε 472.600,00 ευρώ περίπου. Δεν γίνεται λοιπόν δεκτός ο ισχυρισμός ότι λόγω της κατασκευής του έργου 'Κατασκευή Νέου Πυροσβεστικού Σταθμού στο Α/Δ ...' θα μηδενιστεί το κόστος του προσωπικού του εργοταξίου και των μηχανικών επίβλεψης. Η κατασκευή του έργου 'Αποπεράτωση Δημοτικού Θεάτρου ...' απαιτεί λόγω της φύσης των εξειδικευμένων εργασιών, μόνιμο εργοτάξιο στελεχωμένο με έμπειρους μηχανικούς και καθημερινή παρακολούθηση -επίβλεψη προκειμένου οι εργασίες άρτια και έντεχνα να ολοκληρωθούν. Επίσης από τη στιγμή που ζητήθηκε αιτιολόγηση των προσφορών η εταιρία ήταν υποχρεωμένη να προσκομίσει πρόσφατες προσφορές και για την προμήθεια

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

των υλικών και για το κόστος εγκαταστάσεων. Αντιθέτως προσκόμισε μόνο απαράδεκτες προσφορές αφενός μόν για το έτοιμο σκυρόδεμα από την εταιρία ... η οποία απευθύνεται σε νήσο ... και χρονολογημένη ένα περίπου χρόνο νωρίτερα καθώς και προσφορά για τα αδρανή υλικά επίσης χρονολογημένη ένα περίπου χρόνο νωρίτερα. Επιπροσθέτως κρίνεται απαράδεκτο να δίνονται προσφορές και μάλιστα όταν αφορούν ένα τόσο σημαντικό έργο χωρίς να προκύπτει από τη μέχρι σήμερα αλληλογραφία ότι έχει υπάρξει ουδεμία προκοστολόγηση του έργου, έτσι ώστε να προκύψει το πραγματικό κόστος του. Ουδέποτε ζητήθηκαν από την εταιρία επιπλέον στοιχεία ,ούτε πραγματοποιήθηκε επί τόπου επίσκεψη στο έργο. Οι ισχυρισμοί των μεγάλων εκπτώσεων και οι διαβεβαιώσεις της κατασκευάστριας ότι για την υλοποίηση των έργων της απασχολεί έμπειρους μηχανικούς εργοταξίου με πολυετή εμπειρία σε όλων των ειδών τα έργα, αλλά και μηχανικούς στην έδρα της για την εποπτεία και έλεγχο της εξέλιξης του έργου, και ότι έχει καταρτίσει τμήμα προμηθειών, τμήμα κοστολόγησης, νομικό τμήμα, οικονομικό τμήμα, τμήμα ποιότητας έργου, τμήμα τεχνικών ασφαλείας και μέσω του συστήματος που έχει αναπτύξει και της αμφίδρομης επικοινωνίας εργοταξίων και έδρας να μειώνονται τα γενικά έξοδα εκτέλεσης του εκάστοτε έργου είναι εντελώς αβάσιμοι και δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη κατά την εξακρίβωση του κόστους. Ακόμη και αν γίνει παραδεκτός ο αναλυτικός πίνακας του παραρτήματος που επισύναψε η προσφέρουσα εταιρία (γεγονός που για μας δεν ισχύει, αφού εκτιμάμε ότι το άμεσο κόστος του έργου και μεγαλύτερο από τον επισυναπτόμενο πίνακα της προσφέρουσας τουλάχιστον κατά 10% και άρα ο ως άνω αναλυτικός πίνακας είναι απορριπτός), τότε σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της το έμμεσο κόστος του έργου είναι 3.064.268,17 €. Αν στο ποσό αυτό προστεθεί και το ποσό των Γενικών Εργοταξιακών Δαπανών όπως αναλύθηκε παρακάτω, τότε η συνολική δαπάνη διαμορφώνεται σε 3.536.868,17 €. Δεδομένου ότι το σύνολο της προσφοράς της Εταιρίας είναι 3.287.335,14 € προκύπτει τελικά ζημιά για την Εταιρία κατά 249.533,03 €. Συμπερασματικά τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, η χαμηλή προσφορά εγκυμονεί τον κίνδυνο για την εκτέλεση της σύμβασης, η αιτιολόγηση της προσφέρουσας δεν γίνεται αποδεκτή και προτείνεται όπως η προσφορά απορριφθεί».

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

15. Επειδή, όπως προκύπτει από το ανωτέρω περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, κατόπιν της έκδοσης της υπ' αριθ. 802/2022 απόφασης του παρόντος Κλιμακίου, η τελευταία επανήλθε και απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας ως ασυνήθιστα χαμηλή βασιζόμενη σε δύο αιτιολογικά ερείσματα, ήτοι στην έλλειψη τεκμηρίωσης των εξηγήσεων της προσφεύγουσας με οικονομικές προσφορές υλικών και εργασιών και στην έλλειψη ανάλυσης του έμμεσου κόστους του έργου (γενικά έξοδα), το οποίο, όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης, η αναθέτουσα αρχή υπολογίζει βάσει της Εγκυκλίου 9/2017 του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών. Ωστόσο, επί των ανωτέρω λόγων είχε στηριχθεί η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας ως ασυνήθιστα χαμηλής και με την υπ' αριθ. 116/2022 αρχική πράξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία ακυρώθηκε με την υπ' αριθ. 802/2022 απόφαση του παρόντος Κλιμακίου, κατόπιν εξέτασης αμφότερων των ανωτέρω ζητημάτων, όπως προκύπτει από το προπαρατεθέν απόσπασμά της. Ειδικότερα, στην προκείμενη περίπτωση, με την αρχική απόφαση της αναθέτουσας αρχής είχε απορριφθεί η προσφορά της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι *«δεν υποβάλει καμία προσφορά προμηθείας υλικών και εκτέλεσης εργασιών ούτε πίνακα γενικών εξόδων σταθερών και χρονικώς εξαρτημένων της Εγκυκλίου 9/25-06-2017 αλλά επικαλείται έργα τα οποία εκτέλεσε ή εκτελεί ενώ δεν υπάρχει κανένα στοιχείο από το οποίο να προκύπτει συνάφεια με το δημοπρατούμενο έργο στο οποίο υπάρχουν εξειδικευμένες εργασίες εγκαταστάσεων ήχου, φωτισμού, εικόνας, συνεδριακών συστημάτων κλπ.»*. Η εν λόγω απόφαση ακυρώθηκε από την ΕΑΔΗΣΥ λόγω πλημμελούς αιτιολογίας, με το προπαρατεθέν στην σκέψη 13 της παρούσας σκεπτικό, αφού εξετάστηκαν τα ανωτέρω ζητήματα. Με την ήδη προσβαλλόμενη απόφασή της η αναθέτουσα αρχή επανήλθε και απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας ως ασυνήθιστα χαμηλή με την ίδια αιτιολογία, την οποία επιχείρησε να εξειδικεύσει, στη μεν περίπτωση του αμέσου κόστους διά της παράθεσης των εργασιών και των υλικών, για τα οποία δεν είχαν υποβληθεί από την προσφεύγουσα οι - κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής - απαιτούμενες οικονομικές προσφορές, για την προσκόμιση των οποίων ουδέποτε εκλήθη η προσφεύγουσα' στην δε περίπτωση του έμμεσου κόστους (γενικών εξόδων) διά της αναφοράς σε συγκεκριμένα κονδύλια της Εγκυκλίου 9/2017 και ποσοτικό υπολογισμό τους

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

βάσει ποσοστών που προκύπτουν από την εν λόγω Εγκύκλιο. Υπό τα πραγματικά αυτά δεδομένα, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, εκδοθείσα σε συμμόρφωση προς την ακυρωτική απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, περιέχει κρίσεις αποκλειστικά για ζητήματα, τα οποία έχουν ήδη αποτελέσει αντικείμενο της ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ διοικητικής προδικασίας, ήτοι το ζήτημα του χαρακτηρισμού της προσφοράς της προσφεύγουσας ως ασυνήθιστα χαμηλής, και πιο συγκεκριμένα το ζήτημα της τεκμηρίωσης του αμέσου κόστους του έργου με προσφορές προμηθευτών υλικών και υπερβολάβων εργασιών και αφετέρου ως προς την τεκμηρίωση του εμμέσου κόστους του έργου με αναφορά στα κονδύλια της Εγκυκλίου 9/2017. Εξάλλου, και η προσφεύγουσα επανέρχεται με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή στην αμφισβήτηση της υποχρέωσης προσκόμισης οικονομικών προσφορών για οικοδομικά υλικά και εργασίες, αλλά και στην παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να την καλέσει να προσκομίσει τέτοια στοιχεία πριν την απόρριψη της προσφοράς της ως ασυνήθιστα χαμηλής, καθώς επίσης και στην αμφισβήτηση της δεσμευτικότητας της Εγκυκλίου 9/2017, όλα ζητήματα επί των οποίων έχει ήδη αποφανθεί η ΕΑΔΗΣΥ με την υπ' αριθ. 802/2022 απόφασή της, όπως ευχερώς προκύπτει από το απόσπασμα που προπαρατέθηκε. Η δε προσφεύγουσα δεν προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη περιέχει νέες κρίσεις παρά μόνο ως προς τα κονδύλια του εμμέσου κόστους (γενικών εξόδων), τα οποία υπολογίστηκαν μεν από την αναθέτουσα αρχή, με εκ νέου αναφορά και εφαρμογή, όμως, των προβλέψεων της Εγκυκλίου 9/2017 (είδη δαπανών και ποσοστά), όπως και η προσφεύγουσα διαπιστώνει με την προδικαστική προσφυγή της. Δεδομένου, λοιπόν, ότι η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα της προσφοράς της προσφεύγουσας ως προς το έμμεσο κόστος (γενικά έξοδα) του έργου βασίζεται και πάλι στην εφαρμογή των ειδών δαπανών και των προτεινόμενων ποσοστών της Εγκυκλίου 9/2017, ζήτημα για το οποίο έχει ήδη αποφανθεί η ΕΑΔΗΣΥ με την προπαρατεθείσα απόφασή της, σύμφωνα με την οποία η Εγκύκλιος δεν έχει δεσμευτικό χαρακτήρα για την αιτιολόγηση των προσφορών των διαγωνιζόμενων, η εξειδίκευση της αρχικής κρίσης της αναθέτουσας αρχής με την αναφορά των διαφόρων ειδών δαπανών που προβλέπονται στην Εγκύκλιο και την εφαρμογή ποσοστών προτεινόμενων από την Εγκύκλιο δεν συνιστά νέα κρίση παραδεκτώς προσβαλλόμενη με

Αριθμός απόφασης: 1275/ 2022

προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ. Εάν γινόταν δεκτή αντίθετη ερμηνεία, η ΕΑΔΗΣΥ, επανερχόμενη στο ζήτημα, δεν θα μπορούσε παρά να επαναλάβει την ήδη διατυπωθείσα κρίση της, πράγμα που έρχεται σε αντίθεση με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του Ν. 4412/2016, όπως αυτές ερμηνεύονται παγίως από τα αρμόδια Δικαστήρια (βλ. ανωτέρω σκέψη 13). Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η ΕΑΔΗΣΥ έχει εξαντλήσει την αρμοδιότητά της επί των ζητημάτων που τίθενται με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή σε συνδυασμό με το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής. Κατόπιν των ανωτέρω, ενόψει του γεγονότος ότι, μετά την ακύρωση από την ΕΑΔΗΣΥ της αρχικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας ως ασυνήθιστα χαμηλής για τους λόγους που προπαρατέθηκαν, εξεδόθη η προσβαλλόμενη, με την οποία η αναθέτουσα αρχή επανήλθε και την απέρριψε εκ νέου εξειδικεύοντας – κατά την κρίση της - τους ίδιους κατά τα άνω λόγους (έλλειψη τεκμηρίωσης των κονδυλίων αμέσου κόστους με οικονομικές προσφορές υλικών και εργασιών και έλλειψη υπολογισμού εμμέσου κόστους του έργου με αναφορά στις δαπάνες της Εγκυκλίου 9/2017), η αιτούσα απαραδέκτως προσβάλλει την τελευταία αυτή απόφαση ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία έχει εξαντλήσει την κρίση της επί των προκείμενων ζητημάτων (βλ. ΔΕΦΑΘ 1350/2022). Ως εκ τούτου, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή είναι απορριπτή λόγω απαραδέκτου.

16. Επειδή, η εισήγηση γίνεται δεκτή στο σύνολό της.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12 Αυγούστου 2022 και δημοσιεύθηκε την 1^η/9/2022, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ