

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Νοεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής, Ιωάννα Θεμελή, μέλη.

Για να εξετάσει την από 18.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1276/21.10.2019 της ένωσης των οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ... (...), και των μελών αυτής, ήτοι την «... με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει ομοίως με ανωτέρω, όπως νόμιμα εκπροσωπείται και την εταιρία «...», που εδρεύει στα ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», η οποία εδρεύει στις ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί, άλλως ανακληθεί, άλλως τροποποιηθεί α) η υπ' αρ. .../2019 (θέμα 79ο) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... αναφορικά με την έγκριση πρακτικού για την ανάδειξη προσωρινού μειοδότη της εταιρείας «...», β) κάθε άλλη συναφής πράξη, απόφαση παράλειψη, ιδίως δε κάθε απόφαση με την οποία προκρίθηκε η ανάθεση του έργου στην εταιρεία «...» προκειμένου να αποκλειστούν οι οικονομικοί φορείς "...", "...", "..." ένεκα υποβολής ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και να ανακηρυχθεί προσωρινή μειοδότη η ίδια.

Με την Παρέμβαση της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους €15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Επειδή, με την από 08.04.2019, εγκριθείσα από την Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, διακήρυξη, προκηρύχθηκε δημόσιος διαγωνισμός για την ανάθεση του έργου «Επεμβάσεις Βελτίωσης Οδικής Ασφάλειας στο Οδικό Δίκτυο της Περιφέρειας ...», προϋπολογισμού 28.000.000,00 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.). Ο συγκεκριμένος διαγωνισμός διεξήχθη ηλεκτρονικά μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) με αύξοντα αριθμό Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, σύμφωνα με το άρθρο 18 της σύμβασης και κατόπιν σχετικής μεταθέσεως, ορίστηκε η 15.07.2019 και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών η 17.07.2019

3. Επειδή, αντικείμενο του έργου είναι η υλοποίηση βραχυπρόθεσμων επεμβάσεων, δηλαδή επεμβάσεων μικρής και σε εξαιρετικές περιπτώσεις μεσαίας κλίμακας σε μέγεθος και κόστος, οι οποίες είναι υλοποιήσιμες σε σύντομο χρονικό διάστημα, έχουν άμεσα αποτελέσματα στο επίπεδο της παρεχόμενης οδικής ασφάλειας και εφαρμόζονται σε τμήματα και θέσεις Μειωμένης Οδικής Ασφάλειας (Μ.Ο.Α.), των οδικών αξόνων του νομού Οι θέσεις Μ.Ο.Α. προέκυψαν από Μελέτες Επεμβάσεων Βελτίωσης Οδικής Ασφάλειας (Μ.Ε.Β.Ο.Α.) που συντάχθηκαν για το σκοπό αυτό και εποπτεύθηκαν από την «...». Οι Μελέτες εκπονήθηκαν σε επίπεδο νομού και στο πλαίσιο αυτό το οδικό δίκτυο της ... μελετήθηκε μέσα από πέντε (5) Συμβάσεις ΜΕΒΟΑ: 5044 - βόρειο τμήμα Ανατολικής ..., 5045 - νότιο τμήμα Ανατολικής ..., 5046 - κεντρικό τμήμα Ανατολικής ..., 5047 - νησιωτικό τμήμα ... και 5048 - δυτική ..., οι οποίες αποτελούν και τις Μελέτες του παρόντος έργου. Οι θέσεις ΜΟΑ στις οποίες θα γίνουν επεμβάσεις και που προέκυψαν από τις μελέτες φαίνονται σε χάρτη (σε μορφή PDF) και περιγράφονται αναλυτικά στο Παράρτημα 1 της Τεχνικής Περιγραφής. Πρόκειται για περίπου 600 θέσεις διάσπαρτες σε όλο το επαρχιακό οδικό δίκτυο της Στην περίπτωση που κατά

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

τη διάρκεια εκτέλεσης του έργου απαιτηθεί να γίνουν επεμβάσεις σε επιπλέον θέσεις Μ.Ο.Α., θα γίνει συνεννόηση με την Υπηρεσία. Οι κατασκευαστικές παρεμβάσεις στις θέσεις Μ.Ο.Α. αφορούν κυρίως σε αναβάθμιση και αντικατάσταση του εξοπλισμού της οδού, όπως επαναδιαγράμμιση, πινακίδες σήμανσης, ανακλαστήρες οδοστρώματος, γραμμική οριοσήμανση, στηθαία ασφαλείας, κλπ. Επίσης, τοπικά, προβλέπεται συμπλήρωση - ανακατασκευή της υποδομής, όπως επισκευή φθορών οδοστρώματος, αντικατάσταση της παλαιάς επιφανειακής ασφαλικής στρώσης με νέα αντιολισθηρή, συμπλήρωση υλικού ερείσματος, καθαρισμός - μόρφωση υφιστάμενης τριγωνικής τάφρου, καθαρισμός περιοχής για αύξηση ορατότητας (αποξήλωση εμποδίων και αποψίλωση ζωνών που εμποδίζουν την ορατότητα) κ.λπ. Στο Παράρτημα 2 της Τεχνικής Περιγραφής παρουσιάζονται συνοπτικά ανά οδικό άξονα οι απαιτούμενες κατασκευαστικές επεμβάσεις. Οι ακριβείς εργασίες ανά περιοχή, οδικό άξονα, οδικό τμήμα και σημείο Μ.Ο.Α. καθορίζονται στις σχετικές μελέτες της ..., που θα παραδοθούν στον ανάδοχο. Κωδικοί CPV: ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... (συντήρηση ή / και βελτίωση οδοστρωμάτων), ..., ..., ..., ... (συντήρηση ή / και βελτίωση οριζόντιας & κατακόρυφης σήμανσης), ..., ... (συντήρηση ή / και βελτίωση μεταλλικών στηθαίων ασφαλείας). Η συνολική προθεσμία εκτέλεσης του έργου, ορίζεται σε 3 (τρία) έτη από την ημέρα υπογραφής της σύμβασης. Οι αποκλειστικές και ενδεικτικές τμηματικές προθεσμίες του έργου αναφέρονται στην Ε.Σ.Υ. Κριτήριο για την ανάθεση της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Σύμφωνα με το από 17.07.2019 ΠΡΑΚΤΙΚΟ 1 Επιτροπής του Διαγωνισμού προκύπτει ότι στον συγκεκριμένο διαγωνισμό συμμετείχαν κατά σειρά μειοδοσίας οι ακόλουθοι οικονομικοί φορείς: η παρεμβαίνουσα «...» με ποσοστό έκπτωσης 42,70%, η κοινοπραξία «...» με ποσοστό έκπτωσης 31,57%, η ένωση οικονομικών φορέων «...» και η προσφεύγουσα ένωση οικονομικών φορέων «... – ...» με ποσοστό έκπτωσης 22,23%. Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των δικαιολογητικών και τη διαγωνιστική διαδικασία η Επιτροπή του Διαγωνισμού διαπίστωσε την εγκυρότητα συμμετοχής και των τεσσάρων (4) διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων και όλες οι προσφορές που υπεβλήθησαν για τον διαγωνισμό έγιναν δεκτές. Ακολούθως προέκυψε ότι ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας που προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) είναι η παρεμβαίνουσα

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

«ΟΔΟΣ Α.Τ.Ε», της οποίας η προσφερόμενη τιμή ανέρχεται σε 11.052.267,32 € που αντιστοιχεί σε μέση έκπτωση σαράντα δύο και εβδομήντα εκατοστά επί τοις εκατό (42,70 %) επί του προϋπολογισμού της Υπηρεσίας και ως εκ τούτου η Επιτροπή του Διαγωνισμού εισηγήθηκε ομόφωνα την ανάθεση της σύμβασης (ανάδειξη προσωρινού μειοδότη) κατασκευής του έργου στον προαναφερόμενο οικονομικό φορέα. Με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. .../2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε κατά πλειοψηφία η ανάδειξη ως προσωρινής μειοδότης της παρεμβαίνουσας «...», ενώ κατά τη μειοψηφία έπρεπε να εφαρμοστεί η διαδικασία του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 για την αιτιολόγηση των προσφορών που είναι άνω του 20% και όφειλε η Υπηρεσία να ελέγξει την επάρκεια των τεχνικών μέσων των προσωρινών μειοδοτών αθροιστικά, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, στις περιπτώσεις που οι προσωρινοί μειοδότες των επίδικων διαγωνισμών είναι ο ίδιος οικονομικός φορέας ή συνεργαζόμενοι οικονομικοί φορείς, πράγμα που δεν είχε γίνει μέχρι τότε. Επίσης δύο αναπληρωματικά μέλη της Οικονομικής Επιτροπής καταψήφισαν την ανωτέρω απόφαση με την παρατήρηση ότι «Κύριε πρόεδρε, για τα θέματα της οδοποιίας ψηφίζουμε κατά αφού η παράταξή μας είχε καταγγείλει τη διαδικασία από την προηγούμενη Διοίκηση και είχαμε διαφωνήσει έντονα. Τέλος, σε σχετικές καταγγελίες για διαγωνισμούς της Περιφέρειας ... έχει προχωρήσει στο παρελθόν και ο ...»

4. Επειδή, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, έχει ασκηθεί: α) εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής στις 08.10.2019 και κατέθεσε την υπό κρίση προσφυγή στις 18.10.2019, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

5. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, κοινοποίησε στις 21.10.2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου 676468/2019 έγγραφες απόψεις της σχετικά με αυτή, ζητώντας την απόρριψή της.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία «...»,

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

αφού η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Παρεμβαίνουσα μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 21.10.2019, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε την 31.10.2019, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί προσωρινή μειοδότηρια.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της ισχυρίζεται επί λέξει ότι «...Στον υπόψη διαγωνισμό η ένωση των οικονομικών φορέων μας, μας συμμετείχε νόμιμα, έχοντας όλα τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη προσόντα, προσφέροντας υψηλότερη για τα δεδομένα του έργου έκπτωση, ποσοστού 22,23%, η οποία αποτελούσε και τιμή κόστους για την υλοποίηση του έργου. Από την κοινοποίηση του πίνακα συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας, διαπιστώθηκε ότι στο διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις διαγωνιζόμενοι, οι τρεις εκ των οποίων προσέφεραν υπέρογκες εκπτώσεις και ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές [...] Κατόπιν τούτου και λαμβανομένου υπόψη ότι κατά την άποψή μας, εγείρετο αναφανδόν ζήτημα ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, επισημάναμε άμεσα, ήδη από την 01.08.2019, με σχετικό Υπόμνημά μας προς την Επιτροπή Διαγωνισμού, το ως άνω ζήτημα ζητώντας την εφαρμογή της διαδικασίας του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, και την αιτιολόγηση των προσφορών των διαγωνιζομένων, καθόσον οι τρεις ανωτέρω συμμετέχοντες και

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

καταχθέντες πριν από εμάς στον πίνακα μειοδοσίας είχαν παράσχει προσφορές σημαντικότερα κάτω του κόστους κατασκευής. Το ως άνω Υπόμνημά μας υποβλήθηκε ηλεκτρονικά μέσω ΕΣΗΔΗΣ. Λαμβανομένου υπόψη ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού, δεν προέβη σε οιαδήποτε ενέργεια σε συνέχεια του ως άνω Υπομνήματος, την 24.09.2019, υποβάλλαμε νέο Υπόμνημα με αναλυτικούς υπολογισμούς της συνολικής δαπάνης του έργου, ερειδόμενους σε πραγματικά στοιχεία κόστους και στις τιμές της αγοράς. Με το ως άνω Υπόμνημά μας και τους αναλυτικούς κοστολογικούς πίνακες, καταδεικνύαμε ότι η συνολική δαπάνη εκτέλεσης του δημοπρατούμενου αντικειμένου δεν εδύνατο να είναι μικρότερη από 14.501.528,60€ (το κονδύλιο αφορά μόνο αξία εργασιών άνευ προσαυξήσεων για ΦΠΑ, κλπ). Αν δε υπολογίζετο και επί του πραγματικού κόστους και ένα εύλογο κέρδος - κατά μέγιστο 3% -(επιπλέον 501.119,98 €), καμία προσφορά δεν θα μπορούσε να είναι κατώτερη των 15.002.648,58 €. Ήτοι, κατά τους αναλυτικούς υπολογισμούς που θέσαμε υπόψη της αναθέτουσας αρχής και της Επιτροπής Διαγωνισμού, οι τρεις έτεροι διαγωνιζόμενοι είχαν υποβάλλει ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές κάτω του κόστους ως εξής: ...: 3.449.261,28 € κάτω του κόστους. ... - ...: 1.300.566,69€ κάτω του κόστους. ... «...»: 430.267,9€. Με απλά λόγια, οι οικονομικές προφορές των έτερων διαγωνιζόμενων, όχι μόνο ήταν ασυνήθιστα χαμηλές, αλλά και απολύτως ζημιογόνες, με αποτέλεσμα, κατ' ελάχιστον να έχρηζαν διευκρινίσεων και αιτιολογίας. Παρά την υποβολή των ως άνω Υπομνημάτων μας και της διατύπωση ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών, η αναθέτουσα αρχή, ουδέν έπραξε. Τούτο, κατά προφανή παραβίαση του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 και προς βλάβη μας, καθόσον η διάγνωση υποβολής προσφορών κάτω του κόστους και η συνεχόμενη αδυναμία αιτιολόγησης αυτών από τους τρεις ανωτέρω οικονομικούς φορείς, θα οδηγούσε σε αποκλεισμό τους και σε ανακήρυξη της ένωσής μας ως προσωρινής μειοδότης. Αντ' αυτού, την 08.10.2019, λάβαμε γνώση, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ της υπ' αρ. .../20019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... και του εγκριθέντος με αυτό Πρακτικού του Διαγωνισμού, με τα οποία, αφενός γίνονταν αποδεκτές όλες οι προσφορές των διαγωνιζόμενων οικονομικών, αφετέρου αναδεικνυόταν προσωρινός μειοδότης η εταιρεία ..., χωρίς την παραμικρή ειδική και αιτιολογημένη απάντηση στις δικές μας αιτιάσεις, χωρίς καν να εξετάζονται τα υποβληθέντα, με τα Υπομνήματά μας στοιχεία, και τούτο ενώ, ακόμη και με την,

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

ενσωματωμένη στο ίδιο το σώμα της προσβαλλόμενης με την παρούσα υπ' αρ. .../2019 απόφασης, εισήγηση της Διεύθυνσης Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών, προτείνεται να εξετασθεί το αίτημά μας για πρόσκληση σε αιτιολόγηση των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών. Ήτοι, με την προσβαλλόμενη απόφαση, μη νόμιμα, παντελώς αναιτιολόγητα, κατά κακή χρήση της διακριτικής της ευχέρειας και κατά παράβαση του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή, όχι μόνο παρέλειψε να αποκλείσει από το διαγωνισμό τους τρεις συμμετέχοντες που υπέβαλλαν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, όχι μόνο παρέλειψε να τους καλέσει να αιτιολογήσουν τις παρεχόμενες εκπτώσεις, οι οποίες όπως την είχαμε ενημερώσει ήταν κάτω του κόστους, όχι μόνο παραβίασε την υποχρέωσή της να μας απαντήσει ειδικά στις αιτιάσεις μας, αλλά αγνόησε ακόμη και την εισήγηση, με την οποία προτείνεται η εξέταση του αιτήματός μας. 10.2.1. Το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι:[...] Στην ως άνω διάταξη νόμου, παραπέμπει και η το άρθρο 4.1. περιπτ. η της διακήρυξης, το οποίο δια της υποσημείωσης 9, παραπέμπει στο άρθρο 88 του Ν. 4412/2016. Με την ως άνω διάταξη, θεσπίζεται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απαιτήσει από τους οικονομικούς φορείς εξηγήσεις για την τιμή και το κόστος της προτεινόμενης οικονομικής προφοράς, όταν από τα ανακύπτοντα στοιχεία αυτές οι προσφορές είναι ασυνήθιστα χαμηλές. Η υποχρέωση αυτή επιτείνεται όταν από τα στοιχεία που θέτονται υπόψη της, ανακύπτουν υπόνοιες, όχι μόνο για ύπαρξη μηδενικού εργολαβικού οφέλους, αλλά και για υποβολή προσφορών κάτω του κόστους και με υπέρμετρη ζημιά. Μάλιστα, όπως παγίως γίνεται δεκτό νομολογιακά, όταν τεθούν υπόψη των διαγωνιστικών οργάνων συγκεκριμένα κοστολογικά στοιχεία, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τα εξετάσει, να απαντήσει ειδικά και αιτιολογημένα σε αυτά και να καλέσει τους οικονομικούς φορείς σε εξηγήσεις. Τούτο συνιστά υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής και ουχί διακριτική ευχέρεια αυτής. Προεχόντως διότι η εξέταση των υποβληθέντων κοστολογικών στοιχείων περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, συνδέεται με την προάσπιση του δημοσίου συμφέροντος σχετικά με την εκτέλεση έργων και έντεχνων έργων και την απομάκρυνση της διακινδύνευσης υλοποίησης της σχετικής σύμβασης. Συγκεκριμένα: Όπως παγίως έχει κριθεί νομολογιακά στην περίπτωση που διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, γεννάται υποχρέωση της

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

Διοίκησης να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιωδών αυτών ισχυρισμών και όχι να τους αντιπαρέρχεται σιγή (πρβλ. ΑΕΠΠ 336/2018, ΕΑ ΣτΕ 132/2016, 197/2015, 295/2011, 1260, 841/2010, 127/2009, 1208/2008, 1257/2009 κ.α.).

Επιπλέον, όπως γίνεται δεκτό στην οικονομική προσφορά πρέπει να ενσωματώνεται ένα εύλογο και όχι μηδαμινό ποσοστό του διοικητικού κόστους, του εργολαβικού κέρδους, των νόμιμων κρατήσεων, καθώς της δαπάνης του ελάχιστου εργατικού κόστους και του πραγματικού κόστους εκτέλεσης των ελάχιστων ποσοτήτων υλικών και εργασιών ώστε να μην τίθεται σε κίνδυνο η εκτέλεση της σχετικής σύμβασης (ΕΑ ΣτΕ 108/2014, 328/2013, 970/2010).

Αντίθετα, ανύπαρκτα άλλως ιδιαίτερα χαμηλά και όχι εύλογα ποσά αφορώντα διοικητικό κόστος, έξοδα και εργολαβικό κέρδος προσκρούουν στις αρχές του υγιούς ανταγωνισμού της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων καθώς και της ποιότητας των παρεχομένων υπηρεσιών, αφού με τη μεθόδευση αυτή οι λοιποί υποψήφιοι αποκλείονται κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και η διαδικασία αποβαίνει υπέρ του διαγωνιζομένου εκείνου που προσφέρει τις υπηρεσίες του αντί αδικαιολόγητα χαμηλού, σε σχέση με τα κρατούντα στην αγορά, τιμήματος. Περαιτέρω, η παράλειψη ειδικής και αιτιολογημένης απάντησης της αναθέτουσας αρχής στις αιτιάσεις μας, ως και η χωρίς ειδική αιτιολογία απόκλιση από την εισήγηση του αρμοδίου οργάνου, η οποία ενσωματώνεται στο ίδιο το σώμα την υπ' αρ. .../2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, καθιστούν την σχετική απόφαση έγκρισης του προσωρινού μειοδότη αυτοτελώς ακυρώσιμη [...] Εν προκειμένω, η υπ' αρ. .../2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, πάσχει από ακυρότητα και είναι μη νόμιμη, διότι Α) αφενός δεν απάντησε το παραμικρό στις αιτιάσεις μας, όπως εκτενώς τέθηκαν υπόψη των διαγωνιστικών οργάνων με τα από 01.08.2019 και 24.09.2019 Υπομνήματά μας Β) αφετέρου, απέκλινε χωρίς την παραμικρή αιτιολογία, από την περιληφθείσα στο ίδιο το σώμα της εισήγηση, με την οποία προτείνετο να εξεταστεί το αίτημά μας περί αιτιολόγηση των προσφορών (βλ. απόφαση, όπου αναφέρεται στη σελ. 5 αυτολεξεί «ΕΙΣΗΓΟΥΜΕΘΑ 1. Να εξεταστεί το ανωτέρω αίτημα του Οικονομικού Φορέα "...» από την Οικονομική Επιτροπή» Ως εκ τούτου, και ανεξαρτήτως της αυτοτελούς παράβασης των διατάξεων του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, η υπ' αρ. πρωτ. .../2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία απορρίφθηκαν σιγή, χωρίς να εξεταστούν στο παραμικρό τα προβληθέντα με τα Υπομνήματά μας, και χωρίς να

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

αιτιολογηθεί ειδικώς, η απόκλιση, ακόμη και από την εισήγηση, είναι ακυρωτέα. Όπως τέθηκε υπόψη των διαγωνιστικών οργάνων και αναφέρθηκε και στο Ιστορικό της παρούσας, υπό παράγραφο 10.1, οι προσφορές των τριών οικονομικών φορέων που κατατάχθηκαν στον πίνακα μειοδοσίας άνωθεν της δικής μας προσφοράς, ήταν αποκλειστές, ως προσφορές οι οποίες δεν περιλάμβαναν κανένα εργολαβικό όφελος και ήταν κάτω του στοιχειώδους κόστους εκτέλεσης του έργου, βάσει πραγματικών στοιχείων, αφού λαμβάνονταν υπόψη οι ειδικές συνθήκες κατασκευής του έργου. Εφόσον εξετάζονταν ουσιαστικώς οι αιτιάσεις μας, αναμέναμε τον αποκλεισμό των λοιπών οικονομικών φορέων και την ανάδειξή μας ως μειοδοτών. Συγκεκριμένα: Το υπόψη δημοπρατούμενο έργο, περιέχει ιδιαιτερότητες που εκφεύγουν οιοδήποτε συνήθους έργου επεμβάσεων σε τμήματα οδικού δικτύου. Το συγκεκριμένο έργο εμπεριέχει αυξημένο βαθμό δυσκολίας και αυξημένο κόστος κινητοποίησης - αποκινητοποίησης συνεργείων σε πληθώρα αποσπασματικών μετώπων (άνω των 600) σε μεγάλη έκταση εντός όλης της Περιφέρειας ..., συμπεριλαμβανομένων νησιωτικών συμπλεγμάτων. Η αυξημένη δυσκολία του ως άνω έργου, έγκειται κατά πρώτο λόγο στην μεγάλη σποραδικότητά του (κατ' ελάχιστο 600 σημεία επέμβασης με δυνατότητα αύξησης αυτών), στη τεράστια χιλιομετρική απόσταση μεταξύ των σημείων επέμβασης, (περιλαμβάνει όλο το νομό ... καθώς και τα νησιά των ..., της ..., της ..., κλπ), και στη μεγάλη χρονική του διάρκεια (3 έτη). Τα ως άνω αποτελούν επιβαρυντικούς κοστολογικούς παράγοντες που τον διακρίνουν σαφώς από έτερα έργα επεμβάσεων και βελτιώσεων σε οδικό δίκτυο. Από τη λεπτομερή ανάλυση των στοιχείων του έργου και του σχετικού ανακύπτοντος κόστους (τα οποία με τη μορφή πινάκων είναι ενσωματωμένα και στο σχετικό 2 που υποβλήθηκε στην αναθέτουσα αρχή) προκύπτει η ελάχιστη δαπάνη εκτέλεσης του κόστους των δημοπρατηθέντων επεμβάσεων. Τα οικονομικά στοιχεία πραγματικού κόστους, που παραθέτουμε κατωτέρω καθορίζονται από τις συνθήκες του έργου, την αντίστοιχη απόδοση των συνεργείων κατασκευής και τις τιμές αγοράς των υλικών, και έχουν ληφθεί υπόψη, πάντα με το σκεπτικό της συρρίκνωσης του κόστους στο μέγιστο επιτρεπτό δυνατό. Η κοστολόγηση κάθε αντίστοιχου έργου χωρίζεται σε τρία μέρη: 1) Τα γενικά έξοδα του έργου, 2) Το κόστος των εργασιών κατασκευής και 3) Το κόστος των υλικών, που θα χρησιμοποιηθούν. Παρακάτω θα παρουσιαστεί ξεχωριστά το κάθε κόστος για να μπορούμε να έχουμε επακριβή εικόνα της

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

συνολικής δαπάνης κατασκευής του έργου. Ειδικότερα: ΓΕΝΙΚΑ ΕΞΟΔΑ. Για τον υπολογισμό των γενικών εξόδων βασιζόμαστε στην εγκύκλιο 9 (με αρ. πρωτ. ΔΝΣβ'/οικ.29145/Φ. ΕΓΚΥΚΛ./25.4.2017) του ΥΠΟΜΕΔΙ καθώς και σε στοιχεία πραγματικού κόστους που αντλούνται είτε από ελεγμένους οικονομικούς πίνακες είτε από οικονομικές προσφορές ανάλογων έργων. Αναλυτικά παρατίθενται τα παρακάτω :

A) Το Υπολογιζόμενο Κόστος των Γενικών Εξόδων ανέρχεται στο ποσό των 3.042.000 € περίπου, όπως αναλυτικά υπολογίζεται στο συνημμένο ως σχετικό 1 προσάρτημα του από 24.09.2019 Υπομνήματός μας. B) Το Υπολογιζόμενο Κόστος υλικών προς ενσωμάτωση στο έργο χρησιμοποιώντας τιμές ανάλογων έργων ανέρχεται στο ποσό των 8.785.000€ περίπου, όπως αναλυτικά υπολογίζεται στο συνημμένο ως σχετικό 1 προσαρτημένο πίνακα (με τίτλο "Κόστος Υλικών") του από 24.09.2019 Υπομνήματός μας, για τα βασικά υλικά του έργου. Γ) Το Κόστος εργασίας για την εκτέλεση του έργου υπολογίζεται στο ποσό των 2.675.000 € περίπου, όπως αναλυτικά υπολογίζεται στο συνημμένο ως σχετικό 1 προσαρτημένο πίνακα (με τίτλο "Κόστος Εργασίας") του από 24.09.2019 Υπομνήματός μας. Δ) Αν στα παραπάνω υπολογίσουμε ένα εύλογο κέρδος, της τάξεως του 3% περίπου φθάνουμε στο συμπέρασμα ότι το ποσοστό μας, ήτοι 22,23%, διαμορφώνεται μέσα σε απολύτως λογικά πλαίσια και εγγυάται την άρτια και έντεχνη κατασκευή του έργου. ΣΥΓΚΕΚΡΙΜΕΝΑ ΠΡΟΚΥΠΤΟΥΝ ΤΑ ΚΑΤΩΘΙ, ελάχιστα απαιτούμενα ποσά: ΓΕΝΙΚΑ ΕΞΟΔΑ: 3.042.500,72 €, ΚΟΣΤΟΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ : 2.674.581,95 €, ΚΟΣΤΟΣ ΥΛΙΚΩΝ: 8.784.445,93 €, ΣΥΝΟΛΟ ΚΟΣΤΟΥΣ ΕΡΓΟΥ: 14.501.528,60 €, ΚΕΡΔΟΣ: 501.119,98 €. Αντίθετα προς τους ανωτέρω αναλυτικούς κοστολογικούς υπολογισμούς, οι υπόλοιποι διαγωνιζόμενοι υπέβαλαν ασυνήθιστα χαμηλές και ζημιογόνες προσφορές, χαμηλότερες του κόστους κατασκευής και με μηδενικό κέρδος. Συγκεκριμένα η προσφορά του προσωρινού μειοδότη ανέρχεται στο ποσό των 11.053.163,83 € και υπολείπεται κατά το υπέρογκο ποσό των 3.449.261,28 € από το κόστος εκτέλεσης των εργασιών του έργου. Ομοίως και οι προσφορές των υπόλοιπων διαγωνιζόμενων είναι αρκετά χαμηλότερες του κόστους κατασκευής του έργου, υπολείπόμενες κατά 1.300.566,69€ και 430.267,9€, αντίστοιχα της κατάταξης στις θέσεις μειοδοσίας άνωθεν της προσφοράς μας . Συνεπεία των ανωτέρω, οι συγκεκριμένες προσφορές των προαναφερθέντων οικονομικών φορέων όφειλαν να αποκλειστούν και να ανακηρυχθεί μειοδότη η ένωση των εταιρειών μας. Προς διευκόλυνση της

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

εξέτασης του περιεχομένου των ενσωματωμένων στο Υπόμνημά μας αναλυτικών κοστολογικών παραρτημάτων και πινάκων θέτουμε υπόψη σας τα εξής, επεξηγώντας το σύνολο και την δομή αυτών. Παρακάτω θα γίνει αναλυτική αιτιολόγηση ενός μόνο ενδεικτικού μέρους των ομάδων κόστους και των τιμών, που έχουν γίνει στους πίνακες του από 24/9/2019 υπομνήματος, στις βασικές εργασίες του έργου, προς από μέρους σας κατανόηση, της μεθοδολογίας που υποβλήθηκε στην αναθέτουσα αρχή. Οι κατωτέρω ενδείξεις υπό στοιχεία Α.Τ. 1, Α.Τ.2 κλπ στοιχούν προς τα στοιχεία των Πινάκων (Κόστους Εργασίας, Κόστους Υλικών) τα οποία τέθηκαν υπόψη της αναθέτουσας αρχής, με το από 24.09.2019 Υπόμνημα., [...] Από τα παραπάνω προκύπτει ότι μόνο το κόστος υλικών και εργασίας για τις παραπάνω ενδεικτικά απαριθμούμενες εργασίες του προϋπολογισμού, που εκτέθηκαν στο από 24.09.2019 Υπόμνημά μας, ανέρχεται σε : 62.580,00€ + 32.200,00€ + 281.990,00€ + 350.300,00€ + 122.023,63€ + 4.054.789,59€ + 1.724.688,00€ + 3.000.550,00€ = 9.629.121,22€. Οι ως άνω παρουσιαζόμενες εργασίες, αποτελούν μέρος των εργασιών που αναλύονται στο από 24.09.2019 Υπόμνημά μας, και συνιστούν μέρος των απολύτως ανελαστικών κοστολογικά εργασιών. Η άθροιση επί των ανωτέρω εκτεθέντων εργασιών και των λοιπών ομάδων εργασιών που εμφανίζονται στους πίνακες του από 29.09.2019 Υπομνήματος μας, ο οποίος λογίζεται ως αναπόσπαστο μέρος του παρόντος και σας υποβάλλεται ως συνημμένο στην παρούσα, στους οποίους και παραπέμπουμε, αποδεικνύει πλήρως, ότι όλες οι οικονομικές προσφορές των ανωτέρω αναφερθέντων οικονομικών φορέων, ήταν κάτω του κόστους, ζημιογόνες και ασυνήθιστα χαμηλές. Από την άθροιση των λοιπών ομάδων κόστους των πινάκων του από 29.09.2019 Υπομνήματος σε αυτούς που ενδεικτικά - για λόγους οικονομίας χώρου και κατανόησης- παρατέθηκαν ανωτέρω, προκύπτει ότι καμία προσφορά δεν εδύνατο να είναι μικρότερη των 14.500.000 € περίπου, (το προαναφερθέν ποσό δεν περιλαμβάνει ΦΠΑ, δαπάνες αναθεώρησης, απολογιστικών κλπ). Ως εκ τούτου, οι λοιποί διαγωνιζόμενοι όφειλαν, καταρχήν να κληθούν να αιτιολογήσουν τις προσφορές τους και εν συνεχεία να αποκλειστούν από το διαγωνισμό, ένεκα ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών κάτω του κόστους.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει την προσφυγή και αναφέρει ότι «1. «Η αναθέτουσα αρχή διαθέτει μεγάλα περιθώρια εκτίμησης μιας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής, τα οποία ελέγχονται μόνο στο πλαίσιο της

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας» (βλ ΕΛ ΣΥΝ VI Τμήμα 1345/2018, 2028/2017). Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή, υπό την επιφύλαξη της μη υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας, «δεν υποχρεούται να ζητήσει από τον προσφέροντα να αποδείξει την αξιοπιστία της οικονομικής προσφοράς του, και δεν οφείλει να αιτιολογήσει ειδικώς την κρίση της σχετικά με την αποδοχή της προσφοράς της αναδειχθείσας ως μειοδότης εταιρείας ως ικανοποιητικής» (βλ ΕΛ ΣΥΝ VI Τμήμα 3333/2015).

2. Στον Ν 4412/2016 δεν καθορίζεται ένα συγκεκριμένο ποσοστό έκπτωσης πάνω από το οποίο η προσφορά θεωρείται χαμηλή. 3. Όπως προκύπτει από την γραμματική ερμηνεία της διατάξεως του άρθρου 88 του Ν 4412/2016, δεν χρήζουν αιτιολόγησης όλες οι χαμηλές προσφορές, αλλά μόνο οι «ασυνήθιστα χαμηλές». Για τις χαμηλές μεν, πλην όμως όχι ασυνήθιστα, προσφορές δεν ανακύπτει θέμα αιτιολόγησης. Εξ άλλου, είναι αυτονόητο, ότι στα πλαίσια ενός μόνο διαγωνισμού δεν μπορεί να διαμορφωθεί «συνήθεια», έτσι ώστε να κριθεί μεμονωμένα το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς. Αντίθετα, η κρίση περί της ασυνήθιστα μεγάλης απόκλισης από τον προϋπολογισμό διαμορφώνεται και με βάση συγκριτικά στοιχεία που προκύπτουν από άλλους, ανάλογους, διαγωνισμούς (βλ ΕΛ ΣΥΝ VI Τμήμα 1345/2018, πρβλ ΑΕΠΠ 235/2017, σκ 4). 4. Στο πλαίσιο της συγκεκριμένης, υπό ανάθεση, σύμβασης, ως χαμηλή μπορεί να θεωρηθεί μία προσφορά που εμφανίζει ουσιώδη απόκλιση από τον προϋπολογισμό της συμβάσεως (βλ ΑΕΠΠ 133/2019, σκ 28). 5. Λαμβάνονται πάντως ιδιαιτέρως υπόψη τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του δημοπρατούμενου έργου (βλ ΑΕΠΠ 133/2019, σκ 23, βλ και ΔΕΚ Απόφαση 18-12-2014, Υπόθεση C-568/13 *Data Medical Service*, σκ 50, ΕΑ ΣτΕ 197/2015, σκ 8). Όπως έχει κριθεί, τα έργα αποκατάστασης και συντήρησης αστικών και περιφερειακών δικτύων είναι, κατά τεκμήριο, απλά και δεν εμπεριέχουν κατασκευαστικές ιδιαιτερότητες και ιδιομορφίες που θα δικαιολογούσαν ιδιαίτερα αυξημένο κόστος (βλ ΑΕΠΠ 418/2018, σκ 13). 6. Από τα ανωτέρω, προκύπτουν τα εξής: α) Οι προσφορές των τριών πρώτων μειοδοτών (42,7%, 31,57% και 27,05%) δεν είναι, καν, χαμηλές, αφορούν δε σε ένα τεχνικά απλό - σύνηθες έργο οδοποιίας. β) Σε κάθε περίπτωση, ακόμα δηλαδή και αν θα μπορούσαν να θεωρηθούν χαμηλές οι ανωτέρω προσφορές, δεν μπορούν, επ' ουδενί, να κριθούν ως «ασυνήθιστα χαμηλές», όπως προσαπαιτείται για την ενεργοποίηση του άρθρου 88 Ν 4412/2016. Ειδικότερα, η Περιφέρεια ... έχει δημοπρατήσει κατά τα έτη

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

2018-2019, τουλάχιστον 9 αντίστοιχα έργα αποκατάστασης - συντήρησης οδοποιίας, που ανατέθηκαν με, κατά πολύ, υψηλότερες εκπτώσεις (άνω του 25% σε σχέση με την προσφορά του προσωρινού μειοδότη). Συγκεκριμένα, αναφέρονται οι κάτωθι δημοπρασίες:

i. «ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΟΔΙΚΟΥ ΑΞΟΝΑ ... - ... - ... ΕΤΟΥΣ 2018-2019»: Μειοδότησε το μέλος της προδικαστικώς προσφεύγουσας ..., με έκπτωση 65,17%. Οι λοιπές εκπτώσεις ήταν 60,9%, 57,1%, 55,9%, 55,07%, 54% και 52,7%.

ii. «ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΟΔΙΚΩΝ ΤΜΗΜΑΤΩΝ ΣΤΟ ΠΑΡΑΠΛΕΥΡΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΤΟΥ ΑΞΟΝΑ ... ΤΗΣ ...»: Προσφέρθηκαν εκπτώσεις 59,61% και 58,96%,

iii. «ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΟΔΩΝ ΔΗΜΟΥ ...»: Προσφέρθηκαν εκπτώσεις 68,38%, 64,25%, 62,87%, 62% και 61,25%.

iv. «ΑΡΣΗ ΕΠΙΚΙΝΔΥΝΟΤΗΤΑΣ ΚΑΙ ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΑΣΤΟΧΙΩΝ ΣΤΟ ΟΔΟΣΤΡΩΜΑ ΟΔΩΝ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ...»: Προσφέρθηκαν εκπτώσεις 57,47% και 52,53%

v. «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΤΗΣ ... - ... ΚΑΙ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΦΘΟΡΩΝ»: Προσφέρθηκαν εκπτώσεις 70,31%, 63,77%, 63,37%, 63,23%, 58,31%, 58%, 54,77% και 54,77%.

vi. «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΙ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΦΘΟΡΩΝ ΕΠΑΡΧΙΑΚΟΥ ΚΑΙ ΛΟΙΠΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΠΕ ΔΥΤΙΚΗΣ ...»: Προσφέρθηκαν εκπτώσεις 74,37%, 67,63%, 67,07%, 66%, 62,82%, 60,92%, 59,39% και 54,98%.

vii. «ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΣΤΟ ΠΡΩΤΕΥΟΝ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ...»: Προσφέρθηκαν εκπτώσεις 62,7% και 46,8%.

viii. «ΒΕΛΤΙΩΣΗ - ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΟΔΙΚΩΝ ΤΜΗΜΑΤΩΝ ΣΤΟ ΠΑΡΑΠΛΕΥΡΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ΤΗΣ ...»: Προσφέρθηκαν εκπτώσεις 65,76%, 62,49% και 60,63%.

ix. «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΒΛΑΒΩΝ ΚΑΙ ΕΠΕΜΒΑΣΕΙΣ ΤΟΠΙΚΟΥ ΧΑΡΑΚΤΗΡΑ ΣΤΟ ΟΔΙΚΟ ΔΙΚΤΥΟ ...»: Προσφέρθηκαν εκπτώσεις 66,72%, 61,64%, 57,18%, 54,18%, 52,91% και 50,91%.

Αποδεικνύεται δηλαδή, ότι κατά την τελευταία διετία, σε δημοπρασίες ανάλογου αντικειμένου, οι προσφορές τουλάχιστον των δύο πρώτων μειοδοτών ήταν κατά κανόνα μεγαλύτερες του 60% (πλην μίας μεμονωμένης περιπτώσεως, κατά την οποία δεύτερη μειοδότης κατετάγη η ... με έκπτωση 46,8%) στα ίδια δε επίπεδα

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

κυμάνθηκαν και οι προσφορές των υπολοίπων διαγωνιζομένων. Τα αυτά ισχύουν και για τα ανάλογα έργα που δημοπρατήθηκαν από την Περιφέρεια ... κατά τα έτη 2015, 2016 και 2017 και έχουν ήδη αποπερατωθεί έντεχνα και εμπρόθεσμα, σε αρκετές μάλιστα περιπτώσεις το ποσοστό έκπτωσης του πρώτου μειοδότη ξεπέρασε το 70%. Σταθερά υψηλές είναι και οι εκπτώσεις που προσφέρονται σε δημοπρασίες άλλων αναθετουσών αρχών, που αφορούν αντίστοιχα έργα συντήρησης - αποκατάστασης οδοποιίας που εκτελούνται, στο σύνολό τους, σε νησιωτικές περιοχές της Περιφέρειας ..., εκ των οποίων αναφέρονται, ενδεικτικά, οι ακόλουθες: i. «ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ ΝΗΣΟΥ ...»: Δεύτερος μειοδότης ήταν το μέλος της προδικαστικώς προσφεύγουσας ..., με έκπτωση 58,1%. Οι λοιπές εκπτώσεις ήταν 63,1%, και 48,1%. ii. «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ...»: Προσφέρθηκαν εκπτώσεις 61,07%, 57%, 55,14% και 50,93%. iii. «ΟΔΟΠΟΙΑ ΔΗΜΟΥ ... - ...»: Προσφέρθηκαν εκπτώσεις 65,22%, 63,01%, 53,01% και 52%. 7. Κατόπιν τούτων αποδεικνύεται ότι οι αιτιάσεις της προδικαστικώς προσφεύγουσας περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και των τριών οικονομικών φορέων που την υποσκέλισαν (ακόμα και αυτή του τρίτου μειοδότη που προσέφερε μόλις 27,05%) είναι αόριστες (καθόσον προβάλλονται χωρίς αναφορά στα συνήθη ποσοστά εκπτώσεων που προσφέρονται σε ανάλογες δημοπρασίες) και σε κάθε περίπτωση ουσιαστικά αβάσιμες. 1. Η προδικαστικώς προσφεύγουσα αιτιάται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν είναι νόμιμη, διότι, δήθεν, απέστη από την εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, χωρίς την απαιτούμενη ειδική αιτιολογία. 2. Πλην όμως, προκειμένου να υπάρξει απλή γνώμη - εισήγηση η διαφοροποίηση από την οποία να γεννά υποχρέωση ειδικής αιτιολογήσεως, πρέπει το γνωμοδοτών όργανο να καλεί το έχον την αποφασιστική αρμοδιότητα να αποφασίσει προς την μία ή την άλλη κατεύθυνση και συγκεκριμένα, είτε να υιοθετήσει την εισήγηση, είτε και να αποστεί από αυτήν. 3. Εν προκειμένω, η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν γνωμοδότησε περί ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα των υποβληθεισών προσφορών, ούτε και εισηγήθηκε την κίνηση της διαδικασίας αιτιολόγησης (και μάλιστα, για ειδικούς και συγκεκριμένους λόγους). Αντίθετα, επισήμανε, απλώς, το αυτονόητο, ότι δηλαδή, ενόψει και της διάταξης του άρθρου 88 του Ν 4412/2016, παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα, είτε να ζητήσει αιτιολογήσεις, είτε, κατά την κρίση της, να επικυρώσει, άνευ άλλου τινός, το Πρακτικό μειοδοσίας. 4. Επομένως, χωρίς περί του αντιθέτου εισήγηση,

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής δεν έχρηζε ειδικής αιτιολόγησης, όπως, αβασίμως, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. 5. Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 365 παρ 1 Ν 4412/2016, οι διαλαμβανόμενοι στις παρούσες ισχυρισμοί συμπληρώνουν παραδεκτά την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, εξηγούν πλήρως τους λόγους για τους οποίους η αναθέτουσα αρχή άσκησε εντός των άκρων ορίων της την διακριτική της ευχέρεια να μην καλέσει τους διαγωνιζόμενους για δικαιολόγηση των προσφορών τους και καθιστούν άνευ αντικειμένου τις σχετικές αιτιάσεις της προσφεύγουσας. Η προσφεύγουσα διατείνεται ότι προέβαλε ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς σχετικά με τον ασυνήθιστα χαμηλό χαρακτήρα των προσφορών όλων των διαγωνιζομένων που την υποσκέλισαν, οι οποίοι έχρηζαν αιτιολογημένης απαντήσεως. Πλην όμως, αιτιολογημένης απάντησης χρήζουν μόνο οι ισχυρισμοί που προβάλλονται επικαίρως (βλ ΑΕΠΠ 336/2018, σκ 45), ήτοι ενόσω ακόμα δύνανται να εξετασθούν από την αναθέτουσα αρχή με τη νόμιμη διαδικασία, δηλαδή μετά από σχετική εισήγηση του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου - Επιτροπής Διαγωνισμού. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα υπέβαλε, αρχικά, το από 1-8-2019 υπόμνημά της. Όπως εμμέσως πλην σαφώς συνομολογείται στην κρινομένη προσφυγή, αλλά και όπως προκύπτει από απλή ανάγνωσή του, το εν λόγω υπόμνημα δεν διαλάμβανε ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς και ως εκ τούτου δεν έχρηζε εξετάσεως και απαντήσεως. Γι' αυτόν ακριβώς τον λόγο, η προσφεύγουσα υπέβαλε και δεύτερο υπόμνημα, στις 24-9-2019, ήτοι δύο μόλις ημέρες προ της λήψεως της προσβαλλόμενης απόφασης. Όταν όμως υποβλήθηκε το ανωτέρω - δεύτερο υπόμνημα, η Επιτροπή Διαγωνισμού είχε ολοκληρώσει την γνωμοδοτική της αρμοδιότητα και είχε διαβιβάσει το από 13-9-2019 Πρακτικό της προς έγκριση από την Οικονομική Επιτροπή. Επομένως, ακόμα και αν ήθελε γίνει δεκτό (αβάσιμα) ότι το δεύτερο υπόμνημα της προσφεύγουσας συμπεριλάμβανε ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, είναι δεδομένο ότι υποβλήθηκε ανεπικαίρως - απαραδέκτως, καθόσον η Οικονομική Επιτροπή δεν είχε ούτε την πρακτική αλλά ούτε και τη νομική δυνατότητα να εξετάσει πρωτογενώς τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας, άνευ της απαιτούμενης γνωμοδοτήσεως της Επιτροπής Διαγωνισμού. Τυχόν αντίθετη εκδοχή θα συνεπαγόταν δυνατότητα του κάθε διαγωνιζομένου να παρελκύει εσαεί και κατά βούληση την περάτωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, υποβάλλοντας υπομνήματα ακόμα και την προτεραία της συνεδρίασης του

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

αποφασίζοντας οργάνου, υποχρεώνοντας το να αναβάλει την έκδοση της σχετικής πράξης, να τα παραπέμψει στην Επιτροπή Διαγωνισμού προκειμένου να γνωμοδοτήσει επ' αυτών και εν συνεχεία να αποφανθεί αιτιολογημένα, υπό την προϋπόθεση ότι εν τω μεταξύ δεν έχει υποβληθεί και άλλο υπόμνημα χρήζον και αυτό εξετάσεως και αιτιολογημένης απαντήσεως. Μία τέτοια εκδοχή θα αντιστρατευόταν ευθέως το δημόσιο συμφέρον που επιβάλλει την ταχεία περαίωση των δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών, ενόψει της οποίας τίθενται νομίμως εκποδών ακόμα και συνταγματικώς κατοχυρωμένα δικαιώματα όπως αυτό της προηγούμενης ακρόασης (βλ ΣτΕ 1392/2016, 1822/2010, Διοικ Εφ Πατρών Α7/2018). Συνεπώς, προεχόντως γι' αυτόν τον λόγο οι ανεπικαίρως προβληθέντες ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν έχρηζαν αιτιολογημένης απαντήσεως. Σε κάθε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι δια των υπομνημάτων της προσφεύγουσας ισχυρισμοί δεν είναι ούτε ειδικοί, ούτε συγκεκριμένοι, αλλά αντιθέτως τυγχάνουν αόριστοι και, ιδίως, ατεκμηρίωτοι. Το γεγονός ότι η προσφεύγουσα προσέφερε έκπτωση κατά πολύ μικρότερη σε σχέση με τον προσωρινό ανάδοχο δεν καθιστά από μόνο του την προσφορά του τελευταίου ως ασυνήθιστα χαμηλή. Οι ισχυρισμοί της αιτούσας δεν συνοδεύονται από συγκεκριμένα στοιχεία για τις αγοραίες τιμές τις οποίες επικαλείται, οι οποίες, επομένως, εμφανίζονται απολύτως αυθαίρετες και ατεκμηρίωτες (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 309/2016). Ως εκ τούτου, οι προβληθέντες ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν παρίστανται ουσιώδεις, διότι στηρίζονται σε αναπόδεικτους και ως εκ τούτου αυθαίρετους υπολογισμούς (ΕΑ ΣτΕ 127/2009) και, συνεπώς, δεν γεννούν καν υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να τους απαντήσει (ΕΑ ΣτΕ 132/2016). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει: α) Τις υποκειμενικές της εκτιμήσεις σχετικά με την κοστολόγηση του έργου, οι οποίες όμως (και ακριβείς υποτιθέμενες) αφορούν στις δικές της δυνατότητες και ικανότητες και ουδέν σημαίνουν αναφορικά με τις ευνοϊκές συνθήκες που τυχόν επιτρέπουν την οικονομικότερη εκτέλεση της εργολαβίας από τους άλλους μειοδότες. β) Την σύγκριση του δικού της κοστολογίου με τις τιμές του προϋπολογισμού, η οποία όμως ουδέν σημαίνει, καθόσον «στο πλαίσιο ενός μειοδοτικού διαγωνισμού οι τιμές αυτές είναι εξ ορισμού δεκτικές εκπτώσεως» (βλ ΑΕΠΠ 133/2019, σκ 48). γ) Προσφορές που έχει λάβει για μικρό μέρος των προβλεπόμενων εργασιών, χωρίς όμως να αποδεικνύει ότι θα ήταν αδύνατη η επίτευξη καλύτερων προσφορών από τους λοιπούς μειοδότες (βλ ΑΕΠΠ 133/2019, σκ 44). δ) Το

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

μεγάλο μέγεθος του έργου, καίτοι το μεγαλύτερο μέγεθος έργων δημιουργεί, κατά την κοινή πείρα, καλύτερες τεχνοοικονομικές συνθήκες κλίμακος (χαμηλότερο κόστος - κλασική θεωρία οικονομίας κλίμακας). ε) Τις υποτιθέμενες κατασκευαστικές ιδιαιτερότητες οι οποίες όμως αντιμετωπίστηκαν με τις αυξημένες προϋποθέσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που προβλέπονται από την διακήρυξη, οι οποίες κατά τεκμήριο πληρούνται από όλους τους διαγωνιζομένους που υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές. Εκ περισσού επισημαίνονται και τα ακόλουθα που καταδεικνύουν, άνευ άλλου τινός, το γεγονός ότι η διακριτική ευχέρεια της μη κίνησης της διαδικασίας αιτιολογήσεων ασκήθηκε εντός των άκρων ορίων αυτής: Μεταξύ της προσφοράς της προσφεύγουσας και των προσφορών των λοιπών μειοδοτών υφίσταται ικανή διαφορά οικονομικού αντικειμένου, με αποτέλεσμα να καθίσταται απαγορευτική από την άποψη του δημοσίου συμφέροντος κάθε σκέψη περί αποκλεισμού όλων των διαγωνιζομένων πλην ενός.»

11. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αντικρούει επίσης την προσφυγή και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «[...] στον Ν 4412/2016 δεν καθορίζεται ένα συγκεκριμένο ποσοστό έκπτωσης πάνω από το οποίο η προσφορά θεωρείται χαμηλή. Πάντως, από την σχετική νομολογία φαίνεται να προκύπτει, ότι προσφορές που υπολείπονται του 50% δεν μπορούν (κατ' αρχάς) να θεωρηθούν ως παρέχουσες ένδειξη περί του ότι τυγχάνουν ασυνήθιστα χαμηλές, έτσι ώστε να τίθεται ζήτημα περί υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής να αποφασίσει (χωρίς υποχρέωση ειδικής αιτιολογίας) την μη προσφυγή στην διαδικασία της αιτιολόγησης (βλ και Δ Ράικο/Ε Βλάχου/Ε Σαββίδη, «Δημόσιες Συμβάσεις - Ν 4412/2016», έκδοση 2018, 1ος τόμος, άρθρο 88-89, σελίδα 858). Εν προκειμένω, οι εκπτώσεις των τριών πρώτων μειοδοτών (42,7%, 31,57% και 27,05%) δεν φαίνονται, ενόψει και των διδαγμάτων της κοινής πείρας (τόσο από όλους, γενικά τους διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων έργων, όσο και από ανάλογες δημοπρασίες συντήρησης έργων οδοποιίας, όπου, κατά κανόνα, προσφέρονται ποσοστά εκπτώσεων άνω του 60%) ως ασυνήθιστα χαμηλές. Για την ακρίβεια, συμβαίνει το ακριβώς αντίθετο. Τούτο ισχύει, κατά μείζονα λόγο, όσον αφορά στην έκπτωση του τρίτου μειοδότη (27,05%), η οποία θα δικαιολογούσε, ενδεχομένως, την εφαρμογή του άρθρου 106 παρ 2 περ δ' Ν 4412/2016 και εν ουδεμία περιπτώσει θα στοιχειοθετούσε περίπτωση προσφυγής στην διαδικασία των αιτιολογήσεων. Πλην όμως,

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

προκειμένου να θεωρηθεί ότι η προδικαστική προσφυγή ασκείται παραδεκτά - ήτοι με έννομο συμφέρον, θα πρέπει, τυχόν ευδοκίμησή της, να παρέχει στον προσφεύγοντα την προσδοκία σύναψης της δημοπρατούμενης σύμβασης (βλ άρθρο 360 παρ 1 Ν 4412/2016). Σε διαφορετική περίπτωση, αν δηλαδή η ακύρωση της πράξης δεν κατατείνει στην ανάθεση της σύμβασης στον προσφεύγοντα, αλλά σε τρίτο οικονομικό φορέα, δεν υφίσταται το απαιτούμενο προσωπικό έννομο συμφέρον. Στην συγκεκριμένη περίπτωση η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των προσφορών και των τριών εργοληπτικών επιχειρήσεων που την υποσκέλισαν, τις οποίες θεωρεί, στο σύνολό τους, ασυνήθιστα χαμηλές. Μόνο αν και οι τρεις αυτές προσφορές θεωρηθούν ως ασυνήθιστα χαμηλές και υπό την προϋπόθεση ότι ουδείς εκ των διαγωνιζομένων που τις υπέβαλαν θα μπορέσει να τις δικαιολογήσει επαρκώς, δύναται να ελπίζει η προσφεύγουσα ότι θα αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης. Έστω όμως και αν ήθελε (αβασίμως) υποτεθεί ότι οι προσφορές του πρώτου και του δεύτερου μειοδότη είναι τόσο χαμηλές έτσι ώστε η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να μην ζητήσει την αιτιολόγησή τους, αντίκειται στα διδάγματα της κοινής πείρας, είναι απολύτως βέβαιο ότι δεν μπορεί (έστω και κατά διάνοια) να θεωρηθεί το ίδιο για την προσφορά του τρίτου μειοδότη, η οποία, άλλωστε, ελάχιστα απέχει από την έκπτωση της προσφεύγουσας. Δηλαδή, η προσφορά ενός τουλάχιστον εκ των διαγωνιζομένων που υποσκέλισαν την προσφεύγουσα, είναι τόσο χαμηλή έτσι ώστε να παρίσταται αδιανόητη κάθε σκέψη περί υπέρβασης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής της σχετικής, ευρύτατης, διακριτικής της ευχέρειας, ήτοι να καταστήσει την απόφασή της να μην προσφύγει στην διαδικασία του άρθρου 88 Ν 4412/2016 αντίθετη στα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής. Συνεπώς, αυτό που μπορεί στην καλύτερη, γι' αυτήν, περίπτωση να επιτύχει η προσφεύγουσα είναι η ενδεχόμενη (μετά από αιτιολόγηση που θα κριθεί ελλιπής) απόρριψη των προσφορών των δύο πρώτων μειοδοτών και η ανακήρυξη του τρίτου μειοδότη ως προσωρινού αναδόχου. Από τα ανωτέρω προκύπτει, κατά την άποψή μου, ότι η υπό κρίση προσφυγή είναι απορριπτέα, προεχόντως, ως απαράδεκτη. Όπως προκύπτει από την γραμματική ερμηνεία της διατάξεως του άρθρου 88 του Ν 4412/2016, δεν χρήζουν αιτιολόγησης όλες οι χαμηλές προσφορές, αλλά μόνο οι «ασυνήθιστα χαμηλές». Για τις χαμηλές μεν, πλην όμως όχι ασυνήθιστα, προσφορές (δηλαδή για τις συνηθισμένα χαμηλές προσφορές) δεν ανακύπτει θέμα αιτιολόγησης. Για την διαμόρφωση της κρίσης

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

περί του αν πρόκειται περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, λαμβάνονται, ιδίως, υπόψη τα ακόλουθα: α) Συγκριτικά στοιχεία που προκύπτουν από άλλους, ανάλογους, διαγωνισμούς (βλ Ελ Συν VI Τμήμα 1325/2019, 1345/2018, πρβλ ΑΕΠΠ 235/2017, σκ 4), καθόσον, είναι αυτονόητο, ότι στα πλαίσια ενός μόνο διαγωνισμού δεν μπορεί να διαμορφωθεί «συνήθεια», έτσι ώστε να κριθεί μεμονωμένα το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς. β) Τυχόν ουσιώδης απόκλιση από τον μέσο όρο των υποβληθεισών παραδεκτών προσφορών και από τον προϋπολογισμό δημοπράτησης (βλ ΑΕΠΠ 133/2019, σκ 28). Αν δεν υφίσταται τέτοια περίπτωση, η προσφορά δεν μπορεί, καν, να χαρακτηριστεί ως χαμηλή (πολλώ δε μάλλον ως ασυνήθιστα χαμηλή, ως απαιτείται). γ) Τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του δημοπρατούμενου έργου (βλ ΑΕΠΠ 133/2019, σκ 23, βλ και ΔΕΚ Απόφαση 18-12-2014, Υπόθεση C-568/13 Data Medical Service, σκ 50, ΕΑ ΣτΕ 197/2015, σκ 8). Στην κρινομένη περίπτωση, άπαντα τα, σύμφωνα με τα ανωτέρω, συνεκτιμώμενα στοιχεία καθιστούν αδιαμφισβήτητο ότι δεν πρόκειται περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών. Ειδικότερα: α) Οι προσφορές των τριών πρώτων μειοδοτών (42,7%, 31,57% και 27,05%) δεν είναι, καν, χαμηλές. Υπολείπονται κατά πολύ του προϋπολογισμού δημοπράτησης, αλλά και του μέσου όρου των προσφερθεισών εκπτώσεων (ιδίως αν εξαιρεθεί η ασυνήθιστα χαμηλή έκπτωση του τέταρτου και τελευταίου μειοδότη). β) Οι προσφερθείσες (χαμηλές) εκπτώσεις αφορούν σε ένα τεχνικά απλό - σύνηθες έργο οδοποιίας. Όπως έχει κριθεί, τα έργα αποκατάστασης και συντήρησης αστικών και περιφερειακών δικτύων είναι, κατά τεκμήριο, απλά και δεν εμπεριέχουν κατασκευαστικές ιδιαιτερότητες και ιδιομορφίες που θα δικαιολογούσαν ιδιαίτερα αυξημένο κόστος (βλ ΑΕΠΠ 418/2018, σκ 13). γ) Σε κάθε περίπτωση, ακόμα δηλαδή και αν θα μπορούσαν να θεωρηθούν χαμηλές οι ανωτέρω προσφορές, δεν μπορούν, επ' ουδενί, να κριθούν ως «ασυνήθιστα χαμηλές», όπως προσαπαιτείται για την ενεργοποίηση του άρθρου 88 Ν 4412/2016. Ειδικότερα, η Περιφέρεια ... έχει δημοπρατήσει κατά τα έτη 2018-2019, τουλάχιστον 9 αντίστοιχα έργα αποκατάστασης - συντήρησης οδοποιίας, που ανατέθηκαν με, κατά πολύ, υψηλότερες εκπτώσεις (άνω του 25% σε σχέση με την προσφορά μου). Συγκεκριμένα, αναφέρονται οι κάτωθι δημοπρασίες:[...] Αποδεικνύεται δηλαδή, ότι κατά την τελευταία διετία, σε δημοπρασίες ανάλογου αντικειμένου, οι προσφορές τουλάχιστον των δύο πρώτων μειοδοτών ήταν κατά κανόνα μεγαλύτερες του 60% (πλην μίας μεμονωμένης περιπτώσεως, κατά την οποία

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

δεύτερη μειοδότης κατετάγη η εταιρία ... - μέλος της προσφεύγουσας, με έκπτωση 46,8%) στα ίδια δε επίπεδα κυμάνθηκαν και οι προσφορές των υπολοίπων διαγωνιζομένων. Τα αυτά ισχύουν και για τα ανάλογα έργα που δημοπρατήθηκαν από την Περιφέρεια ... κατά τα έτη 2015, 2016 και 2017 και έχουν ήδη αποπερατωθεί έντεχνα και εμπρόθεσμα, σε αρκετές μάλιστα περιπτώσεις το ποσοστό έκπτωσης του πρώτου μειοδότη ξεπέρασε το 70%. Επισυνάπτω στην παρούσα πίνακα με 41 αντίστοιχα έργα συντήρησης - αποκατάστασης οδοποιίας που δημοπράτησε η Περιφέρεια ... από 1-1-2015 έως και σήμερα, εκ του οποίου προκύπτει ότι εν ουδεμία περίπτωση η έκπτωση του πρώτου μειοδότη ήταν χαμηλότερη του 60%. Σταθερά υψηλές είναι και οι εκπτώσεις που προσφέρονται σε δημοπρασίες άλλων αναθετουσών αρχών, που αφορούν αντίστοιχα έργα συντήρησης - αποκατάστασης οδοποιίας που εκτελούνται, στο σύνολό τους, σε νησιωτικές περιοχές της Περιφέρειας ..., εκ των οποίων αναφέρονται, ενδεικτικά, οι ακόλουθες [...] Κατόπιν τούτων αποδεικνύεται ότι οι αιτιάσεις της προδικαστικώς προσφεύγουσας περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και των τριών οικονομικών φορέων που την υποσκέλισαν (ακόμα και αυτής του τρίτου μειοδότη που προσέφερε μόλις 27,05%) είναι αόριστες (καθόσον προβάλλονται χωρίς αναφορά στα συνήθη ποσοστά εκπτώσεων που προσφέρονται σε ανάλογες δημοπρασίες) και σε κάθε περίπτωση ουσιαστικά αβάσιμες. Προκύπτει δηλαδή, ότι η αναθέτουσα αρχή ουδόλως υπερέβη τα άκρα όρια της ευρύτατης διακριτικής της ευχέρειας να μην προσφύγει στην διαδικασία του άρθρου 88 Ν 4412/2016. Στο πλαίσιο του προκείμενου ελέγχου νομιμότητας, δεν εξετάζεται η ουσία της υπόθεσης, αλλά η πληρότητα της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης. Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι για διάφορους λόγους (μη αιτιολόγηση της απόρριψης εισήγησης, μη απάντηση σε συγκεκριμένους ισχυρισμούς κλπ) η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα ως αναιτιολόγητη.

Είναι αδιαμφισβήτητο το ότι, όπως ρητώς προβλέπεται από την διάταξη του άρθρου 365 παρ 1 Ν 4412/2016 (βλ και ΑΕΠΠ 83/2018, σκ 20), οι τυχόν ελλείψεις της αιτιολογίας της απόφασης της αναθέτουσας αρχής ή ακόμα και η παντελής απουσία αυτής (αιτιολογίας), θεραπεύονται από την (αρχική ή συμπληρωματική) αιτιολόγηση που διαλαμβάνεται στις απόψεις που κατατίθενται ενώπιον της ΑΕΠΠ. Συνεπώς, ακόμα και αν υποτεθεί ότι η προσβαλλόμενη απόφαση έχρηζε ειδικής αιτιολογίας που δεν διαλαμβάνεται στο σώμα της (quod

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

νον), δοθείσης της πληρέστατης αιτιολογίας που διαλαμβάνεται στις σχετικές απόψεις της Περιφέρειας ..., οι επίμαχοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι, καθόσον κατέστησαν άνευ αντικειμένου. Στους δημόσιους διαγωνισμούς αποφασίζουν και γνωμοδοτούν μόνο τα όργανα που προβλέπονται από τις σχετικές διατάξεις του Νόμου και της διακήρυξης και απαγορεύεται η προσφυγή στην διαδικασία της οικειοθελούς γνωμοδότησης. Όπως, παγίως, νομολογείται «από τις διατάξεις του Νόμου και της διακήρυξης, που διέπουν τον επίδικο διαγωνισμό, προκύπτει ότι η Επιτροπή του Διαγωνισμού είναι το αποκλειστικά αρμόδιο όργανο να γνωμοδοτήσει επί των δεμάτων που ανακύπτουν ενώπιον της Προϊσταμένης Αρχής. Ως εκ τούτου δεν επιτρέπεται η Προϊσταμένη Αρχή, προκειμένου να αποφασίσει να λάβει την γνώμη άλλου οργάνου (Διευθύνουσας Υπηρεσίας) και να στηρίξει την κρίση της σ' αυτήν. Εξ άλλου, η διάταξη του άρθρου 20 παρ 3 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, η οποία ορίζει ότι το αρμόδιο για την έκδοση διοικητικής πράξης όργανο μπορεί να ζητήσει τη γνώμη άλλου οργάνου οικειοθελώς, δεν αφορά περιπτώσεις, όπως η επίδικη, στις οποίες στα πλαίσια ειδικώς οριζόμενης από τις οικείες διατάξεις διαδικασίας προβλέπεται για την έκδοση μιας πράξης η διατύπωση γνώμης συγκεκριμένου οργάνου. Με τα πιο πάνω δεδομένα και αφού η Οικονομική Επιτροπή έλαβε υπόψη και υιοθέτησε αναρμοδίως διατυπωθείσα γνώμη, πιθανολογείται σοβαρά ότι δεν είναι νόμιμη η απόφασή της» (βλ Διοικητικό Εφετείο Πατρών 51/2012, βλ. και ad hoc ΣτΕ 1109/2009, 597/2008, 338/2006, 1604/2005, 3077/1999). Συνεπώς, ειδικής αιτιολόγησης χρήζει η απόφαση της αναθέτουσας αρχής μόνο όταν αυτή αφίσταται της (απλής) γνωμοδότησεως αρμοδίου οργάνου. Αντίθετα, οι γνωμοδοτήσεις, εισηγήσεις κλπ αναρμοδίων οργάνων, δεν υποχρεώνουν σε απάντηση. 2. Εξ άλλου, προκειμένου να υπάρξει απλή γνώμη - εισήγηση, η διαφοροποίηση από την οποία να γεννά υποχρέωση ειδικής αιτιολογήσεως, πρέπει το γνωμοδοτών όργανο να καλεί το έχον την αποφασιστική αρμοδιότητα να αποφασίσει προς την μία ή την άλλη κατεύθυνση και συγκεκριμένα, είτε να υιοθετήσει την εισήγηση, είτε και να αποστεί από αυτήν. Εν προκειμένω, σύμφωνα με το άρθρο 4.1. της σχετικής διακήρυξης (βλ και άρθρο 221 Ν 4412/2016), η Επιτροπή Διαγωνισμού είναι αποκλειστικά αρμόδια για την αξιολόγηση των προσφορών, ήτοι για να γνωμοδοτήσει ποιες από αυτές είναι παραδεκτές και ποιες απαράδεκτες, καθώς επίσης και για το αν προκύπτει θέμα αιτιολόγησης έτσι ώστε εν συνεχεία να

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

απορριφθούν (ως απαράδεκτες) οι προσφορές που δεν δικαιολογήθηκαν επαρκώς. Αντίθετα, σύμφωνα με το άρθρο 1.5. της διακήρυξης, η Διεύθυνση Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών έχει την ιδιότητα της Διευθύνουσας Υπηρεσίας, έχει δηλαδή αρμοδιότητες που αφορούν στην εκτέλεση του έργου και δεν δικαιούται οιασδήποτε αναμίξεως στην διαγωνιστική διαδικασία ανάδειξης του αναδόχου. Η προσφεύγουσα αιτιάται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα διότι δεν διαλαμβάνει ειδική αιτιολόγηση περί της απόρριψης της (δήθεν) εισήγησης που εμπεριέχεται στο υπ' αριθ πρωτ .../13-9-2019 έγγραφο της Διεύθυνσης Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών, δια του οποίου διαβιβάστηκε στην Οικονομική Επιτροπή το από 24-7-2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού. Η υπόψη αιτίαση είναι αβάσιμη και απορριπτέα διότι:

α) Η Διεύθυνση Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών δεν δικαιούτο να εκφέρει (απλή) γνώμη επί οιασδήποτε θέματος της διαγωνιστικής διαδικασίας και αντιστοίχως η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούτο να αποφανθεί επί των οιασδήποτε απόψεων της (αντιθέτως, υποχρεούτο να μην τις λάβει υπόψη της),

β) Η ανωτέρω υπηρεσία δεν γνωμοδότησε περί ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα των υποβληθεισών προσφορών, ούτε και εισηγήθηκε την κίνηση της διαδικασίας αιτιολόγησης (και μάλιστα, για ειδικούς και συγκεκριμένους λόγους). Αντίθετα, επισήμανε, απλώς, το αυτονόητο, ότι δηλαδή, ενόψει και της διάταξης του άρθρου 88 του Ν 4412/2016, παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα, είτε να ζητήσει αιτιολογήσεις, όπως είχε αιτηθεί η προσφεύγουσα, είτε, κατά την κρίση της, να επικυρώσει, άνευ άλλου τινός, το Πρακτικό μειοδοσίας, γ) Σε κάθε περίπτωση, στις έγγραφες απόψεις της αναθέτουσας αρχής ενώπιον Σας, διαλαμβάνεται πλήρης και εμπειριστατωμένη αιτιολόγηση της αποφάσεώς της να μην προσφύγει στην διαδικασία δικαιολόγησης των προσφορών. Η προσφεύγουσα υπέβαλε, διαδοχικά, δύο υπομνήματα. Το πρώτο υποβλήθηκε την 1η-8-2019 και ήταν παντελώς αόριστο και, ιδίως, δεν συνοδευόταν από την οιαδήποτε τεκμηρίωση. Συγκεκριμένα, στο εν λόγω υπόμνημα (το οποίο, πάντως, στρέφεται μόνο κατά της δικής μου προσφοράς). διαλαμβάνονται τα ακόλουθα: α) Ότι η προσφορά του πρώτου μειοδότη διαφέρει κατά 11,13% από την προσφορά του δεύτερου και κατά 20,47% της προσφορά της προσφεύγουσας (ουδέν διαλαμβάνεται σχετικά με την έκπτωση του τρίτου μειοδότη), β) Ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να απαντά στους ισχυρισμούς προσφερόντων περί ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα των προσφορών των

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

διαγωνιζομένων που τον υποσκέλισαν, εφόσον αυτοί (ισχυρισμοί) είναι ειδικοί και συγκεκριμένοι, γ) Ότι το κόστος εκτέλεσης του έργου ανέρχεται «περίπου», στα ποσά που (ατεκμηρίωτα) αναφέρονται. δ) Ότι από τα ποσά που αναφέρονται κατά προσέγγιση, προκύπτει πως η προσφορά της προσφεύγουσας «διαμορφώνεται μέσα σε απολύτως λογικά πλαίσια και εγγυάται την άρτια και έντεχνη κατασκευή του έργου», γεγονός που (υποτίθεται ότι) συνεπάγεται πως οι προσφορές όλων των υπολοίπων διαγωνιζομένων είναι ασυνήθιστα χαμηλές!!! Αφού εκφράσω την απορία μου για το γεγονός ότι η Διεύθυνση Διαχείρισης Μητροπολιτικών Υποδομών (η οποία, στις 13-9-2019, οπότε και διαβίβασε το Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού είχε υπόψη της μόνο το ανωτέρω υπόμνημα) «καταδέχθηκε», έστω και αναρμοδίως, να ασχοληθεί με τέτοιους ισχυρισμούς, επισημαίνω το αυτονόητο, ότι δηλαδή οι προαναφερόμενες, αόριστες και αναπόδεικτες αιτιάσεις (με βάση τις οποίες συμπεραίνεται ότι αν η προσφορά ενός μειοδότη είναι συμφέρουσα, όλες οι υπόλοιπες τυγχάνουν *ipso facto* ασυνήθιστα χαμηλές) δεν υποχρεώνουν σε αιτιολογημένη απάντηση. Τούτο άλλωστε, συνομολογήθηκε, εμμέσως πλην σαφώς (εμπράκτως), και από την προσφεύγουσα, η οποία, λόγω της πρόδηλης αοριστίας του αρχικού υπομνήματος, αισθάνθηκε την ανάγκη να υποβάλει και δεύτερο. Το δεύτερο εκ των ανωτέρω υπομνημάτων υποβλήθηκε στις 24-9-2019 και ήταν, ομοίως, παντελώς αόριστο και ατεκμηρίωτο. Ειδικότερα, από απλή ανάγνωση του ανωτέρω υπομνήματος προκύπτουν τα εξής: α) Επαναλαμβάνεται ο, παράδοξος, ισχυρισμός περί του ότι αφού η προσφορά της προσφεύγουσας είναι συμφέρουσα (γεγονός μάλλον αναμενόμενο ενόψει της υπερβολικά χαμηλής εκπτώσεώς της) συνάγεται ότι οι προσφορές όλων των υπολοίπων διαγωνιζομένων (ακόμα και αυτού που προσέφερε παραπλήσιο ποσοστό έκπτωσης) είναι ζημιογόνες και χρήζουν αιτιολόγησης!!! β) Αναφέρονται ισχυρισμοί για τα γενικά έξοδα (με βάση Εγκύκλιο η οποία αφορά στον τρόπο κατάρτισης των προϋπολογισμών δημοπράτησης), το κόστος των υλικών (χωρίς να επισυνάπτεται έστω και μία προσφορά τρίτου προμηθευτή προς τεκμηρίωσή του) και το κόστος εργασίας (χωρίς, καν, χρονοδιάγραμμα), γ) Μετά ταύτα, και αφού προστέθηκε και ποσοστό κέρδους 3%, συμπεραίνεται ότι, σύμφωνα με την προσφεύγουσα, το συνολικό κόστος του έργου ανέρχεται σε 14.501.528,6 ευρώ. Δηλαδή, σε σχέση με το πρώτο, συνομολογουμένως, αόριστο υπόμνημα, προστέθηκε απλώς η αυθαίρετη κοστολόγηση του έργου από την

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

προσφεύγουσα, με βάση τις δικές της εκτιμήσεις, τους δικούς της υπολογισμούς και τις δικές της δυνατότητες. Διερωτώμαι (ρητορικώς) περί του τι θα μπορούσε να απαντήσει σε όλα αυτά η αναθέτουσα αρχή. Το δικό της καθήκον εξαντλείται στην διαμόρφωση των τιμών του προϋπολογισμού δημοπράτησης, οι οποίες, φυσικά - εξ ορισμού, επιδέχονται εκπτώσεων και όχι, βέβαια, στην εκ νέου κοστολόγηση του έργου, με βάση τις υποκειμενικές δυνατότητες και εκτιμήσεις των διαγωνιζομένων. Συνεπώς, ουδέν εκ των (αορίστων) υπομνημάτων της προσφεύγουσας έχρηζε αιτιολογημένης απάντησης. Σε κάθε περίπτωση, ειδικά το δεύτερο (από 24-9-2019) υπόμνημα της προσφεύγουσας (πέραν της αοριστίας του) δεν έχρηζε απαντήσεως και για έναν ακόμα, πρόσθετο, λόγο και συγκεκριμένα διότι υποβλήθηκε απαραδέκτως. Ειδικότερα, όπως γίνεται δεκτό, οι τυχόν ειδικοί και συγκεκριμένοι ισχυρισμοί περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών πρέπει (προκειμένου να τύχουν απαντήσεως) να προβάλλονται προσηκόντως ενώπιον της αναθέτουσας αρχής (βλ ΑΕΠΠ 336/2018, σκ 45). Στοιχείο της προσήκουσας προβολής είναι, κατά την άποψή μου, και το επίκαιρο αυτής. Πρέπει δηλαδή οι εν λόγω ισχυρισμοί να προβάλλονται σε χρονικό σημείο κατά το οποίο είναι δυνατό να επιληφθούν αυτών τόσο τα γνωμοδοτικά, όσο και τα αποφασιστικά όργανα της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ισχυρισμοί που προβάλλονται ανεπικαίρως και ιδίως όταν η Επιτροπή Διαγωνισμού έχει ήδη εξαντλήσει την γνωμοδοτική της αρμοδιότητα και έχει συντάξει το σχετικό Πρακτικό, το οποίο, μάλιστα, έχει ήδη διαβιβαστεί, προς έγκριση, στο αποφασίζον όργανο, τυγχάνουν απορριπτέοι, άνευ άλλου τινός, ως απαράδεκτοι και δεν χρήζουν απαντήσεως. Εν προκειμένω είναι προφανές ότι η προβολή ισχυρισμών περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών: α) 11 ημέρες μετά από την διαβίβαση στο αποφασίζον όργανο της σχετικής γνωμοδότησης, β) 1 ημέρα μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την συνεδρίαση του αποφασίζοντος οργάνου και γ) 1 ημέρα πριν συνεδριάσει η Οικονομική Επιτροπή για να ανακηρύξει τον προσωρινό μειοδότη, τυγχάνει, προδήλως, ανεπίκαιρη και μη εξεταστέα. Ακόμα όμως και αν ήθελε (αβασίμως) θεωρηθεί ότι δεν τίθεται χρονικός περιορισμός ως προς την προβολή ισχυρισμών περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ότι δηλαδή ο διαγωνιζόμενος δικαιούται, κατ' αρχάς, να τους προβάλει οποτεδήποτε επιθυμεί, είναι βέβαιο ότι το υπόψη (υποτιθέμενο) δικαίωμα ελέγχεται από την άποψη της καταχρηστικής ασκήσεώς του. Ειδικότερα, όπως προβλέπεται από την διάταξη του άρθρου 25 παρ 3 του

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

Συντάγματος, απαγορεύεται η εκ μέρους των διοικουμένων καταχρηστική άσκηση των δικαιωμάτων τους (ακόμα και αν αυτά παρέχονται από αναγκαστικού δικαίου διατάξεις, βλ Α Τάχο, όπ, σελ 480). Σε περίπτωση καταχρηστικής ασκήσεως επέρχεται αποδυνάμωση του δικαιώματος στην συγκεκριμένη περίπτωση (βλ Π Δαγτόγλου «Συνταγματικό Δίκαιο & Ατομικά Δικαιώματα», 4η έκδοση/2012, σελ 138 επ). Έτσι, είναι προφανές, ότι αν γινόταν δεκτό πως κάθε διαγωνιζόμενος δύναται οποτεδήποτε, χωρίς περιορισμό, να προβάλλει ισχυρισμούς περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, θα προέκυπταν άτοπα αποτελέσματα, που θα αντιστρατεύονταν ευθέως τον σκοπό δημοσίου συμφέροντος για ταχεία περαίωση των δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών, προς εξυπηρέτηση του οποίου εξοβελίζονται, θεμιτώς, ακόμα και συνταγματικώς κατοχυρωμένα δικαιώματα όπως αυτό της προηγούμενης ακρόασης (βλ ΣΤΕ 1392/2016, 1822/2010, Διοικ Εφ Πατρών Α7/2018). Πράγματι, μία τέτοια εκδοχή θα συνεπαγόταν δυνατότητα του κάθε διαγωνιζομένου να παρελκύει, εσαεί και κατά βούληση, την περάτωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, υποβάλλοντας υπομνήματα ακόμα και την προτεραία της συνεδρίασης του αποφασίζοντος οργάνου, υποχρεώνοντας το να αναβάλει την έκδοση της σχετικής πράξης, να τα παραπέμψει στην Επιτροπή Διαγωνισμού προκειμένου να γνωμοδοτήσει επ' αυτών και εν συνεχεία να αποφανθεί αιτιολογημένα, υπό την προϋπόθεση ότι εν τω μεταξύ δεν έχει υποβληθεί και άλλο υπόμνημα χρήζον και αυτό εξετάσεως και αιτιολογημένης απαντήσεως κοκ. Επομένως, το υπόψη, δεύτερο, υπόμνημα της προσφεύγουσας δεν έχρηζε απαντήσεως και λόγω της καταχρηστικής ασκήσεως του (υποτιθέμενου) δικαιώματος της να το υποβάλει, μία μόλις ημέρα πριν από την συνεδρίαση της Οικονομικής Επιτροπής και ενώ τα στοιχεία των προσφορών των άλλων διαγωνιζομένων ήταν ήδη γνωστά από τις 17-7-2019 (ημερομηνία αποσφράγισης). 1. Σύμφωνα με τα προαναφερόμενα , μόνο τα υπομνήματα που υπέβαλε η προσφεύγουσα ενώπιον της αναθέτουσας αρχής έχουν σημασία, ενώ οι ισχυρισμοί που αυτή προβάλλει για πρώτη φορά ενώπιον της ΑΕΠΠ και τα αποδεικτικά μέσα που, επίσης το πρώτον, επικαλείται δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη κατά τον προκείμενο έλεγχο νομιμότητας της προσβαλλόμενης απόφασης (βλ ΑΕΠΠ 336/2018). Πράγματι, «ο χαρακτηρισμός της προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής ή όχι αποτελεί εξειδίκευση του περιεχομένου αξιολογικής έννοιας, κρίση που εκφέρει η διοίκηση κατά διακριτική ευχέρεια, δηλαδή ζήτημα ως προς το οποίο είναι αναγκαία η παρέμβαση της

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

αναθέτουσας αρχής και το οποίο δεν μπορεί να εξετασθεί πρωτοτύπως από το Δικαστήριο (ή την ΑΕΠΠ)» (βλ Ε Πρεβεδούρου «Η Έκταση Ελέγχου του Δικαστή των Ασφαλιστικών Μέτρων», ΘΠΔΔ 11/2012, σελ7). Ακόμα όμως και αν οι όψιμοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ήταν εξεταστέοι (quod non) και πάλι θα έπρεπε να απορριφθούν ως αόριστοι και αβάσιμοι (νόμω και ουσία). Συγκεκριμένα, εφόσον, ως εν προκειμένω, οι προσφορές δεν παρίστανται *prima facie* ως ασυνήθιστα χαμηλές (βλ Ελ Συν VI Τμήμα), ο προβάλλων αντίθετους ισχυρισμούς «οφείλει να επικαλεσθεί συγκεκριμένα στοιχεία που αποδεικνύουν, επαρκώς και ορισμένως, σε συγκριτικό επίπεδο, την υποκοστολόγηση εκ μέρους των συνυποψήφιων του» (βλ ΑΕΠΠ 573/2018, σκ 20). Επιπροσθέτως (πέραν της επικλήσεως συγκεκριμένων στοιχείων) οφείλει να προσκομίζει και τα έγγραφα που αποδεικνύουν τους ισχυρισμούς του (βλ ΑΕΠΠ573/2018, σκ 21-24). Στην κρινομένη περίπτωση, η προσφεύγουσα σε ουδεμία εκ των ανωτέρω προϋποθέσεων ανταποκρίθηκε, καθόσον οι ισχυρισμοί της είναι και αόριστοι, αλλά και αναπόδεικτοι. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει: α) Τις υποκειμενικές της εκτιμήσεις σχετικά με την κοστολόγηση του έργου, οι οποίες όμως (και ακριβείς υποτιθέμενες) αφορούν στις δικές της δυνατότητες και ικανότητες και ουδέν σημαίνουν αναφορικά με τις ευνοϊκές συνθήκες που τυχόν επιτρέπουν την οικονομικότερη εκτέλεση της εργολαβίας από τους άλλους μειοδότες (ιδίως ενόψει του ότι όσον αφορά εμένα, έχω αναλάβει αντίστοιχες εργολαβίες τις οποίες και θα εκτελώ παράλληλα, επιτυγχάνοντας, αυτονοήτως, τεράστια εξοικονόμηση μέσων και προσωπικού), β) Την σύγκριση του δικού της κοστολογίου με τις τιμές του προϋπολογισμού, η οποία όμως ουδέν σημαίνει, καθόσον «στο πλαίσιο ενός μειοδοτικού διαγωνισμού οι τιμές αυτές είναι εξ ορισμού δεκτικές εκπτώσεως» (βλ ΑΕΠΠ 133/2019, σκ 48). γ) Προσφορές που έχει λάβει για μικρό μέρος των προβλεπόμενων εργασιών (κάποια υλικά και μεταφορές), χωρίς όμως να αποδεικνύει ότι θα ήταν αδύνατη η επίτευξη καλύτερων προσφορών από τους λοιπούς μειοδότες (βλ ΑΕΠΠ 133/2019, σκ 44). δ) Το μεγάλο μέγεθος του έργου, καίτοι το μεγαλύτερο μέγεθος έργων δημιουργεί, κατά την κοινή πείρα, καλύτερες τεχνοοικονομικές συνθήκες κλίμακος. ε) Τις υποτιθέμενες κατασκευαστικές ιδιαιτερότητες οι οποίες όμως αντιμετωπίστηκαν με τις αυξημένες προϋποθέσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που προβλέπονται από την διακήρυξη, οι οποίες κατά τεκμήριο πληρούνται από όλους τους διαγωνιζομένους που υπέβαλαν παραδεκτές

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

προσφορές, στ) Το ότι (σχετικά μικρό) μέρος των εργασιών θα εκτελεσθεί σε νησιωτικές περιοχές, καίτοι όπως προαναφέρθηκε (υπό III.3.γ.) σε ανάλογα έργα που εκτελούνται, στο σύνολό τους σε νησιά της Περιφέρειας, επιτυγχάνονται εκπτώσεις που υπερβαίνουν το 60%. Πρέπει, ιδιαιτέρως, να επισημανθεί και ότι όλοι οι ανωτέρω ισχυρισμοί της προσφεύουσας προβάλλονται αναποδείκτως και ως εκ τούτου τυγχάνουν παντελώς αυθαίρετοι. Πέραν ορισμένων (σχετικά λίγων) προσφορών, δεν εισφέρεται το οιοδήποτε αποδεικτικό στοιχείο σχετικά με τις διαλαμβανόμενες στην κρινομένη προσφυγή κοστολογήσεις. Ειδικότερα, η συλλογιστική της αντιδίκου βασίζεται σε εκτιμήσεις της σχετικά με την απόδοση των μηχανημάτων που (διατείνεται ότι) θα χρησιμοποιηθούν για την εκτέλεση του έργου και με το κόστος χρήσης τους (για καύσιμα, συντήρηση κλπ), χωρίς να προκύπτει καν περί ποιων μηχανημάτων πρόκειται (καινούργιων ή μεταχειρισμένων, προσφάτως κατασκευασμένων ή παλαιών, ιδιόκτητων ή μισθωμένων κλπ). Πλην όμως, τα μεγέθη αυτά (απόδοση, κόστος χρήσης κλπ) δεν είναι ούτε σταθερά, ούτε δεδομένα, αλλά διαφέρουν αναλόγως του τύπου του κάθε μηχανήματος. Συνεπώς, ακόμα και το ενδεχόμενο κάποια - μη αναφερόμενα ή άλλως προσδιοριζόμενα - μηχανήματα να έχουν την μνημονευόμενη από την προσφεύγουσα απόδοση και κόστος χρήσης, δεν είναι δυνατό να αποτελέσει βάση αντικειμενικής κοστολόγησης της εργολαβίας. Περαιτέρω, με βάση τις εντελώς αυθαίρετες και αναπόδεικτες παραδοχές της σχετικά με τα μηχανήματα τα οποία, κατά τις υποκειμενικές εκτιμήσεις της, θα απαιτηθούν, η προσφεύγουσα εξάγει, ομοίως αυθαίρετα και αναπόδεικτα, συμπεράσματα, περί του χρονικού διαστήματος που (δήθεν) θα απαιτηθεί (ανεξαρτήτως εργολάβου) για την ολοκλήρωση μίας εκάστης εκ των προβλεπομένων εργασιών. Είναι συνεπώς δεδομένο, ότι τέτοιοι ισχυρισμοί (και μάλιστα επί τεχνικών ζητημάτων) δεν μπορούν να αξιολογηθούν σοβαρά, ούτε και χρήζουν απαντήσεως (πρβλ ΕΑ ΣτΕ 309/2016, 132/2016, 127/2009).

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με το από 15.11.2019 Συμπληρωματικό Υπόμνημά της αντικρούει τις απόψεις και την συμπληρωματική αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής.

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 313 «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές» Ν. 4412/2016 με το οποίο ενσωματώνεται η αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 84 της Οδηγίας 2014/25/E (L 94) (βλ. αντίστοιχα το άρθρο 88 Ν. 4412/2016 με το οποίο μεταφέρθηκε το άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (L

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

94)): «1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτοντες φορείς απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν, εντός αποκλειστικής προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης του αναθέτοντος φορέα, την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά. 2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παρ. 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 προμήθεια των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή για την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των προϊόντων ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 253, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 336, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα. 3. Ο αναθέτων φορέας 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 αναθέτοντες φορείς απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 253. 4. ... 5. ... 6. ... 7. Στις 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. Ο αναθέτων φορέας μπορεί να αποκλίνει από τα οριζόμενα στις ανωτέρω εγκυκλίους, μετά από ειδική αιτιολόγηση με απόφαση του αρμοδίου οργάνου».

14. Επειδή, η νομική αντιμετώπιση των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών στους δημόσιους διαγωνισμούς έχει χαρακτηριστικά αναδειχθεί μέσα από τις αποφάσεις του ανωτάτου δημοσιονομικού Δικαστηρίου σύμφωνα με την πάγια νομολογία του οποίου: Α) ΕΣ (VI Τμήμα) Πράξη 240/2007 σκέψη III: «... υφίσταται δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να αιτείται την

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

αιτιολόγηση κάθε προσφοράς που κρίνεται από αυτήν ως ασυνήθιστα χαμηλή. Τέτοια προσφορά αυτονόητα είναι η μηδενική οικονομική προσφορά [για το εργολαβικό κέρδος] σε κατηγορία που από τη διακήρυξη του διαγωνισμού προβλέπεται ως συγκρίσιμη για την ανάδειξη του αναδόχου. Κατά την περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ζητήσει τη σχετική οικονομική αιτιολόγηση της μηδενικής προσφοράς, χωρίς ωστόσο να δικαιούται να κρίνει ως απορριπτέα ευθύς εξαρχής την προσφορά αυτή. Εάν όμως, ο διαγωνιζόμενος που υπέβαλε τη μηδενική προσφορά δεν καταφέρει να αιτιολογήσει το μηδενικό της ύψος, υποβάλλοντας στην κρίση της αναθέτουσας αρχής οικονομικά στοιχεία, από τα οποία να προκύπτει με σαφήνεια και ακρίβεια η δυνατότητα της εταιρείας να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις της, κατά τρόπο που να διασφαλίζει την ποιοτικά αναμενόμενη, ποσοτικά επαρκή και χρονικά έγκαιρη παροχή των υπηρεσιών, αποδεικνύοντας συγχρόνως ότι από τη συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό κομίζεται ένα κάποιο -έστω μικρό, αλλά διακριτά υπαρκτό - όφελος για αυτήν, ώστε να δικαιολογείται, κατά τη λογική του μέσου συνετού ανθρώπου, η συμμετοχή της στη συγκεκριμένη εμπορική δραστηριότητα, η οποία θα πρέπει να στοχεύει εξ ορισμού σε κάποιο οικονομικό κέρδος, τότε, η προσφορά της εταιρείας αυτής είναι απορριπτέα. Β) ΕΣ (VI Τμήμα) Πράξη 257/2007 σκέψη II: «... απαγορεύουν τη ρύθμιση και τη διοικητική πρακτική ενός κράτους μέλους, οι οποίες παρέχουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει ως ασυνήθιστα χαμηλές τις προσφορές που περιλαμβάνουν ποσοστό έκπτωσης μεγαλύτερο του κατωφλίου ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, λαμβάνοντας αποκλειστικά υπόψη τις δικαιολογήσεις των προτεινόμενων τιμών (...) χωρίς να παρέχεται η δυνατότητα (...) [στους διαγωνιζόμενους] να προβάλλουν την άποψή τους, μετά από το άνοιγμα των φακέλων, ως προς τα στοιχεία των προτεινόμενων τιμών, τα οποία έδωσαν λαβή σε υπόνοιες», δοθέντος ότι «αποτελεί πάγια νομολογία ότι το κοινοτικό δίκαιο απαγορεύει τον αυτόματο αποκλεισμό [automatic exclusion] από τους διαγωνισμούς για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων ορισμένων προσφορών που καθορίζονται βάσει μαθηματικού κριτηρίου», ενώ αντιθέτως «δεν απαγορεύει, καταρχήν, να χρησιμοποιείται το μαθηματικό κριτήριο, όπως είναι το κατώφλι ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς (...), εφόσον πάντως το αποτέλεσμα στο οποίο καταλήγει η εφαρμογή του κριτηρίου αυτού δεν έχει άκαμπτο χαρακτήρα και εφόσον τηρείται η απαίτηση για έλεγχο των

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

προσφορών αυτών, κατόπιν ακρόασεως των ενδιαφερόμενων υποψηφίων .» (βλ. ΔΕΚ αποφάσεις της 27.11.2001, IMPRESA LOMBARDINI SPA, IMPRESA ING. MANTOVANI SPA / ANAS - ENTE NAZIONALE PER LE STRADE, ειδικά σκέψεις ΕΕΕυρΔ 2002:102 επ.). Στο πλαίσιο αυτό, η διακήρυξη του διαγωνισμού, δε δύναται να προβλέπει ότι αποκλείονται αυτόματα από τον σχετικό διαγωνισμό οι προσφορές που καθορίζονται βάσει μαθηματικού κριτηρίου ως ασυνήθιστα χαμηλές, αντί να υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να ακολουθεί την ως άνω διαδικασία ακρόασης του διαγωνιζόμενου που προσφέρει την ασυνήθιστα χαμηλή αυτή προσφορά, τέτοιος δε όρος της διακήρυξης είναι ανίσχυρος». Γ) ΕΣ (Τμήμα Μείζονος Συνθέσεως) 3876/2014 σκέψη II: «Από τις διατάξεις των άρθρων 46, 48 και 55 του ΠΔ 59/2007 “Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ ‘περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών’, όπως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε” (ΦΕΚ Α’ 63), συνάγεται ότι δεν απαγορεύεται, καταρχήν, η χρησιμοποίηση ενός μαθηματικού κριτηρίου (κατωφλίου) για τον προσδιορισμό των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, εφόσον, πάντως, η εφαρμογή του κατωφλίου αυτού δεν οδηγεί σε αυτόματη απόρριψη των προσφορών που το υπερβαίνουν, αλλά παρέχεται η δυνατότητα ακρόασης των ενδιαφερομένων, προκειμένου να αποδείξουν τη φερεγγυότητα της προσφοράς τους (βλ. ΔΕΕ C-599/10, SAG ELV Slovensko, σκέψεις 28-29• C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani, σκέψεις 44-55, 67-73• C-103/88, Fratelli Costanzo, σκέψεις 18-21• ΕΣ (VI Τμήμα) 19/2014, 1664, 3016/2012, 3134/2009, 257/2007, 104/2004, ΣΤΕ 4035/2008, 2181/2004 κ.ά.)». Πράγματι, η νομολογία του ΕΣ στις Πράξεις του ΣΤ’ Κλιμακίου 104-105/2009 και 11/2010, ακολουθώντας την ευρωπαϊκή κατεύθυνση (πρβλ. άρθρο 13 α) Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), έχει χαρακτηριστικά προσδιορίσει ως ποσοστό έκπτωσης το οποίο παρέχει ενδείξεις για ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά το 50% της προϋπολογισθείσας δαπάνης της δημόσιας σύμβασης.

15. Επειδή, το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι «1. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) κοινοποιεί

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α' της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης.».

16. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η προσφεύγουσα με τα από 01.08.2019 και 24.09.2019 υπομνήματά της ζήτησε από την Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τις υπόλοιπες τρεις μειοδότες εταιρείες σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 88 του Ν.4412/2016, ώστε να δώσουν εξηγήσεις για ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. Ακολούθως, με την προσβαλλόμενη υπ' αρ. .../2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, έγιναν αποδεκτές όλες οι προσφορές των διαγωνιζόμενων εταιρειών, χωρίς να εξετασθούν σε αυτήν τα προαναφερθέντα υπομνήματα της προσφεύγουσας και να δοθεί μία απάντηση επ' αυτών. Ως εκ τούτου η προσφεύγουσα με την παρούσα προσφυγή της προσέβαλλε την υπ' αριθμ. .../2019 ως άνω απόφαση, διότι όπως ισχυρίζεται, η αναθέτουσα αρχή κατά κακή χρήση της διακριτικής της ευχέρειας και κατά παράβαση του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, παρέλειψε να καλέσει τις υπόλοιπες τρεις μειοδότες εταιρείες να αιτιολογήσουν τις παρεχόμενες εκπτώσεις και δεν απάντησε ειδικά στις αιτιάσεις της, τις οποίες επαναλαμβάνει και στην υπό κρίση προσφυγή. Όμως, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθείσες εμπροθέσμως απόψεις της ενώπιον του κρίνοντος 8^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. προέβη παραδεκτώς σε συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης κατ' άρθρο 365 του Ν.4412/2016, αντικρούοντας αιτιολογημένα τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας σχετικά με τις ενδείξεις για τυχόν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές από τις υπόλοιπες τρεις μειοδότες εταιρείες. Η έκταση της υποχρέωσης αιτιολόγησης την οποία υπέχει η αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση που εκτιμά ότι η επιλεγείσα προσφορά δεν φαίνεται υπερβολικά χαμηλή είναι περιορισμένη, αφού η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

οφείλει να προβεί μόνο σε εκ πρώτης όψεως εκτίμηση του εάν οι προσφορές είναι υπερβολικά χαμηλές. Στο πλαίσιο αυτό, η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να εκθέτει λεπτομερώς τους λόγους για τους οποίους ορισμένη προσφορά δεν φαίνεται, κατά την άποψη της, υπερβολικά χαμηλή δεν συμβαδίζει με τη διάκριση μεταξύ των δύο σταδίων της εξέτασης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών (πρβ. προαναφερθείσες απόφ. Τ-392/15, σκ. 92, Τ-752/15 σκ. 74, και ως προς τα στάδια εξέτασης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών βλ. Ζ΄ Κλιμ. 367/2017). Ως εκ τούτου, όταν η αναθέτουσα αρχή επιλέγει την πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας προσφοράς, δεν υποχρεούται να αναφέρει ρητώς τους λόγους για τους οποίους η εν λόγω προσφορά δε φαίνεται, κατά την άποψη της, υπερβολικά χαμηλή. Συγκεκριμένα εφόσον η εν λόγω προσφορά επιλεγεί από την αναθέτουσα αρχή συνάγεται εμμέσως πλην σαφώς ότι αυτή εκτίμησε ότι δεν υπήρχαν ενδείξεις ότι η εν λόγω προσφορά είναι υπερβολικά χαμηλή (πρβ. προαναφερθείσες απόφ. Τ-392/15, σκ. 93, Τ-752/15 σκ. 75). Συνακόλουθα, στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δεν προβεί σε εκτίμηση με ρητή κρίση αυτής ότι κατά τη διενεργηθείσα διαγωνιστική διαδικασία δεν υποβλήθηκαν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, δεν υφίσταται υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας (βλ. Ε.Σ. Ε΄ Κλ. 468, 471/2018, πρβ. VI Τμ. 1345/2018, 2028/2017). Η αναθέτουσα αρχή με την συμπληρωματική αιτιολογία της παραθέτει 9 αντίστοιχα έργα αποκατάστασης - συντήρησης οδοποιίας για το χρονικό διάστημα 2018-2019, που ανατέθηκαν με, κατά πολύ, υψηλότερες εκπτώσεις (άνω του 25% σε σχέση με την προσφορά της παρεμβαίνουσας). Περαιτέρω, όπως ορθά ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, το γεγονός ότι η προσφεύγουσα προσέφερε έκπτωση μικρότερη σε σχέση με την παρεμβαίνουσα δεν καθιστά από μόνο του την προσφορά της τελευταίας ως ασυνήθιστα χαμηλή και τούτο διότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν συνοδεύονται από συγκεκριμένα στοιχεία για τις αγοραίες τιμές τις οποίες επικαλείται, οι οποίες, επομένως, εμφανίζονται απολύτως αυθαίρετες και ατεκμηρίωτες (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 309/2016). Ως εκ τούτου, οι προβληθέντες ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν παρίστανται ουσιώδεις, διότι στηρίζονται σε αναπόδεικτους και ως εκ τούτου αυθαίρετους υπολογισμούς (ΕΑ ΣτΕ 127/2009). Κατόπιν των ανωτέρω, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή με την συμπληρωματική αιτιολογία της απάντησε τεκμηριωμένα στις αιτιάσεις της προσφεύγουσας και δεν συνέτρεχε ανάγκη πρόσκλησης των υπόλοιπων

Αριθμός απόφασης: 1385/2019

μειοδοτριών εταιρειών προς αιτιολόγησή των προσφορών τους αφού αυτές κυμαίνονταν εντός των ορίων της συνήθους μέσης έκπτωσης και συνεπώς, δεν εμπίπτουν στην κατηγορία της «μη κανονικής» ή «ασυνήθιστα χαμηλής» προσφοράς. Επομένως, δεν συντρέχει η περίπτωση της υπέρβασης των άκρων ορίων διακριτικής της ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής και η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

17. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

19. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή .

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 12 Δεκεμβρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Βασιλική Κωστή