

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4-1-2021 με την εξής σύνθεση Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή-Εισηγήτρια και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει το ζήτημα συμμόρφωσης της υπ' αριθ. 1329/2019 απόφασης του 3^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. με την υπ' αριθ. *****.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή και αφού έλαβε υπόψη την υπ' αριθ. *****.

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 95 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζεται ότι : *«Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για κάθε αρμόδιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει τα αναγκαία μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης».*

2. Επειδή, με την από 18-10-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1273/21-10-2019 η προσφεύγουσα εταιρία «*****», με την οποία εγκρίθηκε το 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής της Επιτροπής Γνωμοδότησης Διευκρινήσεων Αιτιολογήσεων και το 4^ο Πρακτικό Α' φάσης της Επιτροπής Δημοπράτησης για την ανάθεση της σύμβασης «*****» και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρία «*****».

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

3. Επειδή, με την υπ' αρ.1329/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ η ανωτέρω προδικαστική προσφυγή της εταιρίας «*****» κρίθηκε απορριπτέα ως αβάσιμη και η από 4-11-2019 ασκηθείσα παρέμβαση της εταιρίας «*****» κρίθηκε δεκτή ως βάσιμη, κατά τους ειδικότερους λόγους και αιτίες που αναλύονται σε αυτήν.

4. Επειδή με τη με αρ. *****, επί της ασκηθείσας από 31-1-2020 αίτησης αναστολής της εταιρίας «*****» κατά της με αρ. 1329/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία παριήλθε στην ΑΕΠΠ στις 12-11-2020 (αρ.πρωτ.εισ. ΑΕΠΠ 4418/12-11-2020), κρίθηκαν τα εξής:

«7. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, όπως αυτές ίσχυαν και ερμηνεύθηκαν πριν τη νομοθετική μεταβολή που επέφερε το άρθρο 43 παρ. 42 του ν.4605/2019 (Ε.Α. ΣτΕ 395/2018, 159/2019, ΣτΕ 780/2019), η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. από τον ενδιαφερόμενο που υφίσταται ζημία από παράνομη εκτελεστή πράξη ή παράλειψη αναθέτουσας αρχής (ή αναθέτοντος φορέα) στο στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίας σύμβασης αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση ακολούθως του σχετικού ενδίκου βοηθήματος κατά της εκτελεστής πράξης ή παράλειψης, δεν επιτρέπεται δε η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που στοιχειοθετούν, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, την προβαλλόμενη παρανομία, παρέχεται δε η δυνατότητα τόσο στην αναθέτουσα αρχή να εκθέσει τις απόψεις της επί της προσφυγής, παραθέτοντας μάλιστα αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία για την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη, όσο και σε τρίτους, οι οποίοι θίγονται ενδεχομένως από την αποδοχή της προσφυγής, να ασκήσουν παρέμβαση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., προβάλλοντας τους δικούς τους ισχυρισμούς επί της προσφυγής. Η Α.Ε.Π.Π. εξετάζει την προδικαστική προσφυγή και αποφαίνεται αιτιολογημένα επί των προβαλλομένων νομικών και πραγματικών αιτιάσεων, λαμβάνοντας υπόψη κατά τον ασκούμενο έλεγχο νομιμότητας, ο οποίος περιλαμβάνει και έλεγχο της αιτιολογίας των εκφερομένων από την αναθέτουσα αρχή περί πραγμάτων κρίσεων, τους ισχυρισμούς και τα στοιχεία που επικαλούνται ο προσφεύγων, η αναθέτουσα αρχή και οι τυχόν παρεμβαίνοντες.

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

Από τις ίδιες διατάξεις συνάγεται, περαιτέρω, ενόψει και του σκοπού τους που συνίσταται στην αποτελεσματική παροχή προστασίας σε στάδιο προηγούμενο της ασκήσεως ενδίκων βοηθημάτων, ότι κατά το στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. δεν προβλέπεται μεν δημόσια συζήτηση, με παράσταση των μερών ενώπιόν της, πρέπει, όμως, να παρέχεται η δυνατότητα στον ασκήσαντα την προσφυγή να λαμβάνει γνώση τόσο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής, όσο και της τυχόν ασκηθείσας παρεμβάσεως, προκειμένου να διασφαλίζονται κατά το στάδιο αυτό οι προϋποθέσεις της ουσιαστικής αντιμωλίας. Με το άρθρο 43 παρ. 42 του ν. 4605/2019 (το οποίο κατέλαβε την εξέταση της προσφυγής της αιτούσας από την Α.Ε.Π.Π. στις 12.11.2019) προβλέφθηκε ρητώς η υποχρέωση προηγούμενης κοινοποίησης στον προσφεύγοντα ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. της τυχόν συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής και δόθηκε η δυνατότητα στον προσφεύγοντα να αντικρούσει αυτή εγγράφως έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής (ΕΑ ΣτΕ 159, 179/2019). Ωστόσο, ο νομοθέτης δεν προέβη σε αντίστοιχη πρόβλεψη κοινοποίησης στον προσφεύγοντα της τυχόν ασκηθείσας παρεμβάσεως. Εκ τούτου παρέπεται ότι εναπόκειται στον προσφεύγοντα αυτόν, επιδεικνύοντα τη δέουσα επιμέλεια, να πληροφορηθεί την τυχόν άσκηση παρέμβασης προκειμένου να καταθέσει υπόμνημα ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., πριν από τη συζήτηση της υπόθεσης ενώπιόν της, με το οποίο να αντικρούει τους προβαλλόμενους με αυτή ισχυρισμούς. Μόνο δε στην περίπτωση κατά την οποία αποδεικνύεται ότι ο προσφεύγων ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., στερούμενος καθ' οιονδήποτε τρόπο να λάβει γνώση του περιεχομένου της ασκηθείσας παρεμβάσεως, ζήτησε να λάβει γνώση τούτου από την Αρχή και η τελευταία αρνήθηκε να του δώσει τη δυνατότητα αυτή, τίθεται ζήτημα παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, λόγω μη συνδρομής των προϋποθέσεων ουσιαστικής αντιμωλίας κατά το εν λόγω στάδιο. (Διοικ. Εφετ. Κομοτηνής Ν29/2019 σκ. 9, Διοικ. Εφετ. Πειραιώς Ν179/2019 σκ.9). 8. Επειδή, όπως ήδη εκτέθηκε, μετά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας, η ***** διαβίβασε στην Α.Ε.Π.Π. με το ***** έγγραφο της, μεταξύ άλλων, τις απόψεις της επί της προσφυγής. Όπως προκύπτει από το έγγραφο

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

απόψεών της, το οποίο λήφθηκε υπόψη από την Α.Ε.Π.Π. κατά την εξέταση της προσφυγής (βλ. σκέψη 4 της προσβαλλόμενης πράξης), η αναθέτουσα αρχή δεν επαναλαμβάνει απλώς το περιεχόμενο της προσβληθείσας με την προδικαστική προσφυγή 2093/3.10.2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής και τα διαλαμβανόμενα στα σχετικά από 9.8.2019 και 25.9.2019 πρακτικά της Έκτακτης Επιτροπής, αλλά αντιμετωπίζοντας τις προβαλλόμενες με την προδικαστική προσφυγή αιτιάσεις αφενός εξηγεί τους λόγους για τους οποίους εξαναγκάστηκε να συστήσει Έκτακτη Επιτροπή, αφετέρου παραθέτει και συμπληρωματική αιτιολογία για την αποδοχή της αιτιολόγησης της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου (περί συγκεκριμένων συμβάσεων που είχε υπογράψει η εταιρεία «***** προς διευκρίνιση των ευνοϊκών συνθηκών που αυτή διαθέτει, με παράλληλη αναφορά στην προθεσμία περαίωσης των έργων, στα ποσοστά έκπτωσης και στην κανονική εκτέλεση των έργων, περί μη αναγκαιότητας συμπερίληψης στην προσφορά κόστους για την εφαρμογή του άρθρου 12.3.1 της Ε.Σ.Υ. που προβλέπει την υποχρέωση του αναδόχου να διαθέτει καθημερινά επιβατικό όχημα με οδηγό για τη μεταφορά των επιβλεπόντων της υπηρεσίας στο χώρο εκτέλεσης του έργου κ.λ.π.). Εξάλλου, η προσωρινή ανάδοχος κατέθεσε στις 4.11.2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού παρέμβαση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. (βλ. την σχετική εκτύπωση από την πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. που προσκόμισε με την από 9.1.2020 παρέμβασή της κατά την εκδίκαση της αίτησης αναστολής). Με την κρινόμενη αίτηση προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη της Α.Ε.Π.Π. είναι παράνομη, ως εκδοθείσα κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας διότι: α) αν και στηρίζεται για την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας και στην συμπληρωματική αιτιολογία που παρέθεσε η αναθέτουσα αρχή με το έγγραφο απόψεών της προς την Α.Ε.Π.Π., κατ' εφαρμογή του άρθρου 365 παρ. 1 του ν.4412/2016, δεν κοινοποιήθηκε στην αιτούσα το έγγραφο αυτό, με συνέπεια να στερηθεί της δυνατότητας να καταθέσει υπόμνημα προς αντίκρουσή του πριν τη συζήτηση της προσφυγής και β) αν και ασκήθηκε η από 4.11.2019 παρέμβαση, με την οποία, μάλιστα, η παρεμβαίνουσα προέβαλε νέους ισχυρισμούς κατ' επίκληση νέων στοιχείων προς αιτιολόγηση της προσφοράς

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

της, δεν κοινοποιήθηκε στην αιτούσα η παρέμβαση αυτή ώστε να την αντικρούσει ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. Προβάλλει δε η αιτούσα, η οποία με την κρινόμενη αίτηση πλήττει την απόφαση της Α.Ε.Π.Π., όπως διαμορφώθηκε ενόψει και των διαλαμβανομένων στο έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής, καθώς και στην από 4.11.2019 παρέμβαση, ότι τα εν λόγω έγγραφα αναρτήθηκαν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 2.12.2019, δηλαδή μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης της Α.Ε.Π.Π. (στις 29.11.2019) και προσκομίζει σχετική εκτύπωση από την πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Η Α.Ε.Π.Π. με την 395/27.5.2020 έκθεση απόψεων της παραπέμπει στην 841/18.12.2019 έκθεση απόψεων της επί της αιτήσεως αναστολής, με την οποία προέβαλε ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη εμπροθέσμως στις νόμιμες ενέργειες, δεδομένου ότι στο 320964/6729/ 31.10.2019 διαβιβαστικό έγγραφό της συμπεριλαμβάνονται στον πίνακα αποδεκτών οι συμμετέχοντες στον ένδικο διαγωνισμό. Πλην όμως, η ***** με το κατατεθέν στις 24.6.2020 υπόμνημά της συνομολογεί (όπως και με την ***** έκθεση απόψεων της επί της αιτήσεως αναστολής) ότι ανάρτησε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής και την παρέμβαση μετά την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης της Α.Ε.Π.Π. στους ενδιαφερόμενους (στις 2.12.2019). 9. Επειδή, με τα δεδομένα αυτά και ενόψει όσων εκτέθηκαν στη σκέψη 7, ο ανωτέρω ισχυρισμός της αιτούσας περί παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, κατά το πρώτο σκέλος του, είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός, διότι με το προτελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν.4412/2016, το οποίο προστέθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του ν.4605/2019, θεσπίστηκε ρητώς η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να κοινοποιεί στον προσφεύγοντα τη συμπληρωματική αιτιολογία επί της προσβαλλόμενης πράξης δέκα ημέρες πριν την εξέταση της προσφυγής μέσω της πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ή με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο, προκειμένου να διασφαλίζονται σε στάδιο προηγούμενο της ασκήσεως ενδίκων βοηθημάτων οι προϋποθέσεις της ουσιαστικής αντιμωλίας. Ενόψει δε του προεκτεθέντος περιεχομένου των απόψεων της επί της προδικαστικής προσφυγής, αβάσιμα η αναθέτουσα αρχή προβάλλει με την 142834/2900/23.6.2020 έκθεση απόψεων της ότι δεν υπήρχε συμπληρωματική

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

αιτιολογία επί της προσβληθείσας πράξης της, παρά μόνο εξέθεσε στοιχεία ως προς τη διαδικασία δημοπράτησης και εξέτασης των αιτιολογήσεων των προσφορών. Εξάλλου, ενόψει της ως άνω ρητής πρόβλεψης του προτελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν.4412/2016, ο προβαλλόμενος με το υπόμνημα ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι δεν είχε υποχρέωση κοινοποίησης των απόψεών της σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 9 του π.δ. 39/2017, η οποία επαναλαμβάνει το περιεχόμενο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν.4412/2016 πριν τη συμπλήρωσή της με την παρ. 42 του άρθρου 43 του ν.4605/2019, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, ανεξαρτήτως του ότι ο ασκήσας την προδικαστική προσφυγή δεν είναι «ενδιαφερόμενος τρίτος», αλλά ο άμεσα ενδιαφερόμενος. Επίσης, είναι απορριπτέος ως αλυσιτελής και ο ισχυρισμός της Α.Ε.Π.Π. ότι ακόμα και αν εκ παραδρομής δεν κοινοποιήθηκε το εν λόγω έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής στην αιτούσα, η τελευταία δεν ζήτησε να λάβει γνώση του εγγράφου αυτού ούτε από την αναθέτουσα αρχή ούτε από την Α.Ε.Π.Π. Αντιθέτως, ο ίδιος ισχυρισμός της αιτούσας, κατά το δεύτερο σκέλος του, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, διότι δεν προβλέπεται ρητώς στις διατάξεις του ν.4412/2016 ή του π.δ. 39/2017 υποχρέωση κοινοποίησης στον προσφεύγοντα της ασκηθείσας παρεμβάσεως και δεν προκύπτει από τα στοιχεία της δικογραφίας ούτε ισχυρίζεται η αιτούσα ότι άσκησε το διαφαινόμενο καθ' ερμηνεία των ως άνω διατάξεων δικαίωμά της να λάβει γνώση της παρέμβασης, υποβάλλοντας σχετικό αίτημα στην αναθέτουσα αρχή ή στην Α.Ε.Π.Π., το οποίο δεν ικανοποιήθηκε. 10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη αίτηση, να ακυρωθεί για τον ανωτέρω λόγο η 1329/2019 απόφαση του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην εν λόγω Αρχή για νέα νόμιμη κρίση επί της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας, η οποία καθίσταται εκ νέου εκκρεμής (ΣτΕ 780/2019 σκ. 14). Τέλος, πρέπει να αποδοθεί στην αιτούσα το καταβληθέν παράβολο (άρθρο 372 παρ. 1 εδ. δ' του ν. 4412/2016 και άρθρο 36 παρ. 4 εδ. α' του π.δ. 18/1989, Α'8), ενώ, κατ' εκτίμηση των περιστάσεων, πρέπει να απαλλαγούν οι καθών από τη δικαστική δαπάνη της αιτούσας (άρθρο 39 παρ. 1 εδ. β' του π.δ. 18/1989). ΔΙΑ ΤΑΥΤΑ

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

Δέχεται την αίτηση. Ακυρώνει την 1329/2019 απόφαση του 3ου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, κατά το αιτιολογικό. Αναπέμπει την υπόθεση στην Α.Ε.Π.Π.». Συνεπώς, εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι, σύμφωνα με το σκεπτικό και το διατακτικό της ανωτέρω δικαστικής απόφασης, η με αρ. 1329/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρώθηκε εκ του λόγου ότι οι κατατεθείσες απόψεις της αναθέτουσας αρχής δεν περιήλθαν σε γνώση της προσφεύγουσας, ώστε αυτή να τις αντικρούσει, κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας.

5. Επειδή, με την υπ' αρ.2029/2020 Πράξη του Προέδρου του 5^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ ορίστηκε ημερομηνία εξέτασης της υπόθεσης στις 4-1-2020 και η πράξη αυτή απεστάλη στην προσφεύγουσα «*****» και στην αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 25-11-2020.

6. Επειδή, οι ως άνω απόψεις της αναθέτουσας αρχής, τις οποίες η αναθέτουσα αρχή είχε υποβάλλει κατά την αρχική εξέταση της προδικαστικής προσφυγής και προ της έκδοσης της με αρ.1329/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, κοινοποιήθηκαν από την ΑΕΠΠ στην προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 2-12-2020, καίτοι η προσφεύγουσα είχε ήδη λάβει γνώση αυτών από τις 2-12-2019, όταν η αναθέτουσα αρχή -μετά την έκδοση της με αρ. 1329/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ – τις ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (βλ. σκ. 8 της με *****).

7. Επειδή, το περιεχόμενο των απόψεων αυτών της αναθέτουσας αρχής αναλυτικά αποτυπώθηκε στη σκέψη 4 της με αρ.1329/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, επαναλαμβάνεται στην παρούσα ως κατωτέρω: **Α.** Αναφορικά με τη διαδικασία συγκρότησης Έκτακτης Επιτροπής Γνωμοδότησης: Η Έκτακτη Επιτροπή Γνωμοδότησης αποτέλεσε το τελευταίο και αναγκαστικό μέσο προκειμένου η *****να βοηθηθεί στην αξιολόγηση των αιτιολογήσεων. Όπως φαίνεται και στις συνημμένες αποφάσεις που έχουν αναρτηθεί και στη Διαύγεια, η *****ζήτησε από την Επιτροπή Διαγωνισμού, με την υπ' αρ. 876/2019 απόφασή της, να γνωμοδοτήσει επί των δικαιολογητικών αιτιολόγησης που θα κατατεθούν από τους συμμετέχοντες. Η Επιτροπή Διαγωνισμού με το υπ' αρ. 2 Πρακτικό Α φάσης, διαβίβασε πίσω τις αιτιολογήσεις, υποστηρίζοντας πως η

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

Αναθέτουσα Αρχή είναι αυτή που πρέπει να προβεί στην αξιολόγηση. Με την **** απόφασή της, η *****καλεί την Επιτροπή Διαγωνισμού εκ νέου, να γνωμοδοτήσει επί των κατατεθέντων από τους οικονομικούς φορείς, στοιχείων αιτιολογήσεων. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, με το υπ' αρ. Νο3 Πρακτικό Α φάσης, αρνήθηκε για δεύτερη φορά την γνωμοδότηση, αναφέροντας πως «θα γνωμοδοτήσει σύμφωνα με τη περίπτωση στπαρ 1 του άρθρου 221 του Ν.4412/2016, δηλαδή μετά την αξιολόγηση των παρεχόμενων πληροφοριών από την αναθέτουσα αρχή, καθώς δεν προκύπτει από το νόμο ότι προβαίνει η ίδια η Επιτροπή στην αξιολόγηση των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών». Η *****με την 1406/2019 απόφασή της αναφέρει πως «Λόγω του ότι το έργο «*****» αφορά αντιπλημμυρικά και δεν επιδέχεται επιπλέον καθυστερήσεων και επειδή η επιτροπή διαγωνισμού του έργου δεν έχει γνωμοδοτήσει, όπως της ζητήθηκε με την ***** της ***** σύμφωνα με την περίπτωση στ' παρ.1 του άρθρου 221 του Ν.4412/2016, επί των αιτιολογήσεων που κατέθεσαν οι οικονομικοί φορείς, αποφασίζει: 1.) την αντικατάσταση της επιτροπής διαγωνισμού από το ***** ώστε να γνωμοδοτήσει, σύμφωνα με την περίπτωση 5 του άρθρου 2 του Ν.4412/2016, επί των αιτιολογήσεων που προσκόμισαν οι οικονομικοί φορείς «*****» το συντομότερο δυνατόν. 2.) Η επιτροπή διαγωνισμού του ανωτέρω έργου να ελεγχθεί για ενδεχόμενες πειθαρχικές κυρώσεις λόγω των ανωτέρω». Επομένως, η *****ζήτησε δύο φορές από την Επιτροπή Διαγωνισμού να αξιολογήσει τις αιτιολογήσεις και δύο φορές η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν το έπραξε, με αποτέλεσμα να ζητήσει ο Πρόεδρος της Οικονομικής Επιτροπής πειθαρχικές κυρώσεις. Επιπρόσθετα, προκειμένου να εξαντλήσει τη δυνατότητα χρήσης υπάρχουσας εκλεγμένης επιτροπής, η *****ζήτησε, με την ανωτέρω απόφαση να γνωμοδοτήσει το Τεχνικό Συμβούλιο της *****., το οποίο γνωμοδοτικό όργανο για τεχνικά ζητήματα επί των έργων. Το Τεχνικό Συμβούλιο, αρνήθηκε με τη σειρά του να γνωμοδοτήσει, δηλώνοντας πως δεν έχει την αρμοδιότητα. Επομένως, η Οικονομική Επιτροπή, πριν καταφύγει στο τελευταίο μέτρο του ορισμού έκτακτης Επιτροπής Γνωμοδότησης, χρησιμοποίησε όλα τα διατιθέμενα μέσα και διαδικασίες, ακόμα και εις βάρος της καθυστέρησης ενός τόσο σημαντικού

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

έργου. Κατά την αναθέτουσα αρχή, από τα ανωτέρω προκύπτει πως τούτη ουδέποτε παρέκαμψε την Επιτροπή Διαγωνισμού, παρόλο που κατά την άποψή της, η γνωμοδότηση επί εξειδικευμένων τεχνικών θεμάτων από Επιτροπές Διαγωνισμού, οι οποίες στελεχώνονται με κλήρωση, ελλοχεύουν τον κίνδυνο τα μέλη της να μην έχουν την ανάλογη εξειδίκευση. Για παράδειγμα, ένας *****. Σε κάθε περίπτωση, και υπό το πρίσμα της άρνησης της Επιτροπής Διαγωνισμού, η προσφυγή σε έκτακτη επιτροπή για την αντιμετώπιση ενός ειδικού θέματος, με βάση τις σχετικές διατάξεις του άρθρου 221 του Ν.4412/2016 είναι σύνηθες. Άλλωστε, η Έκτακτη Επιτροπή Γνωμοδότησης εξέτασε κατά πόσο είναι αρμόδια και αποδέχθηκε το ρόλο της. Η Επιτροπή Διαγωνισμού ουδέποτε defacto και dejure καθαιρέθηκε (βάση των ανωτέρω) και η Αναθέτουσα Αρχή εξάντλησε όλες κατά το νόμο επιλογές στο όνομα της διαφάνειας και για την προστασία του έργου και του Δημοσίου συμφέροντος. **B.** Αναφορικά με τη διαφορά έκπτωσης μεταξύ των οικονομικών φορέων: Η διαφορά της έκπτωσης μεταξύ του 1ου και του 2ου μειοδότη είναι όντως μικρή και αντιμετωπίστηκε με ιδιαίτερη προσοχή από την Έκτακτη Επιτροπή Διαγωνισμού. Κατά τη γνώμη της αναθέτουσας αρχής, αν η προσφερόμενη έκπτωση είναι ο μοναδικός παράγοντας εκτίμησης μιας προσφοράς, τότε θα πρέπει να υπάρχει διάταξη όπου αν απορρίπτεται μια προσφορά της τάξεως πχ του 68%, τότε όλες οι προσφορές κοντά σε αυτή (πχ συν πλην 3%) θα πρέπει να αποκλείονται αυτόματα. Φυσικά αυτό δεν είναι λογικό, καθώς εξετάζονται και οι ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει η κάθε εταιρία. Μια εταιρία που πρέπει να μεταφέρει προσωπικό και μηχανήματα σε Περιφερειακή Ενότητα διαφορετική από την έδρα της και χωρίς να έχει δουλέψει ξανά στην ίδια περιοχή ή ίδιας φύσης έργο, πιθανότατα δεν έχει τα ίδια κόστη με εταιρία που έχει έδρα στην περιοχή των έργων και έχει μεγάλη εμπειρία σε παρόμοια έργα και στην ίδια περιοχή. Επειδή το έργο θα είναι διασκορπισμένο σε όλο το νομό***** , η απόδοση ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος δεν είναι a priori, αλλά απολύτως λογική. Βέβαια, η ύπαρξη ή μη εντοπιότητας δεν ήταν λόγος αποκλεισμού της προσφοράς του πρώτου μειοδότη και ουδέποτε αποτέλεσε λόγο απόρριψης, αλλά επεξήγηση του λόγου που παρόμοιες προσφορές δεν είναι και a priori

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

απορριπτέες. Για αυτόν ακριβώς το λόγο άλλωστε, η κάθε προσφορά πρέπει να εξετάζεται ανεξάρτητα και να μην γίνονται αυθαίρετες συγκρίσεις και γενικολογίες. Επιπρόσθετα, ο 1ος μειοδότης ***** δεν πρόβαλε τους ανωτέρω ισχυρισμούς. Αντιθέτως, κατά τη διαλογική συζήτηση, πρόβαλε ως επιχείρημα πως το έργο θα εκτελεστεί εν μέρει από τοπική εργολαβική επιχείρηση, προκειμένου να αποδείξει πως μπορεί να μειώσει τα κοστολόγιά του. Εν τέλει, δεν πρόσβαλε την γνωμοδότηση της έκτακτης Επιτροπής Διαγωνισμού, αποδεχόμενος πιθανόν με αυτόν τον τρόπο πως η μικρή διαφορά της προσφερόμενης έκπτωσης δεν αποτελεί λόγο όμοιας αντιμετώπισης της κάθε αιτιολόγησης. Γ. Αναφορικά με τον τρόπο αξιολόγησης των αιτιολογήσεων: Η Έκτακτη Επιτροπή Γνωμοδότησης δεν έχει το δικαίωμα να τροποποιεί τα κοστολόγια των προσφερόντων. Σύμφωνα με το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016, η Αναθέτουσα Αρχή, μέσω των αιτιολογήσεων εξετάζει αν υπάρχουν ελλείψεις στις αιτιολογήσεις και δεν τις διορθώνει. Όπως αναφέρει και η Έκτακτη Επιτροπή Γνωμοδότησης στο 2ο πρακτικό της «Στη συνέχεια η επιτροπή προκειμένου να καθορίσει το πλαίσιο αξιολόγησης των υποβληθέντων αιτιολογήσεων έλαβε υπόψη της άρθρα 88 και 89 του νόμου 4412/2016 και ειδικότερα τη παρ. 2 του άρθρου 88. Αναλυτικότερα, βάση του άρθρου 88 παρ 3 ν. 4412/2016, όπου αναφέρεται «Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18», η επιτροπή εξέτασε εάν οι αιτιολογήσεις που κατέθεσαν οι ανωτέρω εταιρίες ικανοποιούν τις συνθήκες του άρθρου 88, παρ 2 που προαναφέρθηκε». Η Έκτακτη Επιτροπή Γνωμοδότησης εξέτασε τις υποβληθείσες αιτιολογήσεις και αν υπάρχουν ελλείψεις σ' αυτές. Έπειτα, εξέτασε αν οι ελλείψεις αυτές είναι ουσιώδεις ή μη, υπολογίζοντας ένα ενδεικτικό κόστος, το οποίο δείχνει αν η υπολογιζόμενη προσφορά βρίθκει σοβαρών ελλείψεων ή όχι κατά τη σύνταξή της. Άλλωστε, αν η Αναθέτουσα Αρχή έκανε σύγκριση των αιτιολογήσεων και αυθαίρετα εκτιμούσε πως τα κόστη είναι τα ίδια για όλες τις εταιρίες, τότε θα έπρεπε να λάβει υπόψη της το μεγαλύτερο κόστος από την αιτιολόγηση κάθε εταιρίας και να βγάλει ένα κοινό

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

κοστολόγιο για όλους. Όμως ο κάθε οικονομικός φορέας εκτιμά με διαφορετικό τρόπο τις απαιτούμενες εργασίες και το κόστος που απαιτείται για την ολοκλήρωση του έργου και για αυτό καταθέτει διαφορετική προσφορά. Η Επιτροπή Γνωμοδότησης δεν εξετάζει κόστη που είναι υποκειμενικά ή ανάγονται σε ένα γενικό κόστος με βάση την εμπειρία του οικονομικού φορέα. Κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής και έχοντας υπόψη το σκεπτικό των σχετικών αποφάσεων και πρακτικών, εξετάστηκαν από τον Αναθέτοντα Φορέα τα εξής : Α) Υπάρχει ανάλυση κόστους για κάθε άρθρο ξεχωριστά (Ναι/Όχι); Β) Υπάρχει ανάλυση του περιβαλλοντικού κόστους (Ναι/Όχι); Γ) Υπάρχει ανάλυση του εργατικού, ασφαλιστικού και φορολογικού κόστους (Ναι/Όχι); Δ) Υπάρχουν ευνοϊκές συνθήκες για την εκτέλεση του έργου (Ναι/Όχι); Ε) Αν κάτι από τα ανωτέρω απουσιάζει ποιο είναι το αδιαμφισβήτητο κόστος και αυτό επηρεάζει την ορθή εκτέλεση του έργου; Για παράδειγμα, η μη πρόβλεψη κόστους περιβαλλοντικής διαχείρισης, αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς ενός οικονομικού φορέα. Αντιθέτως, οι ανεξάρτητες και υποκειμενικές εκτιμήσεις του κάθε φορέα για το κόστος εκτέλεσης μιας εργασίας δεν αποτελούν λόγο απόρριψης. Κατά την αναθέτουσα αρχή, αυτό ήταν το πρίσμα υπό το οποίο εξέτασε τις αιτιολογήσεις και οι εκτιμήσεις του οικονομικού κόστους των ανωτέρω ελλείψεων ήταν ένδειξη της σοβαρότητας αυτών των ελλείψεων και όχι εκτίμησης του κόστους της προσφοράς του κάθε οικονομικού φορέα. Άλλωστε, όπως αναφέρει και στο πρακτικό γνωμοδότησης διευκρινήσεων η Έκτακτη Επιτροπή Γνωμοδότησης : «Να σημειώσουμε πως α) Η επιτροπή δεν υπολόγισε το κόστος έργου του ανωτέρω προσφέροντα, αλλά αναλύει τους λόγους που δεν εξηγείται με τρόπο ικανοποιητικό η προσφορά β) Σύμφωνα με το άρθρο 88 «Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα». Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογήσει θετικά ή αρνητικά τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνδυασμό με άλλα στοιχεία που παρέχει ο προσφέρων, ή εάν κρίνει πως οι όποιες ελλείψεις είναι είτε μη ουσιώδεις, είτε οι διευκρινήσεις επαρκείς, στα πλαίσια που αυτές παρέχονται εντός του υγιούς ανταγωνισμού». **Δ.** Απόψεις επί των σημείων της αιτιολόγησης του οικονομικού φορέα «*****» που αναφέρει ο

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

προσφεύγων: Ανεξάρτητα από τα ανωτέρω, εξετάζοντας τις αιτιάσεις του προσφεύγοντα, κατά την άποψη της υπηρεσίας ισχύουν τα εξής : α) Η προθεσμία ενός έργου δε σημαίνει πως αυτή εξαντλείται για την εκτέλεσή του. Αντιθέτως, λόγω καιρικών φαινομένων, έχει παρατηρηθεί ανάδοχοι αντίστοιχων έργων να τα εκτελούν μέσα σε 3 μήνες, ενώ η προθεσμία περαίωσης είναι 8 μήνες. Επομένως, προθεσμία 18 μηνών, δε σημαίνει πως χρησιμοποιούνται μηχανήματα για 18 μήνες σε καθημερινή βάση. Για παράδειγμα, μπορεί να εκτελεστούν όλες οι σκυροδετήσεις μέσα στη καλοκαιρινή περίοδο και να χρησιμοποιηθεί η αντλία σκυροδέτησης μόνο για 3 μήνες. Η διόρθωση του κόστους για τα ασφάλιστρα και τέλη, έγινε με βάση την προτεινόμενη περίοδο χρήσης τους. Επομένως, η επιτροπή γνωμοδότησης έκρινε τα κοστολόγια με βάση τα κατατιθέμενο χρονοδιάγραμμα και όχι αυθαίρετες εκτιμήσεις και η αιτίαση πως τα μηχανήματα έργου θα χρησιμοποιούνται καθημερινά και για τους 18 μήνες είναι κατά την άποψή μας υπερβολική και μη ρεαλιστική (εκ παραδρομής η επιτροπή γνωμοδότησης αναφέρει ως προθεσμία τους 12 μήνες, χωρίς αυτό να επηρεάζει τη μεθοδολογία γνωμοδότησης). β) Η γνωμοδοτική επιτροπή δεν έκανε αυθαίρετες διορθώσεις κοστολογίων, αλλά εξέτασε σοβαρές και μη επιδεχόμενες αμφισβήτησης ελλείψεις. Για παράδειγμα, η μη πρόβλεψη κόστους περιβαλλοντικής διαχείρισης αποτελεί σοβαρή έλλειψη. Αντιθέτως, η απαίτηση για 24ωρη διαθεσιμότητα οχήματος με οδηγό για τη μετακίνηση των επιβλεπόντων της υπηρεσίας είναι μη ρεαλιστική, παρόλο που υπάρχει η αντίστοιχη πρόβλεψη στην ΕΣΥ. Είθισται η μετακίνηση να γίνεται με το όχημα του εκπροσώπου του αναδόχου, είτε με ίδια μέσα των υπαλλήλων και αυτό το γνωρίζουν και το συνυπολογίζουν οι οικονομικοί φορείς κατά τη σύνταξη των προσφορών τους. γ) Επιπλέον, σε περίπτωση που ο εκπρόσωπος του αναδόχου είναι και έμπειρος μηχανικός, τότε είναι στη διακριτική του ευχέρεια και μόνο να ζητήσει έξτρα αμοιβή ως τεχνικός ασφαλείας, καθώς ακριβώς η ιδιότητα του ως μηχανικός του επιτρέπει να εξοικονομήσει το αντίστοιχο κόστος και να είναι πιο ανταγωνιστικός από άλλους οικονομικούς φορείς που δεν έχουν τη δυνατότητα αυτή. δ) Αντίστοιχα, η οικογενειακή κατάσταση του προσωπικού δεν είναι στη δικαιοδοσία της

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

αναθέτουσας αρχής να προβεί σε αυθαίρετες εκτιμήσεις και διορθώσεις. ε) Με την ίδια λογική, οι απαιτούμενες μέρες για την ολοκλήρωση μιας εργασίας επαφίεται στην εμπειρία και στη κρίση του προσφέροντα. Στην αναφερόμενη με αρ. 1055/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ που επικαλείται ο προσφεύγων, έγινε υπολογισμός της μέσης ταχύτητας των φορτηγών. Αντίστοιχα, γίνεται και εδώ από τον προσφεύγοντα υπολογισμός μιας μέσης ταχύτητας και ενός μέσου κόστους καυσίμων. Κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής, οι ανωτέρω ισχυρισμοί μπορεί να κριθούν ως αληθείς, μόνο όταν οι συνθήκες του έργου είναι συγκεκριμένες και αδιαμφισβήτητες. Όμως στο συγκεκριμένο έργο, η εκτίμηση μιας μέσης απόστασης από την υπηρεσία, μπορεί να διαφέρει από την εκτίμηση του οικονομικού φορέα για την πραγματική απόσταση που πρέπει να διανυθεί. Για αυτό το λόγο, το άρθρο απομάκρυνσης αδρανών υλικών πληρούται με βάση κυβικά μέτρα και όχι απολογιστικά με τις ώρες εργασίας των φορτηγών. Εν κατακλείδι και βάσει αντίστοιχων αποφάσεων της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή και αντίστοιχα τα γνωμοδοτικά όργανα δεν έχουν τη δυνατότητα να προβαίνουν σε αυθαίρετες διορθώσεις των κοστολογίων που παραθέτει ένας οικονομικός φορέας, εάν αυτά δεν είναι πρόδηλα λανθασμένα, ή απουσιάζουν πασιφανώς. Μέσα από τη διαδικασία των αιτιολογήσεων κρίνεται αν ο οικονομικός φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει ορθά το έργο και έχει κάνει εκτίμηση των κοστολογίων και των υποχρεώσεών του, μέσα στα πλαίσια της επιστήμης και της πρακτικής των δημοσίων έργων. Κατά την άποψη της υπηρεσίας δεν διαπιστώθηκε σοβαρή έλλειψη στην προσφορά του οικονομικού φορέα «*****» που να υποδηλώνει αδυναμία εκτέλεσης του έργου και να είναι λόγος αποκλεισμού του ως προσωρινός μειοδότης. Ε. Αναφορικά με τα έργα που εκτελεί η εταιρία « *****» στις 6/5/2019, με προθεσμία περαίωσης 8 μήνες και προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 72,58%. Το έργο εκτελείται κανονικά. Επίσης έχει υπογράψει σύμβαση με την *****» στις 5/7/2019, με προθεσμία περαίωσης 8 μήνες και προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 71,34%. Το έργο εκτελείται κανονικά.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα, κατ' εφαρμογή του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν.4412/2016, εμπρόθεσμα και παραδεκτώς

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

κατέθεσε στις 18-12-2020 στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ Υπόμνημα με το οποίο διέλαβε τα εξής: I (ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΕΣ ΕΞΕΛΙΞΕΙΣ) Α. ΙΔ' ΛΟΓΟΣ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ (χρονικώς συναρτημένα γενικά έξοδα εργολαβίας). 1) Ιστορικό. 1.1. (αιτιολογική έκθεση): Για να υπολογίσει τα χρονικώς συναρτημένα γενικά έξοδα της εργολαβίας, ο προσωρινός ανάδοχος χρησιμοποίησε την υπ' αριθ 9/2017 Εγκύκλιο του ΥΠΟΜΕ. Συγκεκριμένα, στον Πίνακα 5 της αιτιολογικής του έκθεσης ανέφερε, μία προς μία, όλες τις (10 συνολικά) κατηγορίες δαπανών που προβλέπονται στην υπόψη Εγκύκλιο και έναντι αυτής, παρέθεσε το αντίστοιχο κόστος, το οποίο: α) Στις 6 εκ των 10 περιπτώσεων (συμπεριλαμβανομένης της δαπάνης γι συμμόρφωση στους περιβαλλοντικούς όρους) θεωρήθηκε μηδενικό, άνευ οιασδήποτε σχετικής επεξηγήσεως. β) Σε 3 περιπτώσεις (χρήση & λειτουργία εργοταξιακών εγκαταστάσεων, συντήρηση του έργου και αναλογούν κόστος έδρας) παρατέθηκαν κάποια (ελάχιστα) ποσά (500, 6.000 και 800 ευρώ αντίστοιχα) και πάλι χωρίς διευκρίνιση περί του τρόπου με τον οποίο αυτά προέκυψαν. γ) Μόνο σε μία περίπτωση και συγκεκριμένα για το προσωπικό γενικής επιστασίας δόθηκε κάποια (αβάσιμη και αόριστη) επεξήγηση, δια του Πίνακα 5α, σύμφωνα με τον οποίο, το εν λόγω προσωπικό θα αποτελείται από τρία άτομα και θα κοστίσει (συμπεριλαμβανομένης της ασφαλιστικής δαπάνης) 17.424 ευρώ. Με τον τρόπο αυτό, η παρεμβαίνουσα υπολόγισε τα υπόψη έξοδά της σε 24.724 ευρώ, συνολικά. 1.2. (προδικαστική προσφυγή): Με τον ΙΔ' λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίστηκε ότι εφόσον η παρεμβαίνουσα επέλεξε να αιτιολογήσει το επίμαχο κόστος χρησιμοποιώντας την Εγκύκλιο 9/2017, όφειλε, είτε να εφαρμόσει τους σε αυτή προβλεπόμενους συντελεστές, είτε να εξηγήσει τους λόγους για τους οποίους υπολόγισε ποσά μικρότερα από αυτά που προκύπτουν εξ αυτών (συντελεστών). Κατόπιν τούτων, εφάρμοσε τους προβλεπόμενους συντελεστές για κάθε μία δαπάνη επί τη βάση του άμεσου κόστους της εργολαβίας, όπως αυτό υπολογίσθηκε από τον προσωρινό ανάδοχο [δηλαδή επί του ποσού του 1.023.594,45, το οποίο προκύπτει από το αναφερόμενο στον Συγκεντρωτικό Πίνακα Δαπανών της αιτιολογικής του έκθεσης συνολικό κόστος (1.131.634,32 ευρώ), αφαιρουμένων των δαπανών

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

που αφορούν στο έμμεσο κόστος, ήτοι των γενικών εξόδων (62.500 ευρώ), των χρονικώς συναρτημένων γενικών εξόδων (24.724 ευρώ) και του ΙΚΑ εργατοτεχνιτών (20.815,87 ευρώ)] και, με, απλούς, μαθηματικούς υπολογισμούς, κατέληξε στο συμπέρασμα, ότι το κόστος των χρονικώς συναρτημένων γενικών εξόδων του ανέρχεται σε 93.249,47 ευρώ, ήτοι είναι μεγαλύτερο κατά $(93.249,47 - 24.724 =) 68.525,47$ ευρώ του υπολογισθέντος, διαφορά η οποία υπερκαλύπτει το προσδοκώμενο κέρδος του και αρκεί, άνευ άλλου τινός, για να καταστήσει ζημιογόνο και, συνεπώς, απορριπτέα την προσφορά του.

1.3. (ακυρωθείσα απόφαση): Οι ανωτέρω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας απορρίφθηκαν δια της 28ης σκέψης της υπ' αριθ 1329/2019 απόφασης, με την αιτιολογία περί του ότι «η Εγκύκλιος 9/2017 είναι μόνο ενδεικτική ειδικά όσον αφορά στον προσδιορισμό συγκεκριμένων ποσοστών». Αναφέρεται επίσης, ότι ο προσωρινός ανάδοχος «υπολόγισε τις ανωτέρω δαπάνες λόγω των ευνοϊκών συνθηκών εκτέλεσης ίδιων έργων στην περιοχή, ενώ έχει συνυποβάλει και πιστοποιητικό ISO περιβαλλοντικής διαχείρισης».

2) Νέα νομολογιακά δεδομένα.

2.1. Η ανωτέρω (υπό 1.3.) αιτιολογία δεν μπορεί, πλέον, να ευσταθήσει, ενόψει της διαμορφωθείσας, πάγιας και ad hoc, νομολογίας που έχει διαμορφωθεί επί του κρισίμου θέματος. Συγκεκριμένα, αναφέρεται στις υπ' αριθ 148/2020 και 252/2020 αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, αλλά και στην υπ' αριθ 811,812,813/2020 απόφαση του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

2.2. Συγκεκριμένα, γίνονται (παγίως, πλέον) δεκτά τα ακόλουθα:

α) Με την Εγκύκλιο 9/2017 προσδιορίζονται ενιαία τα γενικά έξοδα των υποψηφίων, υπό την έννοια, ότι οι δαπάνες που προκύπτουν από αυτήν είναι, καταρχήν, οι ελάχιστες που μπορούν να προβλεφθούν ώστε να καλυφθούν οι απαιτήσεις των τευχών δημοπράτησης και να αντιμετωπισθούν οι ιδιαίτερες συνθήκες του έργου.

β) Οι συντελεστές της εν λόγω Εγκυκλίου πρέπει να εφαρμόζονται επί του προϋπολογισμού δημοπράτησης και όχι επί του προϋπολογισμού προσφοράς του υποψηφίου (πολλώ δε μάλλον επί του εκτιμώμενου δια της αιτιολογικής του εκθέσεως άμεσου κόστους του έργου, επί του οποίου τους εφάρμοσα εγώ, στην προσφυγή, καταλήγοντας, πάντως, ακόμα και έτσι, σε διαφορά που εκμηδενίζει το αναμενόμενο κέρδος της

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

παρεμβαίνουσας). γ) Ο υποψήφιος που επιλέγει να αιτιολογήσει το έμμεσο κόστος χρησιμοποιώντας την ανωτέρω Εγκύκλιο, δεν δύναται να αμφισβητήσει την εφαρμογή της. δ) Δεν αποκλείεται ο διαγωνιζόμενος να επικαλεσθεί και να αποδείξει συγκεκριμένες ειδικές συνθήκες της επιχείρησής του, εκ των οποίων προκύπτει εξοικονόμηση δαπάνης σε σχέση με αυτήν που προκύπτει από την εφαρμογή των συντελεστών της υπόψη Εγκυκλίου. 2.3. Ειδικότερα, αναφέρεται στις ακόλουθες σκέψεις της υπ' αριθ 148/2020 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών: «13. Με την υπ' αριθμ. 9/ΔΝΣβ'/οικ.29145/Φ. ΕΓΚΥΚΛ/25.4.2017, εγκύκλιο του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών με θέμα: «Παροχή διευκρινήσεων 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)>», ορίζονται τα κάτωθι: ... Τα προκύπτοντα ποσοστά των Γενικών Εξόδων του Έργου ανέρχεται σε 15,5% και με την θεώρηση ότι το εύλογο προσδοκώμενο όφελος ανέρχεται σε 2,5% προκύπτει τελικό σύνολο ΓΕΝΙΚΩΝ ΕΞΟΔΩΝ ΕΡΓΟΥ ΚΑΙ ΕΡΓΟΛΑΒΙΚΟΥ ΟΦΕΛΟΥΣ 18%. Στην ως άνω εγκύκλιο επισυνάπτεται πίνακας με τα οριζόμενα ανά κονδύλιο ποσοστά. ... 15. ... Ορθώς η Ομάδα Εργασίας, ακολουθώντας ομοίως την διάρθρωση δαπανών και τους συντελεστές της προαναφερθείσας εγκυκλίου, προέβη σε "ενιαίο" για το επίδικο έργο υπολογισμό των γενικών εξόδων του εργοταξίου, έπραξε, όμως, τούτο λαμβάνοντας υπ' όψη, τις δαπάνες που, κατ' αυτήν, είναι οι ελάχιστες που μπορούν να προβλεφθούν, ώστε να καλυφθούν οι απαιτήσεις των τευχών δημοπρατήσεως και να αντιμετωπισθούν οι ιδιαίτερες συνθήκες (τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά) του έργου. Ο κατά τα ανωτέρω υπολογισμός των γενικών εξόδων του εργοταξίου του επίδικου έργου δεν έχει την έννοια ότι, κατά την αιτιολόγηση υπερβολικά χαμηλής προσφοράς, αποκλείεται η εκ μέρους διαγωνιζόμενου επίκληση και απόδειξη της συνδρομής για την επιχείρησή του ειδικών συνθηκών αναφορικά με την εγκατάσταση και την λειτουργία του συγκεκριμένου εργοταξίου, εν όψει των οποίων ειδικών συνθηκών ο διαγωνιζόμενος εξοικονομεί δαπάνη σε σχέση με την κατά τα ανωτέρω καθορισθείσα από την Ομάδα Εργασίας. Συνεπώς, το παράπονο της

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

παρεμβαίνουσας ότι ο εκ μέρους της Ομάδας Εργασίας υπολογισμός των γενικών εξόδων του εργοταξίου του επίδικου έργου έχει ως αποτέλεσμα να εξισώνονται αυθαίρετα όλοι οι διαγωνιζόμενοι δεν φαίνεται βάσιμος. (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ Μ769/2005). Εξ άλλου, όπως προκύπτει από το οικείο πρακτικό της Ομάδας Εργασίας οι υπολογισθείσες από την παρεμβαίνουσα, ευνοϊκές ειδικές συνθήκες αναφορικά με τις δαπάνες εργοταξιακής εγκαταστάσεως κρίθηκαν από την Ομάδα Εργασίας ως ορθώς υπολογισθείσες, ήτοι οι με α/α Α1 έως και Α4 δαπάνες όπως επίσης και οι δαπάνες Α10 κρατήσεις έργου, Α11 εγγυητικές επιστολές, οι οποίες υπολογίζονται βάσει νόμου, καθώς επίσης οι δαπάνες Α12 ασφάλιση έργου όπου η Ομάδα Εργασίας μείωσε τη δαπάνη αιτιολόγησης από 8.709,09 ευρώ που είχε υπολογίσει και δηλώσει η παρεμβαίνουσα σε 7.400 ευρώ βάσει προσκομισθείσας από αυτά προσφοράς (όπως οι δαπάνες αυτές περιγράφονται στην σκέψη 12 και 13). Περαιτέρω όπως προβάλλει η αιτούσα και προκύπτει και από την τεχνική έκθεση της Ομάδας Εργασίας, η παρεμβαίνουσα εφάρμοσε τα ποσοστά της εγκυκλίου όχι στην προσφερόμενη από αυτή τιμή, όπως εσφαλμένα δέχτηκε η προσβαλλόμενη απόφαση, ήτοι στο ποσό του συνολικού κόστους εργασιών του έργου ύψους 3.417.783,85 ευρώ (Δαπάνη ομάδας εργασιών Α: Χωματουργικά - Τεχνικά - Ασφαλτικά - Σήμανση 3.045.984,65 ευρώ + Δαπάνη ομάδας εργασιών Β: Υδραυλικές εργασίες 371.799,20 ευρώ) όπως προκύπτει από το 75493/20.11.2018 έντυπο της οικονομικής προσφοράς, αλλά στο ποσό των 2.971.675,67 ευρώ που είναι κατ' αυτήν το συνολικό κόστος εργασιών του έργου. Με αυτό τον τρόπο εξήγαγε υποδεέστερο έμμεσο κόστος της προσφοράς της, χρησιμοποιώντας υποδεέστερο και εσφαλμένο ποσό αναφοράς. Εξάλλου, άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλεται από την παρεμβαίνουσα ότι δεν ήταν δεσμευτική εν προκειμένω η επίμαχη εγκύκλιος στην οποία δεν γίνεται αναφορά στη διακήρυξη του διαγωνισμού και δεν εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο αυτής, εφόσον, κατά τα προεκτεθέντα η παρεμβαίνουσα χρησιμοποίησε την εγκύκλιο αυτή με τα προτεινόμενα επί μέρους ποσοστά άμεσου κόστους (κόστους εργασιών), κατά το στάδιο αιτιολόγησης της προσφοράς της προκειμένου να αποδείξει ότι ανταποκρίθηκε στις απαιτήσεις της εγκυκλίου αυτής (πρβλ. ΣτΕ

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

1401/2007). Η κατά το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 κλήση των διαγωνιζομένων προς αιτιολόγηση των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών δε συνεπάγεται περιορισμούς στον τρόπο αιτιολογήσεως των ανωτέρω προσφορών, αλλά οι διαγωνιζόμενοι που υπέβαλαν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές μπορούν να επικαλεσθούν προς αιτιολόγηση μιας τέτοιας προσφοράς οποιοδήποτε στοιχείο που, κατ' αυτούς, θεμελιώνει ευνοϊκές για τον προσφέροντα συνθήκες, οι οποίες δικαιολογούν την οικονομία που ο προσφέρων προβάλλει ότι επιτυγχάνει με την συνδρομή τους. Στην προκειμένη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα δεν επιχείρησε τον δι' άλλης μεθόδου ή στοιχείων προσδιορισμό του κονδυλίου των γενικών εξόδων και του εργολαβικού της οφέλους αλλά, όπως προαναφέρθηκε, προσέφυγε απ' ευθείας στην επίμαχο εγκύκλιο. Ως εκ τούτου, παρίσταται αντιφατική και αλυσιτελής η αμφισβήτηση από την αιτούσα της ορθότητας του προβλεπόμενου από την εν λόγω εγκύκλιο τρόπου υπολογισμού των ΓΕ και ΟΕ εφ' όσον αυτή δεν επικαλείται ότι προσκόμισε συγκεκριμένα στοιχεία προς τεκμηρίωση των υπολογισθέντων από αυτήν γενικών εξόδων αλλά, όπως προαναφέρθηκε, περιορίσθηκε στην εφαρμογή της ήδη υπ' αυτής αμφισβητούμενης μεθόδου υπολογισμού. Εξ άλλου, η παρεμβαίνουσα, αν και επέλεξε την προτεινόμενη από την εγκύκλιο του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών μέθοδο υπολογισμού των έμμεσου κόστους της προσφοράς της, κατά την εφαρμογή των προαναφερθέντων σχετικών ποσοστών χρησιμοποίησε όπως προαναφέρθηκε αντί του προϋπολογισμού της υπηρεσίας το κατ' αυτήν συνολικό κόστος εργασιών του έργου (πρβλ ΣτΕ ΕΑ Μ769/2005)». 2.4. Αναφέρεται η προσφεύγουσα, επίσης, και στις ακόλουθες σκέψεις της υπ' αριθ 252/2020 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών: «Όπως γίνεται δεκτό από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ο βάσει των εκδοθεισών εγκυκλίων (εν προκειμένω της εγκυκλίου 9/2017 του ΥΠΟΜΕ) υπολογισμός των γενικών εξόδων του εργοταξίου του προς κατασκευή έργου, δεν έχει την έννοια ότι, κατά την αιτιολόγηση υπερβολικά χαμηλής προσφοράς, αποκλείεται η εκ μέρους διαγωνιζομένου επίκληση και απόδειξη της συνδρομής για την επιχείρησή του ειδικών συνθηκών αναφορικά με την εγκατάσταση και την λειτουργία του συγκεκριμένου εργοταξίου, εν όψει των οποίων ειδικών

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

συνθηκών ο διαγωνιζόμενος εξοικονομεί δαπάνη σε σχέση με την προκύπτουσα από την εν λόγω εγκύκλιο και επομένως, δεν μπορεί βασίμως να υποστηριχθεί ότι ο υπολογισμός αυτός έχει ως αποτέλεσμα να εξισώνονται αυθαίρετα όλοι οι διαγωνιζόμενοι (πρβλ σχετ. ΣτΕ ΕΑ 769/2005, 280/2005, 279/2005. Δ.Εφ.Αθ. Μονομ. 148/2020). Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 8.2. της ένδικης διακήρυξης "Τα γενικά έξοδα ... του Αναδόχου ... καθορίζονται στο αντίστοιχο άρθρο της Ε.Σ. Υ.". Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι τα γενικά έξοδα υπολογίζονται κατ' αρχήν με βάση τον προϋπολογισμό του έργου και όχι με βάση την προσφορά του αναδόχου (πρβλ σχετ. ΣτΕ 3638/2008, ΣτΕ ΕΑ 79/2006, 787/2005, όπου κρίνεται εσφαλμένος ο υπολογισμός μηχανόσημου βάσει της προσφοράς του διαγωνιζόμενου). Στην προκειμένη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα εταιρεία, έχοντας δώσει προσφορά με έκπτωση 63,15%, υπολόγισε το έμμεσο κόστος του έργου, το οποίο περιλαμβάνει τα γενικά έξοδα του εργοταξίου σε 51.361,50 ευρώ, βάσει όμως της υποβληθείσας προσφοράς της και όχι βάσει του προϋπολογισμού του έργου». 3) Συμπεράσματα. 3.1. Σύμφωνα με το άρθρο 11.1. της διακήρυξης, ο προϋπολογισμός εκτέλεσης των εργασιών της υπό ανάθεση σύμβασης (χωρίς απρόβλεπτα και ΓΕ & ΟΕ) ανέρχεται σε 3.090.165 ευρώ. Οι προβλεπόμενοι από την Εγκύκλιο 9/2017 συντελεστές για τα χρονικώς συναρτημένα γενικά έξοδα της εργολαβίας συμποσούνται σε 9,35% (επί του προϋπολογισμού δημοπράτησης). Επομένως, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος επέλεξε να αιτιολογήσει το υπόψη σκέλος της προσφοράς του με χρήση της εν λόγω Εγκυκλίου, τα χρονικώς συναρτημένα γενικά έξοδά του ανέρχονται σε $(3.090.165 \times 9,35\% =) 288.930,42$ ευρώ. Λαμβανομένου υπόψη του ότι το αναμενόμενο κέρδος του υπολογίζεται σε 39.794,79 ευρώ (ακόμα και αν απορριφθούν όλοι οι υπόλοιποι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας) εξ αυτού, και μόνο, του λόγου προκύπτει ζημία $(288.930,42 - 39.794,79 =) 249.135,63$ ευρώ, γεγονός που αρκεί για την, άνευ άλλου τινός, απόρριψη της επίμαχης αιτιολόγησης και ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής. 3.2. Τυχάνει, περαιτέρω, ερευνητέο το αν ο προσωρινός μειοδότης επικαλέσθηκε και απέδειξε εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που συντρέχουν υπέρ της επιχειρήσεώς του και μειώνουν τα χρονικώς συναρτημένα γενικά του έξοδα

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

σε σχέση με αυτά που προκύπτουν από την εφαρμογή της υπόψη Εγκυκλίου (την οποία ο ίδιος επέλεξε να χρησιμοποιήσει). Θεωρώ, ότι από απλή ανάγνωση της αιτιολογικής εκθέσεως του προσωρινού μειοδότη, αλλά και από την παρέμβασή του, προκύπτει ότι δεν προβάλλεται ο οιοσδήποτε, συγκεκριμένος, ισχυρισμός, περί, συγκεκριμένων, ευνοϊκών συνθηκών, που επέδρασαν με συγκεκριμένο τρόπο και σε συγκεκριμένη έκταση, μειωτικά, στα επίμαχα κονδύλια των χρονικώς συναρτημένων γενικών εξόδων. Άλλοις λόγους, ο προσωρινός ανάδοχος δεν ανέφερε τι ακριβώς θα εξοικονομήσει και με ποιον ακριβώς τρόπο. Αντίθετα, προκύπτει, ότι η παρεμβαίνουσα, αν και χρησιμοποίησε την επίμαχη Εγκύκλιο, δεν έδωσε την οιαδήποτε εξήγηση περί του λόγου για τον οποίο απέστη από τα προκύπτοντα εξ αυτής. 3.3. Πάντως, στην ακυρωθείσα απόφαση της ΑΕΠΠ αναφέρονται σχετικώς τα εξής: α) Ότι ο προσωρινός μειοδότης προσκόμισε ISO περιβαλλοντικής διαχείρισης. Πλην όμως, όπως προκύπτει και από την ίδια την τιτλοφόρησή τους, τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας (ISO) αφορούν στην ποιοτική εκτέλεση κάποιας εργασίας ή υπηρεσίας και δεν συνεπάγονται, ασφαλώς, ότι αυτή (εργασία ή υπηρεσία) διενεργείται αδαπάνως από αυτόν που τα κατέχει. Έτσι, η κατοχή ISO περιβαλλοντικής διαχείρισης εκ μέρους του προσωρινού μειοδότη, διασφαλίζει, ότι θα ανταποκριθεί ποιοτικά όσον αφορά *«στις μετρήσεις γενικών δεικτών και παραμέτρων που προβλέπονται στους εγκεκριμένους περιβαλλοντικούς και λοιπούς όρους και στην λήψη μέτρων για συμμόρφωση προς αυτούς»*, δεν συνεπάγεται, όμως, επ' ουδενί, ότι οι εν λόγω ενέργειες θα διεξαχθούν αδαπάνως, ότι δηλαδή θα μειωθεί, έστω και κατ' ελάχιστο (πολλώ δε μάλλον ότι θα εκμηδενισθεί) το κόστος των $(3.090.165 \times 0,20\% =) 6.180,33$ ευρώ, που προκύπτει από την εφαρμογή της ανωτέρω Εγκυκλίου. β) Ότι συντρέχουν ευνοϊκές συνθήκες λόγω εκτέλεσης (απροσδιόριστων) ίδιων έργων στην περιοχή. Καταρχήν, τέτοιος ισχυρισμός δεν προβλήθηκε στην αιτιολογική έκθεση. Αντιθέτως, προβλήθηκε για πρώτη φορά με την παρέμβαση, σύμφωνα με την οποία ο προσωρινός ανάδοχος εκτελεί και άλλα τρία αντιπλημμυρικά έργα, συνολικού προϋπολογισμού $(111.094 + 500.000 + 800.000 =) 1.411.094$ ευρώ (ήτοι συνολικού προϋπολογισμού λιγότερου του ενός τρίτου του

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

προϋπολογισμού δημοπράτησης του υπό ανάθεση έργου). Πέραν τούτου, ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί, ότι τα υπόψη, μικρά, έργα δύνανται να έχουν την όποια επίπτωση στα χρονικώς συναρτημένα γενικά έξοδα της υπό ανάθεση εργολαβίας, μπορεί, λογικά, να υποτεθεί, μόνο, ότι τα μειώνουν σε κάποιο (αντίστοιχα μικρό) βαθμό, όχι όμως και ότι τα εκμηδενίζουν. Παρά ταύτα: i. Όπως προαναφέρθηκε (υπό 1.1.), στις 6 εκ των 10 κατηγοριών χρονικώς συναρτημένων γενικών εξόδων υπολογίζεται μηδενικό κόστος. ii. Το κόστος χρήσης και λειτουργίας εργοταξιακών εγκαταστάσεων και ευκολιών, υπολογίζεται βάσει της υπόψη Εγκυκλίου σε $(3.090.165 \times 0,70\% =) 21.631,16$ ευρώ, ενώ ο προσωρινός ανάδοχος το υπολόγισε σε, μόλις, 500 ευρώ. Ακόμα, λοιπόν, και αν υποτεθεί, ότι για όλα αυτά τα τέσσερα έργα (ήτοι τα τρία υπό εκτέλεση και το υπό ανάθεση) θα χρησιμοποιηθούν κοινές εργοταξιακές εγκαταστάσεις και ευκολίες, το ανωτέρω ποσό των 21.631,16 ευρώ θα μπορούσε να μειωθεί αναλογικά (λαμβάνομένου υπόψη και του τριπλάσιου προϋπολογισμού της υπό ανάθεση εργολαβίας), όχι όμως και να φτάσει στο επίπεδο των 500 ευρώ. iii. Υπάρχουν και ορισμένες κατηγορίες κόστους, όπως οι τόκοι κεφαλαίων κίνησης και το χρηματοοικονομικό κόστος, που δεν είναι, εννοιολογικά, δυνατό να επηρεαστούν καθ' οιονδήποτε τρόπο από την ταυτόχρονη εκτέλεση και άλλων εργολαβιών. iv. Το «αναλογούν σε σχέση με τη συμμετοχή του έργου στον κύκλο εργασιών της επιχείρησης κόστος έδρας επιχείρησης ή/και λειτουργίας», υπολογίζεται βάσει της Εγκυκλίου σε $(3.090.165 \times 2,20\% =) 67.983,63$ ευρώ. Εφόσον πρόκειται περί αναλογίας εκτελούμενου έργου/συνολικού αριθμού έργων, εξυπακούεται ότι το ανωτέρω ποσοστό (2,2%) έχει καθοριστεί με βάση την παραδοχή της ταυτόχρονης εκτέλεσης πλειόνων έργων. Επομένως, η εκτέλεση των λοιπών τριών (μικρών) έργων που εκτελεί ο προσωρινός ανάδοχος στην ίδια περιοχή, δεν επηρεάζει το ανωτέρω κόστος και, πάντως, δεν δύναται να το περιορίσει στο ελάχιστο ποσό των 800 ευρώ, στο οποίο αυτός το υπολόγισε. 4) Τελική παρατήρηση. 4.1. Εκ περισσού αναφέρει η προσφεύγουσα ότι η βασιμότητα των επίμαχων ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν μπορεί να τεθεί εν αμφιβόλω με βάσει τα διαλαμβανόμενα στην δική της αιτιολογική έκθεση και για νομικούς, αλλά και για

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

ουσιαστικούς λόγους. 4.2. Από νομικής απόψεως, αναφέρεται στις ακόλουθες σκέψεις της υπ' αριθ 252/2020 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών: «13. Επειδή, όσον αφορά τον υπό στοιχείο (α) λόγο της προσφεύγουσας και ήδη αιτούσας ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (εσφαλμένος υπολογισμός της ποσότητας διάστρωσης συγκολλητικής 0,30 κιλά/τ.μ., αντί της ορθής, βάσει του Περιγραφικού Τιμολογίου της μελέτης, 0,50 κιλά/τ.μ.), με την προσβαλλόμενη απόφαση έγινε δεκτό ότι, όπως προέβαλαν τόσο η αναθέτουσα αρχή, όσο και η παρεμβαίνουσα εταιρεία και ουδόλως αμφισβήτησε η προσφεύγουσα και ήδη αιτούσα, η ίδια υπολόγισε την ίδια ποσότητα διάστρωσης συγκολλητικής 0,30 κιλά/τ.μ. και, επομένως, ανεξαρτήτως της βασιμότητας του ως άνω ισχυρισμού, εφόσον η προσφορά της έφερε την αυτή πλημμέλεια, ο ισχυρισμός της ήταν σε κάθε περίπτωση απορριπτέος ως απαραδέκτως και δη ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος. Η αιτιολογία όμως αυτή της προσβαλλόμενης απόφασης πιθανολογείται σοβαρά ότι είναι μη νόμιμη, σύμφωνα με τα βασίμως προβαλλόμενα από την αιτούσα. Ειδικότερα, η αιτούσα δεν στερούνταν του δικαιώματος να προβάλει την σχετική πλημμέλεια εκ του ότι η προσφορά της είχε την ίδια πλημμέλεια με εκείνη που προσάπτει στην προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας. Τούτο δε, διότι η νομιμότητα της απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που η αιτιολόγηση της προσφοράς της αιτούσας κρίθηκε αποδεκτή, δεν ήχθη προς κρίση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. και δεν θα μπορούσε να ελεγχθεί παρεμπιπτόντως από αυτή, επιφυλασσόμενης, σε κάθε περίπτωση, της δυνατότητας της μεν Διοίκησης να ανακαλέσει την αποδοχή της αιτιολόγησής της, εάν θεωρήσει ότι συντρέχει η επικαλούμενη πλημμέλεια, του δε αρμοδίου δικαστηρίου, επιλαμβανόμενου σχετικού ενδίκου βοηθήματος κατ' αυτής, να την ακυρώσει για το λόγο αυτό (ΣτΕ ΕΑ 127/2015, 607/2010, 56/2008, Δ. Εφ.Αθ. Μονομ. 143/2020)». 4.3. Από ουσιαστικής απόψεως, στην αιτιολογική έκθεση της προσφεύγουσας υπολογίζονται, αναλυτικά και τεκμηριωμένα, όλα τα γενικά έξοδα, χωρίς αναφορά στην επίμαχη Εγκύκλιο και χωρίς χρήση αυτής. Β. Α' ΛΟΓΟΣ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ (παράλειψη γνωμοδότησης της Επιτροπής Διαγωνισμού). 1) Ιστορικό. 1.1. Με τον Α' λόγο της προσφυγής της η

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

προσφεύγουσα ισχυρίσθηκε ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δικαιούτο να εκδώσει την προσβαλλόμενη απόφασή της χωρίς να λάβει τη γνωμοδότηση επί των υποβληθεισών αιτιολογήσεων της αποκλειστικά αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού. 1.2. Δια της ακυρωθείσας απόφασης δεν αμφισβητήθηκε η πραγματική βάση των ισχυρισμών της, δεν αμφισβητήθηκε δηλαδή, ότι πράγματι, το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο (Επιτροπή Διαγωνισμού) καταργήθηκε από την αναθέτουσα αρχή και αντικαταστάθηκε από άλλο (Εκτακτη Επιτροπή), το οποίο, μάλιστα, συγκροτήθηκε με πρωτοφανή και εντελώς αδιαφανή τρόπο. Πλην όμως, δια της 15ης σκέψης της ακυρωθείσας απόφασης, ο σχετικός λόγος προσφυγής της απορρίφθηκε με την αιτιολογία περί του ότι, εφόσον τα νομίμως διορισθέντα (δια κληρώσεως και δια ορισμού από τρίτους φορείς) μέλη της Επιτροπής Διαγωνισμού αρνήθηκαν (για αδιευκρίνιστους λόγους και υπό αδιευκρίνιστες περιστάσεις) να γνωμοδοτήσουν επί των αιτιολογήσεων, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε άλλη επιλογή από το να καταργήσει το ίδιο το όργανο (και όχι να αντικαταστήσει τα μέλη του που, υποτίθεται ότι, παρέβαιναν τα καθήκοντά τους) και να το αντικαταστήσει με άλλο όργανο, συγκροτηθέν με τον τρόπο της αρεσκείας της. 2) Νέα νομολογιακά δεδομένα. 2.1. Η ανωτέρω (υπό 1.2.) αιτιολογία δεν μπορεί, πλέον, να ευσταθήσει, ενόψει της νομολογίας που διαμορφώθηκε επί του κρίσιμου θέματος. Συγκεκριμένα, αναφέρεται η προσφεύγουσα στην υπ' αριθ 184/2020 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας. Δια της εν λόγω αποφάσεως έγινε δεκτό, ότι ναι μεν η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να αναθέσει το έργο της εξέτασης των αιτιολογήσεων σε Ομάδα Εργασίας, πλην όμως, οφείλει, πάντοτε, πριν αποφασίσει αν θα τις αποδεχθεί ή θα τις απορρίψει, να θέσει την σχετική έκθεση της Ομάδας Εργασίας υπόψη και της Επιτροπής Διαγωνισμού, προκειμένου να λάβει και τη δική της γνώμη. 2.2. Συγκεκριμένα, έγιναν δεκτά τα εξής: «13. Επειδή, το άρθρο 18 παρ. 1 του ανωτέρω ν. 4412/2016 με τον τίτλο "Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων", το οποίο ενσωματώνει αυτούσια στην εθνική έννομη τάξη τη διάταξη του άρθρου 18 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζει ότι οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

χωρίς διακρίσεις και «ενεργούν με διαφάνεια». Περαιτέρω, το άρθρο 221 του ιδίου ως άνω νόμου, το οποίο φέρει τον τίτλο "Όργανα διενέργειας διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων", ορίζει ότι: "1. Στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, τα όργανα που γνωμοδοτούν προς τα αποφαινόμενα όργανα ("γνωμοδοτικά όργανα") έχουν ιδίως τις ακόλουθες αρμοδιότητες: α) αξιολογούν τις προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής των προσφερόντων ή υποψηφίων, β) ελέγχουν την καταλληλότητα των προσφερόντων ή υποψηφίων για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, γ) ελέγχουν και αξιολογούν τις προσφορές, δ) ..., ε) εισηγούνται τον αποκλεισμό των προσφερόντων ή υποψηφίων από τη διαδικασία, την απόρριψη των προσφορών, την κατακύρωση των αποτελεσμάτων, την αποδέσμευση των εγγυήσεων, τη ματαίωση της διαδικασίας, στ) γνωμοδοτούν για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ζ) ... 3. Με απόφαση της αναθέτουσας αρχής συγκροτούνται γνωμοδοτικά όργανα για συγκεκριμένη σύμβαση ή περισσότερες ή σε ετήσια βάση για τις συμβάσεις που συνάπτει η αναθέτουσα αρχή. Η ύπαρξη οργάνων σε ετήσια βάση δεν αποκλείει τη συγκρότηση οργάνου συγκεκριμένης/ων σύμβασης ή συμβάσεων. Εφόσον τα όργανα συγκροτούνται σε ετήσια βάση, οι διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων που δεν έχουν ολοκληρωθεί εντός του έτους, συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από το ίδιο όργανο. ... Με τις αποφάσεις της παρούσας δύνανται να συγκροτούνται κατά περίπτωση και έκτακτες επιτροπές ή ομάδες εργασίας για την αντιμετώπιση ειδικών θεμάτων που αφορούν τις διαδικασίες σύναψης. Οι αποφάσεις συγκρότησης των γνωμοδοτικών οργάνων κοινοποιούνται στα μέλη αυτών και τους φορείς από τους οποίους αυτά προέρχονται. 4. Με την απόφαση της παραγράφου 3 εξειδικεύονται οι αρμοδιότητες, ο αριθμός και οι ιδιότητες των μελών, η λειτουργία των οργάνων (επιτροπών κ.λπ.), καθώς και κάθε άλλο αναγκαίο θέμα σχετικά με τα ανωτέρω. 5. ... 6. Για τη συγκρότηση και τη λειτουργία των συλλογικών οργάνων στις αναθέτουσες αρχές, που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 2690/1999 "Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας", εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις του ως άνω νόμου. ... 7. Στη σύνθεση των

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

γνωμοδοτικών οργάνων του παρόντος άρθρου μετέχει υποχρεωτικά ένα μέλος του Μη.Π.Υ.Δη.Συ. του άρθρου 344. 8. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, πέραν των ανωτέρω ισχύουν και τα ακόλουθα: α) . β) Όταν ως κριτήριο ανάθεσης χρησιμοποιείται η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης τιμής - ποιότητας ή η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης του έργου υπερβαίνει το όριο της περίπτωσης α', η επιτροπή διαγωνισμού αποτελείται από: αα) (όπως η υποπερ. αυτή αντικαταστάθηκε με το άρθρο 22 περ. 49 του ν. 4441/2016, Α' 227) Τέσσερις (4) τεχνικούς υπαλλήλους, κατηγορίας ΠΕ ή ΤΕ, με τους αναπληρωτές τους, εγγεγραμμένους στο μητρώο της περίπτωσης η' της παρούσας παραγράφου, με εμπειρία, τεχνική εξειδίκευση και ειδικότητες που προσιδιάζουν στις υπό ανάθεση κατηγορίες εργασιών. ββ) [όπως η υποπερ. αυτή ίσχυε κατά τον χρόνο συγκρότησης της Επιτροπής Διαγωνισμού της ***** έτους 2018 και προ της αντικατάστασής της με το άρθρο 107 παρ. 1 του ν. 4530/2018, Α' 59/30.3.2018) Έναν (1) εκπρόσωπο των Ο.Τ.Α. που υποδεικνύεται με τον αναπληρωτή του από την Περιφερειακή Ένωση Δήμων της έδρας της αναθέτουσας αρχής εγγεγραμμένους στο μητρώο της περίπτωσης στ'. γγ) Έναν (1) εκπρόσωπο του Τεχνικού Επιμελητηρίου της Ελλάδας (ΤΕΕ), που υποδεικνύεται με τον αναπληρωτή του από τα αρμόδια όργανα του ΤΕΕ εγγεγραμμένους στο μητρώο της περίπτωσης στ'. δδ) Έναν (1) εκπρόσωπο των εργοληπτικών οργανώσεων εγγεγραμμένους στο μητρώο της περίπτωσης στ', που υποδεικνύεται μαζί με τον αναπληρωτή του, από τις πανελλήνιες εργοληπτικές οργανώσεις, όταν πρόκειται για έργα των οποίων ο προϋπολογισμός εκτός ΦΠΑ και αναθεώρησης, ισούται ή υπερβαίνει το όριο εφαρμογής της Οδηγίας, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 5 ή και οργανώσεις σε επίπεδο *****, εφόσον υπάρχουν, στις λοιπές περιπτώσεις. γ) Η επιτροπή διαγωνισμού της περίπτωσης β', συγκροτείται από την αναθέτουσα αρχή του φορέα κατασκευής του έργου. δ) ... στ) Για τον ορισμό του εκπροσώπου τους, τα Επιμελητήρια, οι Περιφερειακές Ενώσεις Δήμων και οι εργοληπτικές οργανώσεις διενεργούν με ευθύνη τους δημόσια κλήρωση κατά τις κείμενες διατάξεις, ... από σχετικούς καταλόγους (μητρώα) προσώπων, που καταρτίζονται και τηρούνται με ευθύνη των παραπάνω φορέων. ... ζ) ... η) Συνιστάται και τηρείται στη Γενική

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

Γραμματεία Υποδομών Μητρώο Μελών Επιτροπών Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Έργων, Μελετών, Τεχνικών και Λοιπών Συναφών Επιστημονικών Υπηρεσιών (Μη.Μ.Ε.Δ.) Στο Μητρώο αυτό εγγράφονται τεχνικοί υπάλληλοι όλων των αναθετουσών αρχών ή αναθετόντων φορέων, των Ανεξάρτητων Αρχών και της Βουλής των Ελλήνων. ... 9. ... 10 (όπως το παρατιθέμενο δεύτερο εδάφιο αυτής ίσχυε μετά την αντικατάστασή του με το άρθρο 22 περ. 49 του ν. 4441/2016 και προ της εκ νέου αντικατάστασής του με το άρθρο 107παρ. 2 του ν 4530/2018, Α' 59/30.03.2018) ... Η κλήρωση διενεργείται υποχρεωτικά με βάση το ηλεκτρονικό σύστημα κληρώσεων της παραγράφου 6 του άρθρου 118, μεταξύ των τεχνικών υπαλλήλων του μητρώου της περίπτωσης η' της παραγράφου 8 του παρόντος άρθρου σε επίπεδο Περιφερειακής Ενότητας με βάση την έδρα της αναθέτουσας αρχής, οι οποίοι διαθέτουν τα προσόντα της υποπερίπτωσης αα' της περίπτωσης β' της παραγράφου 8 ή της περίπτωσης α' της παραγράφου 9, κατά περίπτωση". 14. Επειδή, όπως έχει γίνει δεκτό από το Δ.Ε.Ε. [για την ταυτοσήμου περιεχομένου με το άρθρο 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24) διάταξη του άρθρου 2 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ], η υποχρέωση διαφάνειας, με βάση την οποία οφείλουν να ενεργούν οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έχει κατ' ουσίαν ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους τους (βλ. αποφάσεις Δ.Ε.Ε. C- 599/2010, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκ. 25, C-278/14, Enterprise Focused Solutions, σκ. 26). Ο σκοπός δε αυτός δεν θα επετυγχάνετο στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή διατηρούσε την ευχέρεια να μην εφαρμόζει είτε τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε με τη διακήρυξη (βλ. Δ.Ε.Ε. C-278/14, Enterprise Focused Solutions, σκ. 27) είτε όρους επιβαλλόμενους με διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, οι οποίοι, μεταξύ άλλων, προσδιορίζουν επακριβώς τις αρμοδιότητες των οργάνων που είναι επιφορτισμένα με τη διενέργεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. 15. Επειδή, για την ενίσχυση και έμπρακτη κατοχύρωση της αρχής της διαφάνειας, ο νομοθέτης, μεταξύ άλλων, με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 221 του ν. 4412/2016, που αναφέρθηκαν στη σκέψη 13, προσδιόρισε ειδικώς και αναλυτικώς τις

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

αρμοδιότητες που "ιδίως" απολαμβάνουν τα αποκαλούμενα "γνωμοδοτικά όργανα" των διαγωνιστικών διαδικασιών, δηλαδή, τα όργανα που γνωμοδοτούν για κάθε ζήτημα της διαγωνιστικής διαδικασίας προς τα αποφαινόμενα όργανα, ενώ με τις διατάξεις των υπόλοιπων παραγράφων όρισε τις διαδικασίες συγκροτήσεώς τους καθώς και τις ιδιότητες και τον τρόπο επιλογής των μελών τους. Οι αρμοδιότητες των εν λόγω οργάνων, οι οποίες εκτείνονται χρονικώς από την έναρξη των διαγωνιστικών διαδικασιών έως και το στάδιο εκτελέσεως των ανατεθεισών συμβάσεων, περιλαμβάνουν, μεταξύ άλλων, την αρμοδιότητα τυπικού και ουσιαστικού ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών (περ. α', β' και γ'), την αρμοδιότητα της εισήγησης για την απόρριψη των προσφορών και την κατακύρωση των αποτελεσμάτων (περ. ε') και για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης (περ. στ'). Όσον δε αφορά τη συγκρότηση και τη σύνθεση των γνωμοδοτικών οργάνων, και προς κατοχύρωση της αρχής της διαφάνειας, ο νομοθέτης θέσπισε τις διατάξεις του άρθρου 221 του ν. 4412/2016 με βάση δύο βασικές αρχές. Πρώτον, οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν την ευχέρεια να επιλέγουν οι ίδιες τα μέλη των εν λόγω γνωμοδοτικών οργάνων. Τα πρόσωπα που στελεχώνουν τα γνωμοδοτικά όργανα των διαγωνισμών ορίζονται μόνο κατόπιν κληρώσεως μεταξύ, όσον αφορά ειδικώς τις δημόσιες συμβάσεις έργων, των προσώπων που περιλαμβάνονται σε ειδικώς τηρούμενα Μητρώα και προέρχονται από συγκεκριμένους δημόσιους ή επαγγελματικούς φορείς (τέσσερις τεχνικοί υπάλληλοι κατηγορίας ΠΕ ή ΤΕ, σε επίπεδο Περιφερειακής Ενότητας με βάση την έδρα της αναθέτουσας αρχής, έναν εκπρόσωπο των ΟΤΑ, έναν εκπρόσωπο του ΤΕΕ και έναν εκπρόσωπο των εργοληπτικών οργανώσεων). Δεύτερον, τα μέλη των γνωμοδοτικών επιτροπών πρέπει να είναι ικανά να αντιμετωπίσουν κάθε τεχνικό ή επιστημονικό ζήτημα που ανακύπτει κατά τη διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου και συγκεκριμένα, όσον αφορά ειδικώς τους τεχνικούς υπαλλήλους σε επίπεδο Περιφερειακής Ενότητας, να διαθέτουν "εμπειρία, τεχνική εξειδίκευση και ειδικότητες που προσιδιάζουν στις υπό ανάθεση κατηγορίες εργασιών" (γεγονός που τεκμαίρεται όσον αφορά τον εκπρόσωπο του ΤΕΕ και τον εκπρόσωπο των εργοληπτικών οργανώσεων). Ενόψει τούτων

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

συνάγεται, ότι ούτε οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να περιστέλλουν, με πράξεις ή παραλείψεις τους, τις αποκλειστικώς καθορισθείσες στον νόμο αρμοδιότητες των τακτικών γνωμοδοτικών οργάνων (δηλαδή των οργάνων που έχουν συγκροτηθεί με βάση τις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 221, με μέλη ορισθέντα κατόπιν κληρώσεως από τα ειδικά προβλεπόμενα μητρώα και προερχόμενα από συγκεκριμένους δημόσιους και επαγγελματικούς φορείς) ούτε τα γνωμοδοτικά όργανα δύνανται να εκχωρούν τις ορισθείσες από τον νόμο αρμοδιότητές τους ή να παραλείπουν την άσκησή τους υποκαθιστάμενα από έκτακτες επιτροπές ή ομάδες εργασίας. Κάτι τέτοιο, όχι μόνο θα συνιστούσε ευθεία παράβαση των διατάξεων αναγκαστικού δικαίου του άρθρου 221 παρ. 1 του ν. 4412/2016, αλλά και θα επέφερε πλήγμα στην αρχή της διαφάνειας, η οποία συγκαταλέγεται μεταξύ των θεμελιωδών αρχών του Ενωσιακού δικαίου ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Συνεπώς, οι αρμοδιότητες της Επιτροπής του Διαγωνισμού, το οποίο συνιστά το κατ' εξοχήν γνωμοδοτικό όργανο, και το οποίο έχει συγκροτηθεί σύμφωνα με όσα ορίζουν οι ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 221 για να διεξάγει τον συγκεκριμένο διαγωνισμό, δεν μπορούν να παρακαμφθούν ούτε να παραλειφθούν ακόμη και αν κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας οι αναθέτουσες αρχές συγκροτήσουν, με βάση τη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 221, νομίμως έκτακτες επιτροπές ή ομάδες εργασίας για την αντιμετώπιση ειδικών θεμάτων που ανακύπτουν. Τούτο δε διότι στην περίπτωση αυτή δεν υφίσταται ειδική περί του αντιθέτου διάταξη ορίζουσα, δηλαδή, ότι οι εν λόγω έκτακτες ομάδες εργασίας ή ειδικές επιτροπές αναλαμβάνουν καθ' υποκατάσταση της Επιτροπής του Διαγωνισμού τις γνωμοδοτικές αρμοδιότητες της τελευταίας, εισηγούμενες αποκλειστικώς μόνο αυτές προς το αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής). 16. Επειδή, εξ άλλου, από τις διατάξεις του άρθρου 221 παρ. 1 του ν. 4412/2016 που ορίζουν ότι το τακτικό γνωμοδοτικό όργανο (Επιτροπή του Διαγωνισμού) είναι αρμόδιο, μεταξύ άλλων, για τον ουσιαστικό έλεγχο και την αξιολόγηση των προσφορών, την εισήγηση προς το όργανο της αναθέτουσας αρχής που ασκεί αποφασιστικές αρμοδιότητες για την απόρριψη των προσφορών και την κατακύρωση των αποτελεσμάτων καθώς και "για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης", και, ελλείπει

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

περί του αντιθέτου ειδικής διατάξεως, έπεται ότι το εν λόγω όργανο είναι αρμόδιο και για την υποβολή εισήγησης προς την αναθέτουσα αρχή όταν ανακύπτει ζήτημα απόρριψης προσφοράς υποψηφίου αναδόχου, ως αδικαιολόγητα και ασυνήθιστα χαμηλής, κατά τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 88 παρ. του ν. 4412/2016. 17. Επειδή, με την ***** συγκροτήθηκε Ετήσια Επιτροπή Διεξαγωγής Διαγωνισμών (επταμελής) για την ανάθεση έργων προϋπολογισμού άνω του ποσού του 1.000.0000,00 € (πλέον Φ.Π.Α.), κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 221 του ν. 4412/2016, η ετήσια δε αυτή Επιτροπή επιλήφθηκε και του ένδικου διαγωνισμού, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4 της διακηρύξεως (αποσφράγιση υποφακέλων με τα δικαιολογητικά συμμετοχής και την οικονομική προσφορά, έλεγχος και αξιολόγηση αυτών, σύνταξη πρακτικού μειοδοσίας, εισήγηση προς την αναθέτουσα αρχή για το αποτέλεσμα του διαγωνισμού κ.λπ.). Στη συνέχεια, όμως, η *****, ειδική ομάδα εργασίας με αντικείμενο την αξιολόγηση της αιτιολογήσεως των προσφορών των έξι οικονομικών φορέων ως ασυνήθιστα χαμηλών, με την αιτιολογία ότι το έργο της αξιολόγησης "αποτελεί ειδικό θέμα, γι' αυτό η ομάδα εργασίας απαιτείται να διαθέτει πλήρη γνώση του αντικειμένου, των υλικών, των τιμών τους, και των ιδιαίτερων κυκλοφοριακών συνθηκών που επικρατούν στο οδικό δίκτυο της περιοχής". Η εν λόγω ομάδα εργασίας συγκροτήθηκε από έναν πολιτικό μηχανικό ως Πρόεδρο, έναν τοπογράφο μηχανικό και έναν ηλεκτρολόγο μηχανικό ως μέλη και μία υπάλληλο του κλάδου Διοικητικών ΔΕ, ως γραμματέα. Κατόπιν τούτων, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη ενώπιον της ΑΕΠΠ ***** απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία ανακηρύχθηκε προσωρινή μειοδότρια του έργου η εταιρεία "...." απορριφθέντων των προσφορών των έξι οικονομικών φορέων που προηγούνται αυτής στον πίνακα μειοδοσίας. Η απόφαση αυτή εκδόθηκε χωρίς να έχει υποβληθεί γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, δεν προκύπτει δε από τα στοιχεία του φακέλου ότι της ζητήθηκε η σύνταξη σχετικής εισηγήσεως, στην δε *****υπεβλήθη μόνον η τεχνική έκθεση της προαναφερθείσας ομάδας εργασίας, την οποία αυτή αποδέχθηκε στο σύνολό της, όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της προσβαλλομένης αποφάσεως. 18. Επειδή, η αιτούσα με την προσφυγή της ενώπιον της ΑΕΠΠ προέβαλε ότι η

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

*****, με βάση την οποία και αποκλείσθηκε, είναι μη νόμιμη διότι εκδόθηκε χωρίς να προηγηθεί η υποβολή γνωμοδοτήσεως της Επιτροπής του Διαγωνισμού. Υποστήριξε δε περαιτέρω η αιτούσα ότι, και αν ακόμη ήθελε γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή δεν εμποδίζεται να συστήσει εκτάκτως ομάδα εργασίας για το ζήτημα της αξιολογήσεως της αιτιολογήσεως των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, πάντως, το γεγονός αυτό δεν αποστερεί την ως άνω Επιτροπή Διαγωνισμού από την αρμοδιότητα υποβολής εισηγήσεως στην αναθέτουσα αρχή. Κατά τους ισχυρισμούς της αιτούσας, αντίθετη εκδοχή θα υπονόμει τον σκοπό του άρθρου 221 του ν. 4412/2016 να κατοχυρώσει την αρχή της διαφάνειας κατά τη διαγωνιστική διαδικασία, διότι θα παρείχε τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να παρακάμπτουν την Επιτροπή του Διαγωνισμού, στην περίπτωση που τα μέλη αυτής που προέκυψαν από την κλήρωση δεν τους ήταν αρεστά, αντικαθιστώντας τα, κατ' ουσίαν, με πρόσωπα της επιλογής τους, μέσω του ορισμού τους ως μέλη έκτακτων ομάδων εργασίας ή ειδικών επιτροπών. Με την προσβαλλόμενη πράξη ο λόγος της προσφυγής απορρίφθηκε ως αβάσιμος, με την αιτιολογία ότι η αξιολόγηση της αιτιολογήσεως των οικονομικών προσφορών, εργασία «εξαιρετικά τεχνική και περίπλοκη», συνιστά ειδικό θέμα κατά την έννοια της παρ. 3 του άρθρου 221 του ν. 4412/2016, για τη διατύπωση γνώμης επί του οποίου επιτρέπεται η συγκρότηση ειδικής ομάδας εργασίας, η οποία και αναλαμβάνει τον ρόλο του οικείου γνωμοδοτικού οργάνου αξιολόγησης προσφορών. Περαιτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση απέρριψε τους ισχυρισμούς της προσφυγής, ως «αλυσιτελώς και άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενους», με την αιτιολογία ότι η αιτούσα δεν επικαλέσθηκε την εξ αυτής της παράβασης ειδικότερη βλάβη της, ούτε προκύπτει αν και με ποιο περιεχόμενο θα μετεβάλλετο η αξιολόγηση της προσφοράς της αν μεσολαβούσε πριν την έκδοση της προσβαλλομένης η γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού. Με την κρινόμενη αίτηση προβάλλεται ότι η ανωτέρω κρίση της ΑΕΠΠ, κατά την οποία η έκτακτη ομάδα εργασίας, που συγκροτήθηκε σύμφωνα με το άρθρο 221 παρ. 3 του ν. 4412/2016, καθίσταται το αποκλειστικό γνωμοδοτικό όργανο επί αιτιολογήσεως οικονομικών προσφορών στο πλαίσιο της διαδικασίας του

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

άρθρου 88 του ιδίου νόμου, καθ' υποκατάσταση του προβλεπόμενου από τον νόμο γνωμοδοτικού οργάνου, ήτοι της Επιτροπής Διαγωνισμού, είναι μη νομίμως αιτιολογημένη, επαναλαμβάνονται δε οι προβληθέντες με την προδικαστική προσφυγή ισχυρισμοί. Περαιτέρω, με την κρινόμενη αίτηση πλήττεται η επάλληλη αιτιολογία απόρριψης του ανωτέρω λόγου της προσφυγής ως απαράδεκτου. Ειδικότερα, η αιτούσα ισχυρίζεται ότι με την προσφυγή είχε επικαλεστεί τη βλάβη που υπέστη από την ανάθεση της διατύπωσης γνώμης αποκλειστικά στην ομάδα εργασίας, η οποία συνίστατο στην αποστέρηση από τα εχέγγυα ορθής και, ιδίως, αμερόληπτης κρίσεως που διασφαλίζεται από τον τρόπο ορισμού των μελών της Επιτροπής Διαγωνισμού (δημόσια κλήρωση) και την εκ του νόμου απαιτούμενη εξειδίκευσή τους, ενώ κατά τα λοιπά ουδείς είναι σε θέση να επικαλεσθεί βασίμως και να προαποδείξει, προς ποια κατεύθυνση θα γνωμοδοτούσε η Επιτροπή αυτή. 19. Επειδή, η προεκτεθείσα κρίση της ΑΕΠΠ είναι μη νόμιμη. Και τούτο διότι, σύμφωνα με τα γενόμενα δεκτά στις σκέψεις 14 έως και 16, η έκδοση της *****, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της αιτούσας και αναδείχθηκε άλλος υποψήφιος προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού, χωρίς όμως να έχει προηγηθεί γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού, συντελέσθηκε κατά παράβαση του άρθρου 221 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Υπό τα δεδομένα όμως αυτά, η Επιτροπή κρίνει ότι πιθανολογείται σοβαρά ως βάσιμος ο προβαλλόμενος με την κρινόμενη αίτηση λόγος, κατά τον οποίο μη νομίμως απορρίφθηκε ο σχετικός λόγος της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσης». 3) Συμπέρασμα. Ακόμα και αν όλα τα μέλη της Επιτροπής Διαγωνισμού ηρνούντο να εξετάσουν αυτά, πρωτογενώς, τις αιτιολογήσεις, η αναθέτουσα αρχή δεν δικαιούτο, επ' ουδενί, να τα αγνοήσει στην συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά, αντίθετα, όφειλε να θέσει υπόψη της Επιτροπής Διαγωνισμού την έκθεση που συνέταξε η Ομάδα Εργασίας και να της ζητήσει να γνωμοδοτήσει επ' αυτής (κάτι το οποίο ουδαμώς προκύπτει ότι αρνήθηκε να πράξει η εν λόγω Επιτροπή). 4) Τελική παρατήρηση. Δοθέντος του ότι ο αιτών είναι αυτός που καθορίζει τη σειρά εξέτασης των λόγων ακυρώσεως που προβάλλει, η προσφεύγουσα δηλώνει δια του Υπομνήματός της την επιθυμία της ο υπόψη, τυπικός, λόγος της

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

προδικαστικής προσφυγής της να εξετασθεί, μετά την εξέταση όλων των λοιπών, ουσιαστικών, λόγων αυτής. Τούτο διότι, η αποδοχή κάποιου εκ των ουσιαστικών λόγων ακυρώσεως θα επιλύσει, άμεσα, την κρινόμενη διοικητική διαφορά, αφού θα καταστήσει επιβεβλημένη την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και την, άμεση, ανάδειξή της ως προσωρινού αναδόχου. II (ΕΠΙ ΤΩΝ ΑΝΕΠΙΚΑΙΡΩΝ ΙΣΧΥΡΙΣΜΩΝ & ΣΤΟΙΧΕΙΩΝ ΤΗΣ ΠΑΡΕΜΒΑΙΝΟΥΣΑΣ) Α. 1) Η προθεσμία (10 ημερών) που προβλέπεται από την διάταξη του άρθρου 88 παρ 1 Ν 4412/2016 είναι αποκλειστική. Εντός αυτής της προθεσμίας οφείλει ο διαγωνιζόμενος να προβάλει όλους τους ισχυρισμούς και να προσκομίσει όλα τα στοιχεία που κατατείνουν στην δικαιολόγηση της προσφοράς του που κρίθηκε, κατ' αρχάς, ως ασυνήθιστα χαμηλή. Περαιτέρω, στο πλαίσιο του «πραγματικού κατ' αντιπαράθεση διαλόγου» που διεξάγεται κατά τη διαδικασία της αιτιολόγησης, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να προσκομίσει τα στοιχεία που τυχόν του ζητούνται εντός της ταχθείσας, πρόσθετης, προθεσμίας. Άπαξ και προβληθούν οι ισχυρισμοί και προσκομισθούν τα στοιχεία, τον λόγο έχει πλέον η αναθέτουσα αρχή. Η εκ μέρους της αξιολόγηση των αιτιολογήσεων «προφανώς πρέπει να λαμβάνει χώρα με βάση αποκλειστικά τα ανά περίπτωση προκύπτοντα στοιχεία» (βλ Δ Ράικο/Ε Βλάχου/Ε Σαββίδη «Δημόσιες Συμβάσεις - Ν 4412/2016», 1η έκδοση/2018, 1ος τόμος, σελ 863). Με βάση αυτά - τα υπάρχοντα στοιχεία ελέγχεται εν συνεχεία η νομιμότητα της αιτιολογίας της απόφασης της αναθέτουσας αρχής, που δέχεται ή απορρίπτει τις δικαιολογήσεις των προσφορών. 2) Περαιτέρω, η ΑΕΠΠ προβαίνει σε έλεγχο νομιμότητας και όχι σε έλεγχο ουσίας (βλ ΕΑ ΣτΕ 780/2019). Αντικείμενο του υπόψη ακυρωτικού ελέγχου είναι η νομιμότητα της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής. Αν, ενόψει των στοιχείων του διοικητικού φακέλου, προκύπτει, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν αιτιολογείται νόμιμα, η ΑΕΠΠ οφείλει να την ακυρώσει, χωρίς να δικαιούται να εκφέρει κρίσεις ουσίας περί της φερεγγυότητας της προσφοράς του οικονομικού φορέα που ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος, και μάλιστα με βάση στοιχεία που προσκομίζονται, το πρώτον, ενώπιόν της από αυτόν. 3) Τέλος, «με την παρέμβαση θα πρέπει να

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

στοχεύεται η απόρριψη των προβαλλόμενων με την προδικαστική προσφυγή λόγων. Αυτό σημαίνει ότι δεν προβάλλονται, ούτε εξετάζονται νέα πραγματικά και νομικά ζητήματα που δεν αποτελούν αντικείμενο της προσφυγής. Και τούτο, διότι η έκταση ελέγχου της ΑΕΠΠ περιορίζεται μόνο στα ζητήματα, νομικά ή πραγματικά που έχουν τεθεί με το εισαγωγικό δικόγραφο της προσφυγής. Άλλωστε, η φύση της παρέμβασης συνίσταται στη διεύρυνση των υποκειμένων και όχι του αντικειμένου της προσφυγής που αποτελεί και αντικείμενο της κρίσης της Αρχής. Με την έννοια αυτή, η παρέμβαση οφείλει να περιορίζεται στους λόγους που προβάλλει η προσφεύγουσα και να τους αντικρούει επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης και όχι να εγείρει νομικά ή πραγματικά ζητήματα και τεχνικές κρίσεις που δεν έχουν εξεταστεί από την αναθέτουσα και δεν μπορεί να αντικρούσει ο προσφεύγων. Κατ' επέκταση δεν είναι επιτρεπτή, ακόμη, η μεταβολή του αντικειμένου της διαφοράς από τον παρεμβαίνοντα, αφού το αντικείμενο καθορίζεται αυστηρά και μόνο με την προσφυγή και το περιεχόμενο των προβαλλόμενων με αυτήν λόγων» (βλ Χ Δετσαρίδη «Η προδικαστική Προσφυγή στο Στάδιο Ανάθεσης Δημοσίων Συμβάσεων», 1η έκδοση/2019, σελ 370, βλ και Δ Ράικο/Ε Βλάχου/Ε Σαββίδη «Δημόσιες Συμβάσεις - Ν 4412/2016», 1η έκδοση/2018, 1ος τόμος, σελ 1191). Δηλαδή, στην περίπτωση των αιτιολογήσεων, ο παρεμβαίνων μπορεί μεν να αντικρούσει τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, με επιχειρήματα από τα υφιστάμενα στοιχεία του φακέλου, δεν δύναται όμως να προβεί σε περεταίρω αιτιολόγηση της προσφοράς του, αναλύοντας, για πρώτη φορά ενώπιον της ΑΕΠΠ, διάφορα στοιχεία του κόστους της, ούτε να προσκομίσει, επίσης για πρώτη φορά, αποδεικτικά στοιχεία που κατατείνουν στην δικαιολόγηση της φερεγγυότητάς της. Β. 1) Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή έκρινε (παρανόμως) ως επαρκή την αιτιολόγηση της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, με βάση τα στοιχεία που αυτός προσκόμισε. Εγώ, ισχυρίσθηκα, ότι από τα εν λόγω στοιχεία δεν προκύπτει η φερεγγυότητα της επίμαχης προσφοράς και ότι, συνεπώς, η απόφαση που την αποδέχθηκε δεν αιτιολογείται νόμιμα. 2) Η παρεμβαίνουσα δεν περιορίσθηκε στην αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Δεν ισχυρίσθηκε, δηλαδή, ότι αυτοί

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

καταρρίπτονται από τα υφιστάμενα - προσκομισθέντα στοιχεία. Αντιθέτως, προσπάθησε να αντικρούσει τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας, με νέους ισχυρισμούς σχετικά με το κόστος εκτέλεσης της εργολαβίας, που δεν είχαν προβληθεί κατά το στάδιο των αιτιολογήσεων, προσκομίζοντας και νέα στοιχεία, που δεν είχαν υποβληθεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής. 3) Θεωρεί η προσφεύγουσα προφανές, ότι ενόψει των ανωτέρω, θα έπρεπε να απορριφθούν, άνευ άλλου τινός, οι σχετικοί - όψιμοι - ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας. Πράγματι, αν θα μπορούσε να γίνει δεκτό, ότι η διαδικασία των αιτιολογήσεων συνεχίζεται και ενώπιον της ΑΕΠΠ, θα προέκυπταν, εντελώς, άτοπα αποτελέσματα. Θα ήταν λχ δυνατό κάποιος οικονομικός φορέας να μην υποβάλει καθόλου ή να υποβάλει εντελώς ελλιπή αιτιολόγηση, να ανακηρυχθεί παρά ταύτα (παρανόμως) προσωρινός ανάδοχος και να δικαιολογήσει, το πρώτον, την προσφορά του ενώπιον της ΑΕΠΠ. 4) Παρά ταύτα, δια της ακυρωθείσας απόφασης, όχι μόνο αξιολογήθηκαν οι όψιμοι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και τα νέα αποδεικτικά της στοιχεία, αλλά και βασίσθηκε, εν πολλοίς, σε αυτούς η κρίση περί απορρίψεως της προσφυγής, δια της στερεότυπης αναφοράς, περί του ότι όλοι οι λόγοι που προέβαλα αντικρούονται «από τις διευκρινήσεις της παρεμβαίνουσας». Γ. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα προέβαλε τους κάτωθι νέους ισχυρισμούς (προσκομίζοντας, σε πολλές περιπτώσεις, νέα έγγραφα προς τεκμηρίωσή τους), που συνιστούν, στην πραγματικότητα, νέα αιτιολόγηση της προσφοράς της ενώπιον της ΑΕΠΠ:

1) Σχετικά με τον Β' λόγο της προσφυγής (μη εύλογο ποσοστό κέρδους), η παρεμβαίνουσα ισχυρίσθηκε ότι το κέρδος της δεν θα είναι 48.702,64 ευρώ, όπως αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση που υπέβαλε, ούτε 39.794,79 ευρώ, όπως εκτίμησε η αναθέτουσα αρχή, αλλά 100.000 ευρώ. 2) Σχετικά με τον Γ' λόγο της προσφυγής (μη νόμιμος υπολογισμός των αποδοχών του επιβλέποντα μηχανικού), η παρεμβαίνουσα ισχυρίσθηκε, για πρώτη φορά, ότι δεν θα απασχολήσει επιβλέποντα επί 18 μήνες, όπως, ρητώς, αναφέρεται στην αιτιολογική της έκθεση, αλλά μόνο για 7 μήνες. 3) Σχετικά με τον ΣΤ' λόγο της προσφυγής (μη συνυπολογισμός των δαπανών για κρατήσεις υπέρ τρίτων, για εργαστηριακούς ελέγχους και για όχημα επίβλεψης) η παρεμβαίνουσα

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

ισχυρίσθηκε, για πρώτη φορά, ότι οι εν λόγω δαπάνες περιλαμβάνονται στο κεφάλαιο της αιτιολογικής της έκθεσης που αφορά στους φόρους. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα προσκόμισε και νέο αποδεικτικό στοιχείο, ήτοι την άδεια κυκλοφορίας ενός οχήματος jeep, που δεν αναφερόταν στην αιτιολογική της έκθεση, με το οποίο (υποτίθεται ότι) θα καλυφθεί η εκ της ΕΣΥ υποχρέωσή της για διατήρηση αυτοκινήτου επίβλεψης. 4) Σχετικά με τον Ζ' λόγο της προσφυγής (μη συνυπολογισμός των αμοιβών του τεχνικού ασφαλείας και του δεύτερου επιβλέποντα μηχανικού, που προβλέπονται στο οργανόγραμμα που υπέβαλε), η παρεμβαίνουσα ισχυρίσθηκε, για πρώτη φορά, ότι ο **** που θα χρησιμοποιήσει ως τεχνικό ασφαλείας, είναι διευθύνων σύμβουλος της και βασικός της μέτοχος και ότι συνεπώς (υποτίθεται ότι) δεν δικαιούται αμοιβής. Ισχυρίσθηκε, επίσης για πρώτη φορά, ότι ο δεύτερος μηχανικός που θα χρησιμοποιήσει είναι στέλεχος του πτυχίου της και ότι, επομένως, και αυτός θα εργασθεί δωρεάν. 5) Σχετικά με τον Η' λόγο της προσφυγής (μη συνυπολογισμός χρηματοοικονομικού κόστους), η παρεμβαίνουσα ισχυρίσθηκε, για πρώτη φορά, ότι δεν έχει δανειακές υποχρεώσεις, προσκομίζοντας και νέο αποδεικτικό στοιχείο, ήτοι τις οικονομικές της καταστάσεις. 6) Σχετικά με τον Θ' λόγο της προσφυγής (εσφαλμένος υπολογισμός του μεταφορικού κόστους), η παρεμβαίνουσα, παρόλο που στην αιτιολογική της έκθεση υπολογίζει κόστος μεταφορών με φορτηγά, ισχυρίσθηκε, για πρώτη φορά, ότι, τελικώς, δεν θα απαιτηθούν μεταφορές των προϊόντων των εκσκαφών. 7) Σχετικά με τον ΙΒ' λόγο της προσφυγής (μη συνυπολογισμός του κόστους χρήσης μηχανικού κόσκινου), η παρεμβαίνουσα ισχυρίσθηκε, για πρώτη φορά, ότι διαθέτει κατάλληλο - ιδιόκτητο εργαλείο, το οποίο δεν συμπεριλαμβάνεται στον πίνακα εξοπλισμού που συνυπέβαλε με την αιτιολογική της έκθεση. 8) Σχετικά ΙΔ' λόγο της προσφυγής (μη συνυπολογισμός περιβαλλοντικού κόστους), η προσφεύγουσα ισχυρίσθηκε, για πρώτη φορά, ότι διαθέτει ISO Περιβαλλοντικής Διαχείρισης, το οποίο και, επίσης για πρώτη φορά, μνημόνευσε και προσκόμισε. 9) Σχετικά με τον ΙΕ' λόγο της προσφυγής (μη απόδειξη εξαιρετικά ευνοϊκών συνθηκών), η προσφεύγουσα προσκόμισε πλειάδα νέων στοιχείων (μη αναφερομένων στην αιτιολογική της έκθεση) και

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

συγκεκριμένα τα συμβατικά τεύχη τριών (υποτίθεται) αντίστοιχων εργολαβιών που εκτελεί στην περιοχή. Δ. Θεωρεί η προσφεύγουσα ότι οι εν λόγω νέοι ισχυρισμοί και τα ανωτέρω νέα στοιχεία προβάλλονται - προσκομίζονται ανεπιτακτως και δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη, καθόσον δεν κατατείνουν σε αμφισβήτηση των λόγων της προδικαστικής προσφυγής της, ούτε σε υποστήριξη της πληρότητας της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, αλλά σε πληρέστερη («κατόπιν εορτής») αιτιολόγηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ενώπιον της ΑΕΠΠ. **III (ΕΠΙ ΤΩΝ ΙΣΧΥΡΙΣΜΩΝ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ)** Α. 1) Η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει (ορθά) ότι «η μη πρόβλεψη κόστους περιβαλλοντικής διαχείρισης αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα». 2) Το κατεξοχήν κόστος περιβαλλοντικής διαχείρισης συνίσταται στην λήψη μέτρων συμμόρφωσης προς τους εγκεκριμένους περιβαλλοντικούς όρους. 3)

Όπως προκύπτει από τον Πίνακα 5 (εδάφιο Γ.2.7.) που διαλαμβάνεται στην αιτιολογική έκθεση της παρεμβαίνουσας, αυτή έχει υπολογίσει μηδενική δαπάνη για «μετρήσεις γενικών δεικτών και παραμέτρων που προβλέπονται στους εγκεκριμένους περιβαλλοντικούς όρους και λοιπούς όρους και λήψη μέτρων συμμόρφωσης προς αυτούς». Εξ άλλου, για τους προαναφερόμενους (υπό Ι.Α.3.3.α.) λόγους το ISO περιβαλλοντικής διαχείρισης που προσκόμισε ο προσωρινός ανάδοχος δια της παρεμβάσεώς του, δεν υποκαθιστά την εν λόγω (επί ποινή απορρίψεως, σύμφωνα με την αναθέτουσα αρχή) έλλειψη της αιτιολογήσεώς της (σύμφωνα με τα ανωτέρω, τα ISO διασφαλίζουν ποιότητα και όχι, βέβαια, μηδενικό κόστος). 4) Κατόπιν τούτων, η προσφεύγουσα θεωρεί ότι η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί, ουσιαστικά, την βασιμότητα της προσφυγής της. Β. 1) Σύμφωνα με την αναθέτουσα αρχή και μεν η συμβατική προθεσμία καθορίζεται σε 18 μήνες, πλην όμως, ΕΝΔΕΧΕΤΑΙ, το έργο να περατωθεί και νωρίτερα. Τούτο διότι, «έχει παρατηρηθεί (άγνωστο που, πως, πότε και από ποιόν) ανάδοχοι αντίστοιχων έργων να τα εκτελούν μέσα σε 3 μήνες ενώ η προθεσμία περαίωσης είναι 8 μήνες». 2) Με τον τρόπο αυτό επιχειρείται θεραπεία του θεμελιώδους σφάλματος της παρεμβαίνουσας, η οποία υπολόγισε το άμεσο κόστος της εργολαβίας, υπολαμβάνοντας,

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

αυθαίρετα, ανεξήγητα και αναπόδεικτα, ότι, δήθεν, το έργο θα αποπερατωθεί, πλήρως, σε λιγότερο από το μισό του προβλεπόμενου χρόνου, ήτοι σε 7 μήνες.

3) Με βάση τον ανωτέρω ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχής, δια της 18ης σκέψεως της ακυρωθείσας απόφασης απορρίφθηκε ο Δ' λόγος της προσφυγής, γενομένου δεκτού του ότι «δεν αποκλείεται» το έργο να περαιωθεί και νωρίτερα.

4) Η εν λόγω αιτίαση της αναθέτουσας αρχής είναι προδήλως αβάσιμη για τους ακόλουθους λόγους: α) Σύμφωνα με την Τεχνική Περιγραφή, ο χρόνος εκτελέσεως των εργασιών επαφίεται στην (απόλυτη) διακριτική ευχέρεια της Διευθύνουσας Υπηρεσίας και ουδόλως εξαρτάται από τις διαθέσεις του αναδόχου. β) Όπως παρατήρησε και η Έκτακτη Επιτροπή, «η φύση του έργου επιβάλλει διαθεσιμότητα μηχανημάτων καθ' όλη την, δεκαοκτάμηνη, διάρκειά του». γ) Αυτό που έχει σημασία δεν είναι το τι ενδέχεται (πράγματι, ενδέχεται το έργο να τελειώσει και νωρίτερα, ενδέχεται όμως, εξίσου, να τελειώσει και αργότερα, πχ αν λόγω ανομβρίας απαιτηθούν λιγότερες αντιπλημμυρικές παρεμβάσεις με αποτέλεσμα να μην εξαντληθεί το οικονομικό αντικείμενο ή αν, αντιστρόφως, επικρατήσουν κακές καιρικές συνθήκες που θα καθυστερήσουν τις εργασίες ή αν, όπως, δυστυχώς, συνέβη, εμφίλοχωρήσουν έκτακτες συνθήκες τύπου πανδημίας κοκ). Αντίθετα, σημασία έχει, μόνο, το τι προβλέπεται και επί τη βάση αυτού (του αντικειμενικά και εκ των προτέρων διαπιστώσιμου γεγονότος) οφείλουν οι υποψήφιοι να αιτιολογήσουν τις προσφορές τους. Γ. 1) Η ΕΣΥ προβλέπει, ρητώς και σαφώς, 24ωρη διαθεσιμότητα οχήματος με οδηγό για την μετακίνηση των επιβλεπόντων. 2) Με τον ΣΤ' λόγο της προσφυγής προέβαλε η προσφεύγουσα ότι η παρεμβαίνουσα δεν είχε υπολογίσει την αντίστοιχη ανελαστική δαπάνη, η οποία, όπως απέδειξε, ανέρχεται, με τους επεικέστερους δυνατούς υπολογισμούς, σε 31.020 ευρώ (ήτοι, περίπου, στο ύψος του κέρδους που προσδοκά να αποκομίσει από την εργολαβία ο προσωρινός μειοδότης). 3) Η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, ότι ο επίμαχος όρος της ΕΣΥ, τον οποίο η ίδια έθεσε «είναι μη ρεαλιστικός» και δεν πρόκειται να εφαρμοστεί, διότι είθισται οι επιβλέποντες να μετακινούνται, είτε με όχημα του εκπροσώπου του αναδόχου, είτε με δικά τους μέσα. 4)

Γενικώς, αντιπαρατηρεί, όπως αναφέρει, η προσφεύγουσα ότι ο θεσμός

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

της αιτιολογήσεως αποσκοπεί, πρωτίστως, στην εξάλειψη τέτοιων πρακτικών, ήτοι σε εκπτώσεις από τα προβλεπόμενα, χάριν εξοικονομήσεως δαπανών εκ μέρους αναδόχων που έχουν αναλάβει την εργολαβία με αδικαιολόγητα χαμηλή προσφορά. 5) Ειδικότερα, αν ισχύσει το ένα εκ των ενδεχομένων που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, ήτοι να μετακινούνται με δικά τους μέσα οι επιβλέποντες (και υπό την προϋπόθεση, ότι διαθέτουν τέτοια μέσα, κατάλληλα για την μετάβαση στις εκτός δρόμου κοίτες ποταμών, όπου θα εκτελεσθεί το έργο) θα ανακύψει το εξής, μείζον, θέμα: Ποιος, άραγε, θα πληρώνει για τις μετακινήσεις αυτές; Τρία τινά μπορεί, θεωρητικά, να υποτεθούν σχετικώς: α) Θα πληρώνουν ο ίδιοι οι υπάλληλοι. Αυτό το ενδεχόμενο είναι, πράγματι, μη ρεαλιστικό. Ουδείς δύναται να αξιώσει από τον οιονδήποτε εργαζόμενο να καταβάλει εξ ιδίων το κόστος που συνεπάγεται η παροχή της εργασίας του. Ακόμα όμως και αν υποτεθεί, πως ενδέχεται να συμβεί κάτι τέτοιο, είναι προφανές, ότι οι (δυσμενείς) συνέπειες θα είναι μεγάλες, καθόσον η οικονομική επιβάρυνση των υπαλλήλων θα τους καταστήσει, αυτονοήτως, διστακτικούς, όσον αφορά στη συχνότητα των επί τόπου μεταβάσεών τους και επομένως θα προκαλέσει ελαστικότητα στην επίβλεψη (με ότι αυτό, επίσης, αυτονοήτως, συνεπάγεται για την ποιότητα του έργου). β) Θα πληρώνει η υπηρεσία. Ενόψει των κανόνων δημοσιονομικής διαχείρισης που προβλέπονται για τα ΝΠΔΔ, όπως η αναθέτουσα αρχή (και, ιδίως, ενόψει του ελέγχου δαπανών που διενεργεί το Ελεγκτικό Συνέδριο), κάτι τέτοιο αποκλείεται και από νομικής, αλλά και από λογικής απόψεως (είναι αδιανόητη η έγκριση κονδυλίου για την κάλυψη δαπάνης, η οποία, σύμφωνα με τα συμβατικά τεύχη, βαρύνει τον ανάδοχο). γ) Θα πληρώνει ο ανάδοχος. Αυτό το ενδεχόμενο συγκεντρώνει τις περισσότερες (αν όχι όλες τις) πιθανότητες. Σε αυτή την περίπτωση, όμως, προκύπτουν, πλείστα όσα, άλλα, απείρως σοβαρότερα, ζητήματα: Ποιος θα καθορίζει ο αντίτιμο; Με τι παραστατικό θα καταβάλλεται το ποσό; Πως μπορεί να προκύψει η, απαιτούμενη, βεβαιότητα, περί του ότι τα καταβαλλόμενα καλύπτουν μόνο τις δαπάνες μετακίνησης; Πέραν τούτου, υπό την εν λόγω εκδοχή, και πάλι προκαλείται κάποιο (ενδεχομένως και μεγαλύτερο) κόστος, το οποίο όφειλε να συνυπολογίσει η παρεμβαίνουσα. 6) Εξ άλλου, αν ισχύσει το άλλο ενδεχόμενο,

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

ήτοι αν οι επιβλέποντες μετακινούνται με όχημα του εκπροσώπου του αναδόχου, πέραν του ότι δεν αναιρείται ο ισχυρισμός περί του αντίστοιχου, μη συνυπολογισθέντος, κόστους (καθόσον το όχημα αυτό δεν θα κινείται, ασφαλώς, αδαπάνως), θα προκύψουν μείζονα ζητήματα, διαφορετικής τάξεως. Ειδικότερα, υπό αυτή την εκδοχή, προκειμένου να μετακινηθούν οι επιβλέποντες για να ελέγξουν τις εκτελούμενες εργασίες, θα υποχρεούνται να ειδοποιήσουν τον εκπρόσωπο του αναδόχου (ήτοι τον ελεγχόμενο), ο οποίος θα έχει κάθε ευκαιρία και όλον τον χρόνο, έτσι ώστε να λάβει τα απαιτούμενα μέτρα που επιβάλλονται από (τα καλώς ή και τα κακώς νοούμενα) συμφέροντα της επιχείρησής του. Δ. 1) Η αναθέτουσα αρχή επικαλείται δύο άλλα (υποτίθεται) ανάλογα έργα που εκτελεί ο προσωρινός ανάδοχος, τα οποία, κατά την παρέμβαση, έχουν προϋπολογισμό 500.000 και 800.000 ευρώ αντίστοιχα. 2) Παρά ταύτα, ουδόλως, εξηγεί τους συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους υπολαμβάνει ότι η εκτέλεση των (κατά πολύ μικρότερων) έργων αυτών, θα επιδράσει μειωτικά στο κόστος εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης. IV (ΕΠΙ ΤΩΝ ΚΡΙΘΕΝΤΩΝ ΔΙΑ ΤΗΣ ΑΚΥΡΩΘΕΙΣΑΣ ΑΠΟΦΑΣΗΣ) Α (Β' λόγος προσφυγής - μη εύλογο ποσοστό κέρδους). 1) Με τον Β' λόγο της προσφυγής δεν αμφισβήτησε η προσφεύγουσα, όπως υποστηρίζει, ούτε τα κοστολόγια του προσωρινού αναδόχου, ούτε τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που επικαλέσθηκε, ούτε και ότι, κατόπιν όλων αυτών (αληθών υποτιθεμένων) το κέρδος που, ευλόγως, προσδοκά ανέρχεται σε 48.703,64 ευρώ σύμφωνα με την αιτιολογική του έκθεση ή σε 39.794,79 ευρώ, σύμφωνα με την αναθέτουσα αρχή. Εξ άλλου, στο πλαίσιο του υπόψη λόγου ακυρώσεως, δεν ασχολήθηκε καν με την, σχεδόν, μηδενική διαφορά μεταξύ της έκπτωσης του πρώτου μειοδότη (που αποκλείσθηκε) και του δεύτερου μειοδότη που ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος. 2) Αντιθέτως, υποθέτοντας ακριβείς τους υπολογισμούς του προσωρινού αναδόχου, ισχυρίσθηκε ότι το προσδοκώμενο κέρδος του, ούτε ως ποσό, ούτε και ως ποσοστό επί του συνόλου της προσφοράς του, είναι εύλογο. Πράγματι, ενόψει των διδαγμάτων της κοινής πείρας και λογικής, ουδείς διακινδυνεύει εύλογα 1.180.000 ευρώ (ποσό της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου), προκειμένου, υπό μέλλουσες και εντελώς αβέβαιες προϋποθέσεις,

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

να κερδίσει, στην καλύτερη περίπτωση, 40.000 ευρώ, περίπου. 3)

Ισχυρίσθηκε, επίσης, ότι, όπως αναφέρεται στην αιτιολογική του έκθεση, ο προσωρινός ανάδοχος έχει προϋπολογίσει 0 ευρώ για την αντιμετώπιση επισφαλών και απρόβλεπτων εξόδων. Έτσι, το εν λόγω, αντικειμενικά ελάχιστο, κέρδος, είναι δυνατό να προκύψει, μόνο, αν τα πάντα - σε ποσοστό 100% - εξελιχθούν σύμφωνα με τον σχεδιασμό. Η παραμικρή απρόβλεπτη εξέλιξη (πχ κάποιο ατύχημα ή κάποια βλάβη οχήματος ή μηχανήματος) αρκεί προς διάψευση των προϋπολογισμών του προσωρινού αναδόχου. Πράγματι, η επίτευξη του εν λόγω, αμελητέου, κέρδους εξαρτάται από τον συνδυασμό ακραίων παραδοχών και συνεπώς, οιαδήποτε από αυτές και αν δεν επιβεβαιωθεί, το κέρδος μετατρέπεται, αυτομάτως, σε σημαντική ζημία. Εκ των υπόψη (ακραίων) παραδοχών, τονίζει, ιδίως, τις ακόλουθες: α) Η προβλεπόμενη διάρκεια του έργου είναι 18 μήνες, ο δε τρόπος και χρόνος της εκτελέσεώς του εξαρτάται, σύμφωνα με την οικεία τεχνική περιγραφή, από την απόλυτη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, που θα υποδεικνύει στον ανάδοχο το είδος, τον τόπο και τον χρόνο των αντιπλημμυρικών επεμβάσεών του, αναλόγως των συνθηκών. Παρά ταύτα, ο προσωρινός μειοδότης, υπολογίζει το κόστος της προσφοράς του με βάση την παραδοχή περί αποπερατώσεως της εργολαβίας σε λιγότερο από τον μισό χρόνο και συγκεκριμένα σε 7 μήνες. Είναι προφανές, ότι αν η εν λόγω, ακραία - υπεραισιόδοξη, παραδοχή δεν επιβεβαιωθεί, έστω και κατ' ελάχιστο, ήτοι κατά έναν ή δύο μήνες, το προσδοκώμενο κέρδος εκμηδενίζεται. β) Σημαντικότατο στοιχείο του κόστους είναι οι αμοιβές του υπαλληλικού και εργατοτεχνικού προσωπικού. Ο προσωρινός μειοδότης τις υπολογίζει με βάση την παραδοχή, ότι θα προσλάβει μόνο άγαμους και χωρίς προϋπηρεσία υπαλλήλους και εργάτες. Πλην όμως, αν, όπως αναμένεται με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, δεν κατορθώσει, έστω και εν μέρει, να υλοποιήσει τον υπόψη, ουτοπικό, σχεδιασμό (να προσλάβει, δηλαδή, μόνο νεαρά άτομα, άγαμα και νεοεισερχόμενα στην αγορά εργασίας) και πάλι εκμηδενίζεται το κέρδος του. γ) Ακόμα όμως και αν, ενάντια σε κάθε λογική πρόβλεψη, επιτύχει ο ανωτέρω σχεδιασμός, είναι βέβαιο, ότι η απειρία του προσληφθησόμενου

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

προσωπικού και ιδίως των χειριστών μηχανημάτων έργων και των οδηγών, θα κοστίσει, πολύ, και σε χρόνο και σε χρήμα. 5) Ο προσωρινός ανάδοχος, δια της παρεμβάσεώς του, αντιληφθείς προφανώς, την οφθαλμοφανή βασιμότητα των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας, προσπάθησε να τους αντιμετωπίσει, μεταβάλλοντας εκ των υστέρων - στο πλαίσιο του ακυρωτικού ελέγχου - την αιτιολογική του έκθεση διατεινόμενος ότι το κέρδος του δεν θα είναι 48.703,64 ευρώ, το πολύ, όπως αναφέρεται σε αυτήν, αλλά, τουλάχιστον 100.000 ευρώ. 6) Ο υπόψη ισχυρισμός δεν απαντήθηκε. Για την ακρίβεια, απαντήθηκε το ζητούμενο (αν το κέρδος, που, έστω βασίμως, εκτιμήθηκε, είναι εύλογο) με μια σειρά από, εντελώς, άσχετα δεδομένα, που δεν αμφισβητήθηκαν στο πλαίσιο του επίμαχου λόγου προσφυγής. Με τον τρόπο αυτό, ο ανωτέρω Β' λόγος της προσφυγής απορρίφθηκε, διότι το γεγονός ότι από δύο ίδιες προσφορές η μία κρίνεται ζημιογόνα, δεν σημαίνει ότι το ίδιο πρέπει να κριθεί και για την άλλη. 7) Είναι, συνεπώς, κατά την άποψη της προσφεύγουσας, πρόδηλο ότι η αιτιολογία που διαλαμβάνεται στην 16η σκέψη της ακυρωθείσας απόφασης κείται εκτός του κρίσιμου θέματος που τέθηκε δια της προσφυγής. Β. (Γ' λόγος προσφυγής - μη τήρηση εργατικής νομοθεσίας). 1) Με τον Γ' λόγο της προσφυγής ισχυρίσθηκε ότι από τα διαλαμβανόμενα στην αιτιολογική έκθεση του προσωρινού αναδόχου αποδεικνύεται ότι προκειμένου να επιτευχθεί το ασημαντο κέρδος των 40.000 ευρώ, περίπου, προϋποτίθεται η μη τήρηση της εργατικής νομοθεσίας και ότι ως εκ τούτου η προσφορά του θα έπρεπε, άνευ άλλου τινός, να απορριφθεί. Ο υπόψη λόγος προσφυγής έχει δύο σκέλη, τα οποία αναφέρονται ακολούθως. 2) Πρώτο σκέλος (αμοιβές υπαλλήλων): α) Ισχυρίσθηκε ότι ο προσωρινός ανάδοχος αναφέρει, πως θα καταβάλει στους υπαλλήλους που θα προσλάβει (χειριστές μηχανημάτων έργων και οδηγούς) μόνο τα ημερομίσθια που αντιστοιχούν στις ημέρες κατά τις οποίες εκτιμά ότι θα τους απασχολήσει εντός του επταμήνου κατά το οποίο υπολογίζει πως θα διαρκέσουν οι εργασίες. Πλην όμως, εφόσον δεν υφίσταται περίπτωση νόμιμης μερικής απασχολήσεως, είναι προφανές ότι με τον τρόπο αυτό φαλκιδεύονται τα (στοιχειώδη) δικαιώματα των εν λόγω υπαλλήλων, οι οποίοι δικαιούνται να λάβουν επτά ολόκληρους μηνιαίους μισθούς (ή 175 ημερομίσθια) και όχι 30 ή

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

40 ημερομίσθια. β) Αντιθέτως, στο πλαίσιο του υπόψη λόγου προσφυγής δεν αμφισβήτησε ότι το κάθε ημερομίσθιο που υπολογίζει ο προσωρινός ανάδοχος υπολείπεται του κατώτατου νόμιμου ή ότι δεν συμπεριλαμβάνονται σε αυτό οι αναλογίες των επιδομάτων εορτών και αδείας, οι ασφαλιστικές εισφορές κλπ. γ) Η ΑΕΠΠ προέβη, κατ' αρχάς, σε παραδοχή υπέρ της βασιμότητας του ισχυρισμού. Δέχθηκε δηλαδή, ότι δεν τίθεται ζήτημα εκ περιτροπής ή μερικής απασχόλησης των εν λόγω υπαλλήλων, οι οποίοι (σύμφωνα και με την παρεμβαίνουσα) θα πρέπει να αμείβονται μη μηνιαίο μισθό πλήρους απασχόλησης. δ) Κατά τα λοιπά, όμως, απαντήθηκε, εκ νέου, το ζητούμενο (αν οφείλονται επτά μηνιαίοι μισθοί, ανεξαρτήτως του αριθμού των ημερών πραγματικής απασχολήσεως των υπαλλήλων) με μη αμφισβητούμενο από εμένα δεδομένο (ότι το ημερομίσθιο που υπολογίζει ο προσωρινός ανάδοχος είναι πράγματι το κατώτατο νόμιμο και ότι συμπεριλαμβάνονται σε αυτό όλες οι προσαυξήσεις). 3) Δεύτερο σκέλος (αμοιβή επιβλέποντα μηχανικού): α) Ισχυρίσθηκε η προσφεύγουσα, περεταίρω, ότι στην αιτιολογική έκθεση του προσωρινού αναδόχου προβλέπεται η (επιβαλλόμενη και από την ΕΣΥ) πλήρης απασχόληση επιβλέποντα μηχανικού για 18 μήνες και αναφέρεται, ότι αυτός θα αμειφθεί με 18 μηνιαίους μισθούς (το ύψος των οποίων, πάντως, υπολείπεται σε αυτή την περίπτωση των κατωτάτων νομίμων ορίων). Με βάση αυτό το αδιαμφισβήτητο δεδομένο, προέβαλε ότι ο προσληφθησόμενος επιβλέπων μηχανικός δεν θα αμειφθεί με τις κατώτατες αποδοχές που προβλέπει ο νόμος, καθόσον, πέραν των 18 μισθών, που υπολογίζει ο προσωρινός ανάδοχος, ότι θα του καταβάλει, του οφείλονται επίσης άδεια και αποδοχές αδείας ενός μήνα, δώρο Χριστουγέννων (ένας μισθός), δώρο Πάσχα (μισός μισθός) και επίδομα αδείας (μισός μισθός). Ισχυρίσθηκε δηλαδή, ότι ειδικά όσον αφορά στον επιβλέποντα μηχανικό, υφίσταται, ρητώς δηλούμενη, προαπόφαση καταστρατήγησης των προβλέψεων της εργατικής νομοθεσίας. β) Ο προσωρινός ανάδοχος επιχείρησε να απαντήσει, μεταβάλλοντας την αιτιολογική του έκθεση. Ισχυρίσθηκε δηλαδή, ότι παρά τα όσα, ρητώς, διαλαμβάνονται σε αυτήν, ο επιβλέπων μηχανικός θα απασχοληθεί μόνο για επτά μήνες και όχι για δεκαοκτώ. γ) Και ο εν λόγω όψιμος ισχυρισμός - διευκρίνιση ασυνήθιστα

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

χαμηλής προσφοράς στο πλαίσιο του ακυρωτικού ελέγχου, έγινε δεκτός. Γ. (Δ' λόγος προσφυγής - αντισυμβατικό χρονοδιάγραμμα). 1) Με τον Δ' λόγο της προσφυγής ισχυρίσθηκε η προσφεύγουσα τα ακόλουθα: α) Ότι από την διακήρυξη, ο χρόνος εκτελέσεως του έργου καθορίζεται σε 18 μήνες. β) Ότι σύμφωνα με την τεχνική περιγραφή, ο χρόνος, το είδος και ο τόπος εκτελέσεως των εργασιών δεν είναι εκ των προτέρων δεδομένα, αλλά επαφίενται στην απόλυτη διακριτική ευχέρεια της διευθύνουσας υπηρεσίας, η οποία δεσμεύεται μόνο από το ύψος του προϋπολογισμού. γ) Ότι, πέραν τούτου, όπως ορθώς παρατήρησε η Έκτακτη Επιτροπή, «η φύση του έργου επιβάλλει διαθεσιμότητα μηχανημάτων καθ' όλη την, δεκαοκτάμηνη, διάρκειά του». 2) Με βάση τα ανωτέρω δεδομένα, που προκύπτουν, ευθέως, από τα τεύχη δημοπράτησης, συνήγαγε η προσφεύγουσα το συμπέρασμα, περί του ότι είναι, προδήλως, αβάσιμη η κοστολόγηση του έργου με βάση χρόνο εκτελέσεως επτά, μόλις, μηνών. 3) Δια της ακυρωθείσας απόφασης κρίθηκαν τα εξής: α) Ότι η κρίση της Έκτακτης Επιτροπής περί του ότι απαιτείται διαθεσιμότητα μέσω καθ' όλο το δεκαοκτάμηνο δεν βρίσκει έρεισμα στην διακήρυξη. Ειλικρινώς απορώ, καθόσον το ακριβώς αντίθετο προβλέπεται, ρητά, από τα συμβατικά τεύχη και ιδίως από την τεχνική περιγραφή. β) Ότι ουδόλως αποκλείεται ο προσωρινός ανάδοχος να ολοκληρώσει την εργολαβία στο 1/3ο, περίπου, του προβλεπόμενου χρόνου. Το θέμα όμως δεν είναι το τι δεν αποκλείεται. Δεν αποκλείεται επίσης, αντί της συντμήσεως, να απαιτηθεί παράταση της προβλεπόμενης διάρκειας εκτελέσεως, σε περίπτωση που δεν εξαντληθεί το οικονομικό αντικείμενο εντός του δεκαοκταμήνου (αν λχ λόγω ανομβρίας χρειασθούν λιγότερες αντιπλημμυρικές παρεμβάσεις). Αντίθετα το ζήτημα που έθεσα συνίσταται στο αν δύναται η αναθέτουσα αρχή, που συνέταξε τα τεύχη δημοπράτησης, τα οποία προβλέπουν 18 μήνες, να αιτιολογήσει νόμιμα την απόφασή της που δέχεται δικαιολόγηση προσφοράς, η οποία βασίζεται σε κοστολογήσεις για τους 7 εξ αυτών και η απάντηση δεν μπορεί παρά να είναι αρνητική: Οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να αιτιολογήσουν τις προσφορές τους με βάση τις δεσμεύσεις που προτίθενται να αναλάβουν (δεκαοκτάμηνο) και όχι με βάση τις ελπίδες τους και τις όποιες πιθανότητες να συντρέξει το ένα (σύντμηση

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

προθεσμίας) ή το άλλο (παράταση προθεσμίας) ενδεχόμενο. Δ. (Ε' λόγος προσφυγής - εσφαλμένο χρονοδιάγραμμα). 1) Με τον Ε' λόγο της προσφυγής ισχυρίσθηκε η προσφεύγουσα ότι ακόμα και το αντισυμβατικό χρονοδιάγραμμα των επτά μηνών, με βάση το οποίο συντάχθηκε η αιτιολόγηση του προσωρινού αναδόχου, είναι και επί της ουσίας εσφαλμένο και μη υλοποιήσιμο. Ειδικότερα, ισχυρίσθηκε τα εξής: α) Ότι σύμφωνα με το υπόψη χρονοδιάγραμμα προβλέπεται έναρξη των εργασιών εκτελέσεως έργου, με χρήση μηχανικού εξοπλισμού, από την πρώτη, κιάλας ημέρα, και ενώ δεν θα έχει ακόμα ολοκληρωθεί η εγκατάσταση του αναδόχου σε αυτό (που θα διαρκέσει δύο εβδομάδες). β) Ότι προβλέπεται πως εργασίες, που θα εκτελεσθούν με τα ίδια μηχανήματα, θα εξελίσσονται παράλληλα, σε διαφορετικούς τόπους. 2) Η παρεμβαίνουσα συνομολόγησε τη βασιμότητα του δεύτερου σκέλους του υπόψη ισχυρισμού, παραδέχθηκε δηλαδή ότι, πράγματι, το χρονοδιάγραμμα που υπέβαλε ήταν εσφαλμένο, λόγω της πρόβλεψης ταυτόχρονης απασχόλησης των ίδιων μηχανημάτων σε διαφορετικούς τόπους. Ως προς το πρώτο σκέλος, αντέτεινε ότι, με κάποιον μαγικό τρόπο, θα εγκαθίσταται το εργοτάξιο της και, ταυτόχρονα, θα εκτελούνται, με κανονικό ρυθμό, και εργασίες. 3) Ως προς το πρώτο σκέλος του ισχυρισμού της υιοθετήθηκαν, αυτούσιως, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας. 4) Ως προς το δεύτερο σκέλος όμως, διατυπώθηκε η, κατά την άποψη της προσφεύγουσας, αυθαίρετη, όσο και αόριστη κρίση, περί του ότι το συνομολογούμενο σφάλμα του χρονοδιαγράμματος δεν έχει επίπτωση όσον αφορά στην κοστολόγηση. Δεν δύναται η προσφεύγουσα να αντιληφθεί τον τρόπο με τον οποίο συνάχθηκε το ανωτέρω συμπέρασμα. Μπορεί όμως να απαντήσει με το ακόλουθο, ρητορικό, ερώτημα: Αν υπολογίζεται Χ ποσό για το μηχάνημα που εκτελεί δύο εργασίες την ίδια ημέρα και τελικά διαπιστώνεται ότι αυτό δεν είναι δυνατό, ότι δηλαδή θα χρειασθούν δύο ημέρες, δεν προκύπτει ότι το απαιτούμενο ποσό είναι 2 Χ;;; Ε. (ΣΤ' λόγος προσφυγής - μη συνυπολογισμός ανελαστικών δαπανών). 1) Με τον ΣΤ' λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίσθηκε ότι στην κοστολόγηση του προσωρινού αναδόχου δεν περιλαμβάνονται οι ακόλουθες (ανελαστικές) δαπάνες, η υποβολή στις οποίες είναι υποχρεωτική με βάση τον

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

Νόμο και την ΕΣΥ του έργου: α) Κρατήσεις υπέρ τρίτων (ΑΕΠΠ, ΕΑΑΔΗΣΥ, ΤΕΕ). β) Εργαστηριακοί έλεγχοι. γ) Όχημα μεταφοράς επιβλεπόντων. δ) Σύνδεση με το δίκτυο της ΔΕΗ και ηλεκτροφωτισμός ασφαλείας. 2) Με δεδομένο το ότι οι δαπάνες αυτές συμποσούνται σε 73.569,42 ευρώ, απέδειξα, πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι το πενιχρό προσδοκώμενο κέρδος εκμηδενίζεται και προκύπτει ζημία 30.000 ευρώ, τουλάχιστον. 3) Η αναθέτουσα αρχή απάντησε μόνο στην τρίτη εκ των ανωτέρω αιτιάσεων της (όχημα επίβλεψης). Όπως προαναφέρθηκε (υπό ΙΙΙ.Γ.), ισχυρίσθηκε ότι σκοπεύει να κάνει εκπτώσεις στα προβλεπόμενα από τα τεύχη δημοπράτησης, που η ίδια συνέταξε και να χαρισθεί στον ανάδοχο. Προέβαλε ειδικότερα, ότι οι επιβλέποντες μηχανικοί της διευθύνουσας υπηρεσίας, δεν θα μετακινούνται προς και από το έργο με το όχημα (με οδηγό) που υποχρεούται να τους διαθέτει ο ανάδοχος, αλλά με τα δικά τους αυτοκίνητα. Πάντως, για τις λοιπές τρεις ανελαστικές δαπάνες που προαναφέρθηκαν (κρατήσεις, εργαστηριακοί έλεγχοι, ηλεκτροφωτισμός) η αναθέτουσα αρχή δεν μπόρεσε να εφεύρει κάποια αντίστοιχη απάντηση και έτσι ουδέν διέλαβε σχετικώς στις απόψεις της. 4) Η παρεμβαίνουσα δεν υιοθέτησε τις ανωτέρω δικαιολογίες της αναθέτουσας αρχής και προέβαλε άλλης τάξεως επιχείρημα. Ειδικότερα, στην αιτιολογική της έκθεση αναφέρεται δαπάνη 47.000 ευρώ, που τιτλοφορείται «ΦΟΡΟΙ (ΦΟΡΟΣ ΕΙΣΟΔΗΜΑΤΟΣ, ΦΜΥ ΚΛΠ)». Η παρεμβαίνουσα άλλαξε την τιτλοφόρηση της εν λόγω δαπάνης ως εξής: «ΦΟΡΟΙ ΚΑΙ ΛΟΙΠΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ». Ισχυρίσθηκε δηλαδή, ότι στο ποσό των 47.000 ευρώ, δεν συμπεριλαμβάνονται μόνο οι φόροι, αλλά και οι ανωτέρω, εντελώς άσχετες μεταξύ τους, ανελαστικές δαπάνες. Μάλιστα, για πρώτη φορά ισχυρίσθηκε, ότι διαθέτει ιδιόκτητο όχημα για την μεταφορά των επιβλεπόντων και για πρώτη φορά προσκόμισε την άδεια κυκλοφορίας του. 5) Η αβασιμότητα του ανωτέρω επιχειρήματος δεν προκύπτει μόνο από την μεταβολή - προσαρμογή στις ανάγκες της τιτλοφόρησης, αλλά και από την όλη δομή της αιτιολογικής έκθεσης της παρεμβαίνουσας. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα υπολόγισε πρώτα όλες τις υποχρεώσεις της, συμπεριλαμβανομένων και των φορολογικών και εν συνεχεία, αφαιρώντας το άθροισμα από το ποσό της προσφοράς της κατέληξε σε κέρδος 48.703,64

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

ευρώ, εννοείται μετά από την φορολόγηση η οποία είχε ήδη συνυπολογισθεί. Δια της παρεμβάσεώς της, προσπάθησε να πείσει (και δυστυχώς το πέτυχε), ότι στο ποσό των 47.000 ευρώ, που προστέθηκε, για φόρους κλπ, στις λοιπές δαπάνες, συμπεριλαμβάνεται και ο φόρος εισοδήματος που αναλογεί στο, τελικό, κέρδος που προέκυψε, εν συνεχεία, ήτοι αφού είχε ήδη αφαιρεθεί από το εργολαβικό της αντάλλαγμα το ποσό της φορολόγησης. 6) Από την ακυρωθείσα απόφαση προκύπτει σφάλμα, που διαπράχθηκε εξ αιτίας της ανωτέρω (παραπλανητικής) μεταβολής της τιτοφόρησης. Δηλαδή, έγινε δεκτό, ότι το ποσό των 47.000 ευρώ, δεν αφορά μόνο σε φόρο εισοδήματος, φόρο μισθωτών υπηρεσιών και λοιπούς φόρους, όπως, ρητά, αναφέρεται στο σχετικό κονδύλιο της αιτιολογικής έκθεσης της παρεμβαίνουσας, αλλά και σε δαπάνες κρατήσεων, εργαστηριακών ελέγχων και οχήματος επίβλεψης. ΣΤ. (Ζ' λόγος προσφυγής - δαπάνες οργανογράμματος). 1) Με τον Ζ' λόγο της προσφυγής ισχυρίσθηκα, ότι υποβλήθηκε οργανόγραμμα, το οποίο προβλέπει (σύμφωνα με τα επιβαλλόμενα από την ΕΣΥ) την απασχόληση τεχνικού ασφαλείας και δεύτερου πολιτικού μηχανικού, χωρίς όμως να συνυπολογίζεται το οιοδήποτε ποσό για τις αμοιβές τους. 2) Η παρεμβαίνουσα ισχυρίσθηκε, για πρώτη φορά, ότι ως τεχνικό ασφαλείας θα απασχολήσει τον διευθύνοντα σύμβουλο και βασικό μέτοχό της, ο οποίος και θα της χαρίσει την αμοιβή του. Ισχυρίσθηκε, επίσης για πρώτη φορά, ότι ως δεύτερος πολιτικός μηχανικός θα απασχοληθεί (μη κατονομαζόμενο) στέλεχος του πτυχίου της, το οποίο, ούτως ή άλλως, αμείβεται. 3) Οι ανωτέρω ανεπίκαιροι ισχυρισμοί, οι οποίοι ουδαμώς προκύπτουν από την υποβληθείσα αιτιολογική έκθεση, δεν θα έπρεπε να ληφθούν υπόψη. Παρά ταύτα όμως, και σε αυτή την περίπτωση, υιοθετήθηκαν αυτουσίως. Επιπροσθέτως, επιφύλαξε και πρόδηλο νομικό (αλλά και λογικό) σφάλμα. Συγκεκριμένα, έγινε δεκτό, ότι, ναι μεν, βάσει ρητής διάταξης (άρθρο 109 Ν 4548/2018) η ΑΕ οφείλει αμοιβή στα μέλη του ΔΣ της για οποιαδήποτε υπηρεσία αυτά της παρέχουν (ακόμα και στο πλαίσιο συμβάσεως εντολής), αλλά οι δικαιούχοι μπορούν να της χαρίσουν την οφειλόμενη αμοιβή, χωρίς όμως αυτό να θεωρείται δωρεά, η επίκληση της οποίας, κατά παγία νομολογία, απαγορεύεται, απολύτως, κατά την διαδικασία της αιτιολόγησης (βλ

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

ΑΕΠΠ 145- 147/2018, σκ 14). Ζ. (Η' λόγος προσφυγής - χρηματοοικονομικό κόστος). 1) Με τον Η' λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίσθηκε, ότι, όπως είχε, προσφάτως, κριθεί δια της υπ' αριθ 1055/2019 αποφάσεως της ΑΕΠΠ, δια της οποίας έγινε δεκτή, ομοίου αντικειμένου, προδικαστική προσφυγή του προσωρινού αναδόχου, η μη πρόβλεψη χρηματοοικονομικού κόστους, αποτελεί, επαρκή, λόγο απόρριψης της αιτιολόγησης και της προσφοράς. 2) Αν ο υπόψη λόγος προσφυγής απορρίπτετο προς (κατ' αποτέλεσμα) όφελος της *****, θα επήρχετο αντίθεση σε σχέση με τα, προ ολίγων ημερών, κριθέντα, και πάλι προς (κατ' αποτέλεσμα) όφελος της *****. Αντ' αυτών, υιοθετήθηκαν ισχυρισμοί, που δεν είχαν προβληθεί δια της αιτιολογήσεως και αξιολογήθηκαν αποδεικτικά στοιχεία, που προσκομίσθηκαν, το πρώτον, δια της παρεμβάσεως. Συγκεκριμένα, με βάση οικονομικές καταστάσεις που προσκόμισε η παρεμβαίνουσα εξήχθη το συμπέρασμα, περί του ότι αυτή δεν έχει δανειακές υποχρεώσεις (παραληφθέντος του ελέγχου περί του αν έχει ταμειακά διαθέσιμα - ίδια κεφάλαια, τυχόν έλλειψη των οποίων θα την υποχρεώσει να προσφύγει σε δανεισμό για να εκτελέσει το επίμαχο έργο) και ότι, ως εκ τούτου, δεν όφειλε να συνυπολογίσει χρηματοοικονομικό κόστος. Η. (Θ' λόγος προσφυγής - κόστος μεταφορών). 1) Με τον Θ' λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίσθηκε ότι η Έκτακτη Επιτροπή υπολόγισε πως θα απαιτηθούν μεταφορές προϊόντων εκσκαφών σε μέση απόσταση 7 χιλιομέτρων. Με βάση αυτή την παραδοχή απέδειξα, με μαθηματικούς υπολογισμούς, ότι για να επιβεβαιωθεί η αιτιολογική έκθεση του προσωρινού αναδόχου, θα πρέπει να συμβεί κάτι από τα εξής: α) Είτε να χρησιμοποιηθούν φορτηγά που να κινούνται με 184 χιλιόμετρα την ώρα. β) Είτε να χρησιμοποιηθούν τριπλάσια φορτηγά με, φυσικά, τριπλάσιο κόστος, οπότε και εξ αυτού μόνο του λόγου, εκμηδενίζεται το κέρδος και προκύπτει (μεγάλη) ζημία. 2) Εν προκειμένω, κατ' αποτέλεσμα, εφαρμόσθηκε η αρχή του άνισου μέτρου κρίσεως. Συγκεκριμένα, ο πρώτος μειοδότης υπολόγισε μέση απόσταση μεταφοράς 5 χιλιομέτρων. Η Έκτακτη Επιτροπή τον διόρθωσε, καθορίζοντας την μέση απόσταση στα 7 χιλιόμετρα. Παρά ταύτα, κρίθηκε, ότι ο καθορισμός της μέσης απόστασης δεν αφορά όλους τους υποψηφίους, αλλά μόνο στον

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

πρώτο μειοδότη και ότι ειδικά όσον αφορά στον προσωρινό ανάδοχο, τα προϊόντα των εκσκαφών δεν θα μεταφέρονται καν. Θ. (I' λόγος προσφυγής - κατανάλωση καυσίμων πετρελαιοειδών βαρέων μηχανημάτων). 1) Με τον I' λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίστηκε ότι σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση ο προσωρινός μειοδότης θα εκτελέσει σημαντικό τμήμα των εργασιών με δύο, μουσειακού χαρακτήρα, βαρέα μηχανήματα, που κατασκευάστηκαν τα έτη 1970 και 1979, τα οποία (υποτίθεται ότι) θα καταναλώνουν, ημερησίως, τόσα καύσιμα (45 ευρώ) όσα καταναλώνει και ένα μικρό - υβριδικό ΙΧ. Ισχυρίστηκε δηλαδή, ότι η επίμαχη αιτιολογική έκθεση ερείδεται σε παραδοχές που αντιβαίνουν στην κοινή πείρα και λογική και ότι, με λογικούς υπολογισμούς προκύπτει ότι η υπόψη προσφορά είναι, προδήλως, ζημιογόνα. 2) Σε αυτή την περίπτωση, με περίπλοκες τεχνικές αναλύσεις και περιγραφές, ταυτόσημες με αυτές που χρησιμοποίησε η παρεμβαίνουσα, συνάχθηκε, τελικά, το συμπέρασμα, περί του ότι τα εν λόγω μηχανήματα θα χρησιμοποιούνται ελάχιστα (και όχι τις ημέρες και ώρες που αναφέρονται στην αιτιολογική έκθεση του προσωρινού αναδόχου), γεγονός που (υποτίθεται ότι) δικαιολογεί την (εξωπραγματικά) χαμηλή κατανάλωση καυσίμων. Ι. (ΙΑ' λόγος προσφυγής - μεταφορές σκυροδέματος). 1) Με τον ΙΑ' λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλέστηκε μία ακόμα περίπτωση, κραυγαλέα, άνισης μεταχείρισης υπέρ του προσωρινού αναδόχου. Ισχυρίστηκε δηλαδή, ότι προκειμένου να κοστολογηθεί η εργασία μεταφοράς και άντλησης σκυροδέματος του πρώτου μειοδότη, χρησιμοποιήθηκε προσφορά που είχε προσκομίσει εγώ. Για την ίδια εργασία όμως, όσον αφορά στον προσωρινό ανάδοχο, δεν χρησιμοποιήθηκε αυτή η προσφορά, αλλά, αντιθέτως, έγιναν δεκτοί οι ισχυρισμοί του, σύμφωνα με τους οποίους, το κόστος της ανέρχεται σε υποτετραπλάσιο ποσό. 2) Η παρεμβαίνουσα αντέτεινε ότι αυτή θα χρησιμοποιήσει ιδιόκτητο εξοπλισμό, γεγονός που (υποτίθεται ότι) δικαιολογεί την διαφορά κόστους έναντι εμού και του πρώτου μειοδότη. Πλην όμως, η πολυεθνική εταιρία (LAFARGE) την προσφορά της οποίας επικαλέστηκε η προσφεύγουσα, χρησιμοποιεί επίσης ιδιόκτητο εξοπλισμό και παρά ταύτα, η προσφορά της παραμένει τετραπλάσια της κοστολόγησης του προσωρινού

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

αναδόχου. 3) Κρίθηκε, ότι συνάδει με τα διαδάγματα της κοινής πείρας και λογικής το ενδεχόμενο, δύο οικονομικοί φορείς (****), να εκτελούν την ίδια εργασία, αμφότεροι με ιδιόκτητα μηχανήματα, να έχουν όμως τέτοια, χαώδη, διαφορά κόστους (ο εξορθολογισμός της οποίας αρκεί για να καταστήσει ζημιογόνο την προσφορά του προσωρινού μειοδότη). ΙΑ. (ΙΒ' λόγος προσφυγής - μηχανικό κόσκινο). 1) Με τον ΙΒ' λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλέσθηκε ότι για την έντεχνη εκτέλεση του έργου απαιτείται συγκεκριμένο μηχάνημα (κόσκινο), η χρήση του οποίου κοστίζει 45.000 ευρώ, ποσό το οποίο αρκεί, αφ' εαυτού, για την εκμηδένιση του προσδοκώμενου κέρδους του προσωρινού αναδόχου. 2) Η παρεμβαίνουσα δεν αμφισβήτησε την πραγματική βάση του εν λόγω ισχυρισμού της. Δεν αμφισβήτησε, δηλαδή, ούτε ότι απαιτείται η συγκεκριμένη διεργασία (κοσκίνισμα), ούτε και ότι η χρησιμοποίηση μηχανικού μέσου κοστίζει 45.000 ευρώ, τουλάχιστον. Αντέτεινε όμως, ότι ναι μεν δεν διαθέτει το απαιτούμενο μηχάνημα, διαθέτει όμως αντίστοιχο εργαλείο, και ότι, ως εκ τούτου, δεν θα υποβληθεί στην εν λόγω δαπάνη, την οποία παραδέχθηκε ότι δεν συνυπολόγισε στην αιτιολογική της έκθεση. 3) Πλην όμως, ο προσωρινός ανάδοχος συνυπέβαλε με την αιτιολογική του έκθεση και πίνακα στον οποίο αναφέρονται όλα, ανεξαιρέτως τα μηχανήματα και εργαλεία που διαθέτει και όλος γενικά ο ιδιόκτητος εξοπλισμός της. Αναφέρονται δηλαδή, όχι μόνο αυτοκίνητα και μηχανήματα έργων, αλλά και εργαλεία, όπως αρμοκόφτης, γεννήτριες, τρέιλερ, σφύρες κλπ. Στον πίνακα αυτόν δεν αναφέρεται το εργαλείο (κοσκίνα) που, ισχυρίσθηκε ότι, διαθέτει η παρεμβαίνουσα. 4) Παρά ταύτα, ο ανωτέρω όψιμος, ισχυρισμός, της παρεμβαίνουσας, που ανταποδεικνύεται από στοιχεία που η ίδια προσκόμισε στην αιτιολογική της έκθεση (πίνακα ιδιόκτητου εξοπλισμού), έγινε δεκτός. ΙΒ. (ΙΓ' λόγος προσφυγής - εργασία εκβαθύνσεων). 1) Με τον ΙΓ' λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλέσθηκε ότι για μία συγκεκριμένη εργασία ο προσωρινός μειοδότης υπολογίζει το 1/3ο της δαπάνης που υπολόγισε η προσφεύγουσα, αλλά και ο πρώτος μειοδότης, χωρίς εν προκειμένω να υφίσταται κάποια διαφοροποίηση συνθηκών (πχ ιδιοκτησία κάποιου μηχανήματος αντί της μισθώσεώς του κλπ). Τόνισα, μάλιστα, ότι το γεγονός αυτό επισημάνθηκε και από τον Πρόεδρο της Έκτακτης Επιτροπής. 2)

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

Προς απάντηση η παρεμβαίνουσα προέβη, το πρώτον, σε (αυθαίρετη) κοστολόγηση της εν λόγω εργασίας, και οι σχετικοί (αναπόδεικτοι και ανεπίκαιροι ισχυρισμοί της) έγιναν, αυτούσιως, δεκτοί. ΙΓ. (ΙΔ' λόγος προσφυγής - χρονικώς συναρτημένα γενικά έξοδα). Εν προκειμένω, αναφέρεται η προσφεύγουσα στα όσα, αναλυτικά, προπαρατέθηκαν (υπό Ι.Α.). ΙΔ. (ΙΕ' λόγος προσφυγής - ευνοϊκές συνθήκες). 1) Με τον ΙΕ' λόγο της προσφυγής ισχυρίσθηκε η προσφεύγουσα, ότι η αναθέτουσα αρχή, αυτεπαγγέλτως, δέχθηκε, αορίστως, ως εξαιρετικά ευνοϊκή συνθήκη, ότι ο προσωρινός μειοδότης εκτελεί και άλλα, μη κατονομαζόμενα, αντίστοιχα έργα στην περιοχή, παρά το ότι δεν υφίστατο, καν, σχετική μνεία στην αιτιολογική του έκθεση. 2) Ισχυρίσθηκε, επίσης, ότι αν η εντοπιότητα αποτελεί ευνοϊκή συνθήκη και εξηγεί κάθε αναιτιολόγητη, κατά τα λοιπά προσφορά, καταλύεται κάθε έννοια υγιούς ανταγωνισμού. 3) Σε κάθε περίπτωση, ισχυρίσθηκε, ότι δεν αντέχουν στην λογική κρίσεις περί του ότι με διαφορά έκπτωσης 5.000 ευρώ, ο μεν ντόπιος επιχειρηματίας θα έχει κέρδος 40.000 ευρώ, ο δε Αθηναίος, θα υποστεί ζημία 55.000, ότι δηλαδή ουσιαστικά, η υποτιθέμενη γνώση της περιοχής αποτιμάται σε 90.000 ευρώ, περίπου. 4) Η παρεμβαίνουσα ισχυρίσθηκε, για πρώτη φορά ότι εκτελεί τρία ανάλογα έργα στην περιοχή, προσκομίζοντας, το πρώτον, τα σχετικά αποδεικτικά στοιχεία, από τα οποία πάντως αποδεικνύεται ότι τα εν λόγω έργα είναι μικρά και αμελητέα συγκρινόμενα με τον προϋπολογισμό της δημοπρατούμενης σύμβασης. 5) Οι ανωτέρω ανεπίκαιροι και αόριστοι ισχυρισμοί έγιναν δεκτοί, κάτι που οδηγεί στο, άτοπο, συμπέρασμα, περί του ότι η ανάληψη άλλων έργων (οιασδήποτε φύσης και ανεξαρτήτως προϋπολογισμού) στην ίδια περιοχή, επιτρέπει (σε συνδυασμό με την εντοπιότητα) την υποβολή προσφορών με εκπτώσεις της τάξης του 67% και με προσδοκώμενο κέρδος τα ψυχία των 40.000 ευρώ.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα παραδεκτώς δια του ως άνω Υπομνήματος προβάλλει ισχυρισμούς προς αντίκρουση των προδιαληφθησών απόψεων της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου ότι, σύμφωνα με το σκεπτικό και το διατακτικό της ανωτέρω δικαστικής απόφασης, η με αρ. 1329/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρώθηκε εκ του λόγου ότι οι

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

κατατεθείσες απόψεις της αναθέτουσας αρχής, τις οποίες έλαβε υπόψη το επιλφθέν κατ' εκείνο το στάδιο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ (***** για την έκδοση της με αρ.1329/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, δεν περιήλθαν (οι κατατεθείσες απόψεις) σε γνώση της προσφεύγουσας, ώστε αυτή να τις αντικρούσει, κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, οπότε και η υπόθεση ήχθη στο παρόν κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, προκειμένου να συμμορφωθεί σχετικώς η ΑΕΠΠ.

10. Επειδή, ωστόσο, κάθε άλλος ισχυρισμός που προβάλλει δια του Υπομνήματός της η προσφεύγουσα κρίνεται απορριπτέος ως απαράδεκτος. Τούτο διότι η ΑΕΠΠ δεν δύναται επ' ευκαιρία της συμμόρφωσής της με την ανωτέρω δικαστική απόφαση να επανελέγξει και ανακαλέσει κατ' ουσίαν συλλήβδην τη συγκεκριμένη απόφασή της και για τα κεφάλαια αυτής που δεν συνεχονται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, καθόσον κάτι τέτοιο θα σήμαινε εμμέσως υποκατάσταση της πλήρους και απόλυτης αρμοδιότητας των δικαστηρίων να ελέγχουν και, αν κρίνουν, να ακυρώσουν την απόφαση της ΑΕΠΠ. Η αρμοδιότητα αυτή ανήκει αποκλειστικά στα δικαστήρια. Εν προκειμένω, η ΑΕΠΠ συμμορφούμενη με το διατακτικό της άνω δικαστικής απόφασης, η οποία επέβαλε την ακύρωση της με αρ.1329/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ «κατά το αιτιολογικό», ως συγκεκριμένα όρισε η δικαστική απόφαση, και δεδομένου ότι το αιτιολογικό της δικαστικής αυτής απόφασης συνίσταται στο ότι οι κατατεθείσες απόψεις της αναθέτουσας αρχής δεν περιήλθαν σε γνώση της προσφεύγουσας, ώστε αυτή να τις αντικρούσει, κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, η ΑΕΠΠ με την παρούσα απόφασή της συμμορφούμενη νομίμως εξετάζει μόνον τους ισχυρισμούς που περιλαμβάνονται στο ανωτέρω Υπόμνημα της προσφεύγουσας και ερείδονται επί των κατατεθεισών απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

11. Επειδή, ειδικότερα, με το ανωτέρω Υπόμνημα η προσφεύγουσα, πέραν της προβολής ισχυρισμών προς αντίκρουση των εν λόγω απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προβάλλει και ισχυρισμούς προς αντίκρουση της από 4-11-2019 παρέμβασης της εταιρίας «*****». Ωστόσο, με την ανωτέρω με αρ. ****(βλ. σκ. 9 αυτής) κρίθηκε ότι «Αντιθέτως, ο ίδιος ισχυρισμός της αιτούσας, κατά το δεύτερο σκέλος του, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, διότι δεν

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

προβλέπεται ρητώς στις διατάξεις του ν.4412/2016 ή του π.δ. 39/2017 υποχρέωση κοινοποίησης στον προσφεύγοντα της ασκηθείσας παρεμβάσεως και δεν προκύπτει από τα στοιχεία της δικογραφίας ούτε ισχυρίζεται η αιτούσα ότι άσκησε το διαφαινόμενο καθ' ερμηνεία των ως άνω διατάξεων δικαίωμά της να λάβει γνώση της παρέμβασης, υποβάλλοντας σχετικό αίτημα στην αναθέτουσα αρχή ή στην Α.Ε.Π.Π., το οποίο δεν ικανοποιήθηκε.». Συνεπώς, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας που περιλήφθηκαν στο κεφ. ΙΙ του εν λόγω Υπομνήματος (σελ. 27 έως και 32 αυτού) υπό τον τίτλο 'ΕΠΙ ΤΩΝ ΑΝΕΠΙΚΑΙΡΩΝ ΙΣΧΥΡΙΣΜΩΝ & ΣΤΟΙΧΕΙΩΝ ΤΗΣ ΠΑΡΕΜΒΑΙΝΟΥΣΑΣ' και αφορούν σε αντίκρουση της ασκηθείσας παρέμβασης ανεπίτρεπτα βάλλουν κατ' ουσίαν κατά της ανωτέρω διατυπωθείσας δικαστικής κρίσης και γι' αυτό το λόγο κρίνονται απορριπτέοι.

12. Επειδή, ομοίως, η προσφεύγουσα με το ίδιο ως άνω Υπόμνημά της προβάλλει και ισχυρισμούς προς ανάκληση της εκδοθείσας απόφασης της ΑΕΠΠ, οι οποίοι, όμως, δεν συνέχονται με τις κατατεθείσες απόψεις της αναθέτουσας αρχής. Οι ισχυρισμοί αυτοί της προσφεύγουσας που διαλαμβάνονται στο κεφάλαιο ΙV του υποβληθέντος Υπομνήματός της υπό τον τίτλο 'ΕΠΙ ΤΩΝ ΚΡΙΘΕΝΤΩΝ ΔΙΑ ΤΗΣ ΑΚΥΡΩΘΕΙΣΑΣ ΑΠΟΦΑΣΗΣ' (σελ. 37 έως 51 αυτού) και αφορούν σε αντίκρουση της εκδοθείσας απόφασης της ΑΕΠΠ, μη συνεχόμενοι με τις κατατεθείσες απόψεις της αναθέτουσας αρχής, αλλά με την κρίση της ΑΕΠΠ εκ των λοιπών στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, έμμεσα ελέγχουν τη διατυπωθείσα δικαστική κρίση και άρα ανεπίτρεπτα προβάλλονται, τυγχάνοντες εξ αυτού του λόγου απορριπτέοι, σύμφωνα και με όσα εκτέθηκαν στις σκέψεις 9 και 10 της παρούσας.

13. Επειδή, με τον πρώτο προβαλλόμενο δια του Υπομνήματος ισχυρισμό, η προσφεύγουσα όσον αφορά στο δέκατο τέταρτο λόγο προσφυγής της σχετικά με τα χρονικώς συναρτημένα έξοδα της εργολαβίας, προβάλλει και επικαλείται πρόσφατη, ήτοι μετά την έκδοση της με αρ.1329/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ νομολογία των δικαστηρίων (148/2020 ΔΕφΑΘ και 252/2020 ΔΕφΑΘ) για την ερμηνεία και εφαρμογή της με αρ. 9/2017 Εγκυκλίου του ΥΠΟΜΕ, στην οποία επιστηρίζει τον

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

σχετικό ισχυρισμό της. Ωστόσο, ως προκύπτει από την παράθεση στη σκέψη 6 της παρούσας των απόψεων της αναθέτουσας αρχής (οι οποίες περιλήφθηκαν και στη σκ. 4 της με αρ.1329/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ), η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ουδένα ισχυρισμό προέβαλε επί τη βάσει εφαρμογής της εγκυκλίου αυτής. Εάν τυχόν για τη διατυπωθείσα με την υπ' αρ.1329/2019 απόφαση σχετική κρίση της ΑΕΠΠ μεταγενέστερα δημιουργήθηκε σχετική νομολογία, στο μέτρο και στο βαθμό που αυτή τυγχάνει, αν τυγχάνει, εφαρμοστέα και στην επίδικη υπόθεση, αυτό αποτελεί αντικείμενο δικαστικού ελέγχου και όχι επανάκρισης από την ΑΕΠΠ αφής στιγμής δεν ερείδεται στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, ως συνάγεται από το διατακτικό της με αρ.*****. Κατά τούτο και σύμφωνα με τα κριθέντα στις σκέψεις 9 και 10 της παρούσας, ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας κρίνεται απορριπτέος ως απαράδεκτος. Τέλος, με το συγκεκριμένο κεφάλαιο του Υπομνήματος η προσφεύγουσα βάλλει και κατά της κρίσης της ΑΕΠΠ επί της από 4-11-2019 παρέμβασης της εταιρίας «*****» σχετικά με τις ευνοϊκές συνθήκες λόγω εκτέλεσης ίδιων έργων στην περιοχή από την παρεμβαίνουσα. Όμως, ως εκτέθηκε και στην αμέσως προηγούμενη σκέψη 11 της παρούσας, ο ισχυρισμός αυτός, που αφορά σε αντίκρουση της ασκηθείσας παρέμβασης, ανεπίτρεπτα βάλλει κατ' ουσίαν κατά της ανωτέρω διατυπωθείσας δικαστικής κρίσης και γι' αυτό το λόγο κρίνεται απορριπτέος.

14. Επειδή, με το δεύτερο προβαλλόμενο δια του Υπομνήματος ισχυρισμό, η προσφεύγουσα όσον αφορά στον πρώτο λόγο προσφυγής της, σχετικά με την Έκτακτη Επιτροπή Γνωμοδότησης, προβάλλει και επικαλείται πρόσφατη, ήτοι μετά την έκδοση της με αρ.1329/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ νομολογία των δικαστηρίων (184/2020 ΕΑ ΣτΕ) για την ερμηνεία και εφαρμογή της παρ. 3 του άρθρου 221 του ν.4412/2016, στην οποία επιστηρίζει τον σχετικό ισχυρισμό της. Ο λόγος αυτός, δεδομένου ότι συνέχεται με τις κατατεθείσες απόψεις της αναθέτουσας αρχής, παραδεκτώς προβάλλεται. Εν προκειμένω, με το σχετικό λόγο η προσφεύγουσα

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

στην κρινόμενη προδικαστική προσφυγή της προέβαλε ότι η Έκτακτη Επιτροπή Γνωμοδότησης δεν υποκαθιστά - αντικαθιστά την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία, έστω και παράλληλα με την Έκτακτη, οφείλει να ασκήσει τη γνωμοδοτική της αρμοδιότητα, επί ποινή ακυρότητας της, άνευ εισηγήσεώς της, απόφασης της αναθέτουσας αρχής. Με τις κατατεθείσες απόψεις της η αναθέτουσα αρχή προέβαλε ότι η Οικονομική Επιτροπή, αφού ζήτησε δύο φορές από την Επιτροπή Διαγωνισμού να αξιολογήσει τις δοθείσες αιτιολογήσεις κόστους των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων και δύο φορές η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν το έπραξε, η *****ζήτησε να γνωμοδοτήσει το Τεχνικό Συμβούλιο της *****, το οποίο αποτελεί γνωμοδοτικό όργανο για τεχνικά ζητήματα επί των έργων. Το Τεχνικό Συμβούλιο αρνήθηκε με τη σειρά του να γνωμοδοτήσει, δηλώνοντας πως δεν έχει την αρμοδιότητα, οπότε στη συνέχεια η *****υπό τα ανωτέρω δεδομένα συγκρότησε Έκτακτη Επιτροπή Γνωμοδότησης δια κλήρωσης μεταξύ των υπαλλήλων της *****, επί τη βάση τη γενικής διάταξης των εδαφίων α και ε της παρ. 3 του άρθρου 221 ν.4412/2016. Η με αρ.1329/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ έκανε δεκτό τον ισχυρισμό αυτό της αναθέτουσας αρχής και απέρριψε τον σχετικό πρώτο λόγο προσφυγής. Ωστόσο, μεταγενέστερα κρίθηκε με βάση την επικληθείσα από την προσφεύγουσα υπ' αρ. 184/2020 απόφαση ΕΑ του ΣτΕ σε άλλη υπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε τη Γνωμοδότηση της Έκτακτης Επιτροπής προηγουμένως να την έχει υποβάλει στην Επιτροπή Διαγωνισμού. Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου της εξεταζόμενης υπόθεσης δεν προκύπτει ότι η σχετική γνωμοδότηση της Έκτακτης Επιτροπής υποβλήθηκε προηγουμένως στην Επιτροπή Διαγωνισμού και ότι της ζητήθηκε η σύνταξη σχετικής εισήγησης, στη δε *****υπεβλήθη μόνον γνωμοδότηση της Έκτακτης Επιτροπής, την οποία η *****αποδέχθηκε, όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης. Κατά τούτο, σε συμμόρφωση με τη με αρ. Α170/2020 απόφαση του *****, η με αρ. 1329/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ ανακαλείται κατά το μέρος με το οποίο απέρριψε τον πρώτο λόγο προσφυγής της προσφεύγουσας και έκανε δεκτό το σχετικό λόγο παρέμβασης, η δε προσβαλλόμενη με αριθμ. *****, με την οποία εγκρίθηκε το από 25-9-2019

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

Πρακτικό της Έκτακτης Επιτροπής και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος η εταιρία «*****» πρέπει να ακυρωθεί διότι εκδόθηκε χωρίς προηγουμένως να έχει υποβληθεί η γνωμοδότηση της Έκτακτης Επιτροπής στην Επιτροπή Διαγωνισμού και χωρίς να έχει ζητηθεί από την Επιτροπή Διαγωνισμού να συντάξει σχετική εισήγηση επί της γνωμοδότησης της Έκτακτης Επιτροπής.

15. Επειδή, επί των προβληθέντων στο κεφάλαιο ΙΙΙ του εν λόγω Υπομνήματος της προσφεύγουσας ισχυρισμών της σχετικά με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, λεκτέα είναι τα εξής: Επί του πρώτου ισχυρισμού της προσφεύγουσας αναφορικά με το κόστος περιβαλλοντικής διαχείρισης της παρεμβαίνουσας, η προσφεύγουσα με το δεύτερο λόγο της εξεταζόμενης προσφυγής της προβάλλει, μεταξύ άλλων, ότι όφειλε η αναθέτουσα αρχή να διαλάβει στην απόφασή της αιτιολογία σχετικά με τους λόγους για τους οποίους έκρινε ως εύλογο (και διασφαλίζον την έγκαιρη και έντεχνη εκτέλεση του έργου, καθώς επίσης και την τήρηση της περιβαλλοντικής και εργατικής νομοθεσίας) το υπόψη, ελάχιστο, ποσό και ποσοστό κέρδους. Η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθείσες απόψεις της διέλαβε (βλ. σκ. 6 της παρούσας) ότι η γνωμοδοτική επιτροπή δεν έκανε αυθαίρετες διορθώσεις κοστολογίων, αλλά εξέτασε σοβαρές και μη επιδεχόμενες αμφισβήτησης ελλείψεις. Για παράδειγμα, η μη πρόβλεψη κόστους περιβαλλοντικής διαχείρισης αποτελεί σοβαρή έλλειψη. Η προσφεύγουσα με το σχετικό Υπόμνημά της ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα με την κατατεθείσα αιτιολογία της δεν διέλαβε κόστος περιβαλλοντικής διαχείρισης. Εν προκειμένω, ως προκύπτει από τον πίνακα 5 (πεδίο Γ.2.7.) της κατατεθείσας αιτιολογίας της παρεμβαίνουσας στο πεδίο *«Μετρήσεις γενικών δεικτών και παραμέτρων που προβλέπονται στους εγκεκριμένους περιβαλλοντικούς και λοιπούς όρους και λήψη μέτρων για συμμόρφωση προς αυτούς»* η παρεμβαίνουσα «*****» έχει προϋπολογίσει μηδενική δαπάνη («0,00 €»). Κατά τούτο, σε συμμόρφωση με τη με αρ. *****, η με αρ. **** απόφαση της ΑΕΠΠ ανακαλείται κατά το μέρος με το οποίο απέρριψε το σχετικό ισχυρισμό της προσφυγής της προσφεύγουσας και έκανε δεκτό το σχετικό λόγο παρέμβασης, η δε προσβαλλόμενη με αριθμ. **** πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την εταιρία «*****». Τούτο διότι η μη

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

πρόβλεψη από την «*****» κόστους περιβαλλοντικής διαχείρισης και η μη αιτιολόγηση από την «*****» της έλλειψης αυτής συνιστούν ουσιώδη έλλειψη της προσφοράς της, που την καθιστά απορριπτέα.

16. Επειδή, επί του δεύτερου ισχυρισμού της προσφεύγουσας (βλ. τέταρτο λόγο προσφυγής), που αφορά στο χρόνο εκτέλεσης του έργου και σε σχέση με τον τρόπο αξιολόγησης της αναθέτουσας αρχής των σχετικών διευκρινήσεων που δόθηκαν από την παρεμβαίνουσα, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της διέλαβε ότι «Α) Η προθεσμία ενός έργου δε σημαίνει πως αυτή εξαντλείται για την εκτέλεσή του. Αντιθέτως, λόγω καιρικών φαινομένων, έχει παρατηρηθεί ανάδοχοι αντίστοιχων έργων να τα εκτελούν μέσα σε 3 μήνες, ενώ η προθεσμία περαίωσης είναι 8 μήνες. Επομένως, προθεσμία 18 μηνών, δε σημαίνει πως χρησιμοποιούνται μηχανήματα για 18 μήνες σε καθημερινή βάση. Για παράδειγμα, μπορεί να εκτελεστούν όλες οι σκυροδετήσεις μέσα στη καλοκαιρινή περίοδο και να χρησιμοποιηθεί η αντλία σκυροδέτησης μόνο για 3 μήνες. Η διόρθωση του κόστους για τα ασφάλιστρα και τέλη, έγινε με βάση την προτεινόμενη περίοδο χρήσης τους. Επομένως, η επιτροπή γνωμοδότησης έκρινε τα κοστολόγια με βάση τα κατατιθέμενο χρονοδιάγραμμα και όχι αυθαίρετες εκτιμήσεις και η αιτίαση πως τα μηχανήματα έργου θα χρησιμοποιούνται [5] καθημερινά και για τους 18 μήνες είναι κατά την άποψή μας υπερβολική και μη ρεαλιστική (εκ παραδρομής η επιτροπή γνωμοδότησης αναφέρει ως προθεσμία τους 12 μήνες, χωρίς αυτό να επηρεάζει τη μεθοδολογία γνωμοδότησης)». Η προσφεύγουσα με το Υπόμνημά της ισχυρίζεται ότι οι συμμετέχοντες οφείλουν να αιτιολογήσουν την προσφορά τους επί τη βάσει του τι προβλέπεται στη διακήρυξη. Εν προκειμένω, αντικείμενο της υπό δημοπράτηση σύμβασης είναι η εκτέλεση έργου και όχι η παροχή υπηρεσιών. Η προθεσμία περαίωσης του εν λόγω έργου είναι, κατά τη διακήρυξη, 18 μήνες. Αυτονόητο τυγχάνει ότι η προθεσμία 18 μηνών που θέτει η διακήρυξη δεν σημαίνει πως χρησιμοποιούνται μηχανήματα για 18 μήνες σε καθημερινή βάση. Η άποψη της Έκτακτης Επιτροπής Γνωμοδότησης ότι «η φύση του έργου απαιτεί μηχανήματα καθ' όλη την διάρκειά του, ακόμα και αν αυτά χρησιμοποιηθούν για τμήμα του

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

*προβλεπόμενου χρόνου της σύμβασης», που επικαλείται η προσφεύγουσα, δεν ερείδεται στη διακήρυξη του έργου. Επίσης, η τεθείσα με τη διακήρυξη 18μηννη προθεσμία περαίωσης του έργου, δεν αποκλείει καθόλου τη δυνατότητα του αναδόχου να περαιώσει το έργο συντομότερα. Μάλιστα στην Τεχνική Περιγραφή του έργου ρητά ορίζεται ότι η υπηρεσία θα δίδει εντολές εκτέλεσης επί μέρους εργασιών «μέχρι την ολοκλήρωση του οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης». Όπως προκύπτει από τις διευκρινήσεις που έδωσε η παρεμβαίνουσα, βάσει του υποβληθέντος χρονοδιαγράμματός της, τούτη προγραμματίζει να έχει περαιώσει το σύνολο του έργου μέσα σε χρονικό διάστημα 30 εβδομάδων, χρόνος με τον οποίο σχετίζει και το κόστος των μηχανημάτων που θα χρησιμοποιήσει. Η αξιολόγηση του κόστους για τα ασφάλιστρα και τέλη έγινε από την Έκτακτη Επιτροπή Γνωμοδότησης και κατ' ακολουθίαν υιοθετήθηκε από την αναθέτουσα αρχή, με βάση την προτεινόμενη περίοδο χρήσης τους. Επομένως, η Έκτακτη Επιτροπή Γνωμοδότησης και κατ' ακολουθία η αναθέτουσα αρχή έκρινε τα κοστολόγια με βάση το κατατιθέμενο χρονοδιάγραμμα των 30 εβδομάδων. Υπό τα δεδομένα αυτά, αιτιολογημένα και χωρίς υπέρβαση των άκρων ορίων διακριτικής ευχέρειας, η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι ο οικονομικός φορέας «*****» είναι σε θέση να εκτελέσει ορθά το έργο και έχει κάνει εκτίμηση των κοστολογίων και των υποχρεώσεών του, μέσα στα πλαίσια της επιστήμης και της πρακτικής των δημοσίων έργων, μη διαπιστωθείσας έλλειψης στην προσφορά του που να υποδηλώνει αδυναμία εκτέλεσης του έργου. Κατόπιν αυτών, οι περί αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι και αντίθετα δεκτός ο σχετικός λόγος παρέμβασης.*

17. Επειδή, επί του τρίτου ισχυρισμού της προσφεύγουσας (έκτος λόγος προσφυγής), που αφορά, μεταξύ άλλων, στο κόστος μετακίνησης των επιβλεπόντων, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Στις κατατεθείσες απόψεις της η αναθέτουσα αρχή σχετικώς διέλαβε ότι «*η απαίτηση για 24ωρη διαθεσιμότητα οχήματος με οδηγό για τη μετακίνηση των επιβλεπόντων της υπηρεσίας είναι μη ρεαλιστική, παρόλο που υπάρχει η αντίστοιχη πρόβλεψη στην ****. Είθισται η μετακίνηση να γίνεται με το όχημα του εκπροσώπου του αναδόχου, είτε με ιδία*

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

μέσα των υπαλλήλων και αυτό το γνωρίζουν και το συνυπολογίζουν οι οικονομικοί φορείς κατά τη σύνταξη των προσφορών τους.». Με το κατατεθέν Υπόμνημά της η προσφεύγουσα υποστήριξε ότι η παρεμβαίνουσα όφειλε ειδικώς να υπολογίσει το σχετικό κόστος. Εν προκειμένω, στον συνυποβληθέντα με την αιτιολόγηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας Πίνακα 4 Γ.1.9, στο σημείο «φόροι και λοιπές δαπάνες» έχει υπολογιστεί ποσό 47.000,00€, το οποίο περιλαμβάνει τόσο τον φόρο εισοδήματος, όσο και διάφορες κρατήσεις και λοιπές δαπάνες. Συγκεκριμένα Φόρος (29% επί του καθαρού κέρδους)= $48.703,64 \times 0,29 = 14.124,05\text{€}$, Κρατήσεις (ΑΕΠΠ, ΕΑΑΔΗΣΥ, ΤΕΕ μαζί με χαρτόσημο) = 8.549,42€ Δαπάνη μίσθωσης επιβατικού ΙΧ μετά οδηγού: Ιδιόκτητο όχημα (**** τύπου **** μετά της δαπάνης καυσίμων, αναλωσίμων, ασφαλίσεων κτλ = 30,00€/ημέρα + 38,82€ οδηγός/ημέρα = 68,82€/ημέρα ή 1870,50€/μήνα. Άρα δαπάνη για 7 μήνες = $1870,50\text{€} \times 7 = 13.093,50\text{€}$ Διάφοροι εργαστηριακοί έλεγχοι = 11.233,00€ Σύνολο= 47.000,00€. Συνεπώς το σχετικό κόστος μετακίνησης των επιβλεπόντων με το ως άνω όχημα, συνολικού ποσού 13.093,50€, έχει υπολογισθεί με τον ανωτέρω τρόπο και έχει συμπεριληφθεί στην προσφορά της παρεμβαίνουσας. Κατά δε τα διδάγματα ο επιβλέπων του έργου δεν παρίσταται στο τόπο του έργου σε 24ωρη βάση, αλλ' αυτό που απαιτείται είναι η διαθεσιμότητα οχήματος να μετακινήσει τον επιβλέποντα ανά πάσα στιγμή κριθεί. Η διαθεσιμότητα αυτή καλύπτεται με τον ανωτέρω υπολογισμό κόστους μετακίνησης. Υπό τα δεδομένα αυτά, οι περί αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι και αντίθετα δεκτός ο σχετικός λόγος παρέμβασης.

18. Επειδή, επί του τέταρτου ισχυρισμού της προσφεύγουσας (βλ. σχ. δέκατο πέμπτο λόγο προσφυγής), που αφορά στην προβαλλόμενη δια του Υπομνήματος της προσφεύγουσας έλλειψη αιτιολογίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής πως τα δύο άλλα έργα που εκτελεί η παρεμβαίνουσα θα επιδράσουν μειωτικά στο κόστος εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθείσες απόψεις της διέλαβε ότι «Ο οικονομικός φορέας [ενν. η παρεμβαίνουσα] έχει υπογράψει σύμβαση με την*****» στις 6/5/2019, με προθεσμία περαίωσης 8 μήνες και

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 72,58%. Το έργο εκτελείται κανονικά. Επίσης έχει υπογράψει *****» στις 5/7/2019, με προθεσμία περαίωσης 8 μήνες και προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 71,34%. Το έργο εκτελείται κανονικά.». Η προσφεύγουσα με το υποβληθέν Υπόμνημά της προβάλλει, ως προαναφέρθηκε, έλλειψη αιτιολογίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής πως τα δύο άλλα έργα που εκτελεί η παρεμβαίνουσα θα επιδράσουν μειωτικά στο κόστος εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης. Εν προκειμένω, κατά τις δοθείσες διευκρινίσεις, η προσωρινή ανάδοχος έχει ευνοϊκό πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχουσών εταιριών διότι στην ίδια περιοχή εκτελεί και άλλες παρόμοιες συμβάσεις. Συγκεκριμένα η παρεμβαίνουσα έχει συνάψει τρεις συμβάσεις εκτέλεσης ανάλογων με το επίμαχο έργων με τα οποία εκτελούνται εντός της *****. Τα έργα αυτά είναι (κατά χρονολογική σειρά σύναψης των συμβάσεων): α) «***** λόγω αυξημένης επικινδυνότητας πλημμυρών στους χειμάρρους «*****». Η σύμβαση για την εκτέλεση του έργου συνήφθη στις 9-4-2019 με τον κύριο του έργου *****. Ο προϋπολογισμός του έργου είναι 111.094,00 ευρώ (με ΦΠΑ) και η συμβατική δαπάνη 44.448,73 ευρώ (με ΦΠΑ) (έκπτωση 59,99%). β) «*****». Η σύμβαση για την εκτέλεση του έργου συνήφθη στις 6-5-2019 με τον κύριο του έργου *****. Ο προϋπολογισμός του έργου είναι 500.000,00 ευρώ (με ΦΠΑ) και η συμβατική δαπάνη 134.148,96 ευρώ (με ΦΠΑ) (έκπτωση 73,17%). γ) «*****». Η σύμβαση για την εκτέλεση του έργου συνήφθη στις 5-7-2019 με τον κύριο του έργου *****. Ο προϋπολογισμός του έργου είναι 800.000,00 ευρώ (με ΦΠΑ) και η συμβατική δαπάνη 229.312,27 ευρώ (με ΦΠΑ) (έκπτωση 71,34%), έχουσα υποβάλει η προσωρινή ανάδοχος τις σχετικές συμβάσεις και τις βεβαιώσεις περί της εμπρόθεσμης και έντεχνης εκτέλεσής τους. Έτσι, η παρεμβαίνουσα τελεί υπό ιδιαίτερα ευνοϊκές συνθήκες κατά την εκτέλεση του επίμαχου έργου, όχι μόνο διότι εδρεύει στο ***** , αλλά κυρίως διότι ήδη εκτελεί ανάλογα έργα, με αποτέλεσμα να έχει πλήρη γνώση των τοπικών συνθηκών εκτέλεσης ανάλογων με το επίμαχο έργων από την πρακτική γνώση και εμπειρία που απέκτησε με τον τρόπο αυτό. Υπό τα δεδομένα αυτά, οι περί αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι και αντίθετα δεκτός ο σχετικός λόγος παρέμβασης.

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

19. Επειδή, κατόπιν όσων εκτέθηκαν στις ανωτέρω σκέψεις, σε συμμόρφωση με τη με αρ. *****, η με αρ. *****της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ακυρωθεί κατά τα ειδικότερα κριθέντα στις σκέψεις 14 και 15 της παρούσας, η δε προδικαστική προσφυγή να γίνει εν μέρει δεκτή και να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση για τους αυτούς λόγους που αναλύονται στις σκέψεις 14 και 15 της παρούσας.

20. Επειδή, ο ν.4412/2016 δεν ορίζει ρητώς για την τύχη του παραβόλου που κατέθεσε η προσφεύγουσα για την άσκηση της ως άνω προσφυγής (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****), ποσού 15.000 €, το οποίο ήδη έχει ήδη καταπέσει δυνάμει της με αριθ. 1329/2019 απόφασης Α.Ε.Π.Π. Κατά την πλειοψηφούσα κρίση των μελών του παρόντος κλιμακίου της ΑΕΠΠ Μιχαήλ Οικονόμου και Άννας Χριστοδουλάκου, δεδομένου ότι η κατάπτωση ή επιστροφή του παραβόλου συνδέεται με την απόρριψη ή αποδοχή της προσφυγής αντίστοιχα, αφού κατόπιν αναπομπής της υπόθεσης στην Α.Ε.Π.Π. από το Δικαστήριο και εν τέλει αποδοχής της, το ως άνω παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί [πρβλ. Δ.Εφ. Θεσσαλονίκης (Τμήμα Β' Πενταμελές) 13/2008]. Ωστόσο, κατά την μειοψηφούσα κρίση της Εισηγήτριας, δεδομένου ότι το εν λόγω παράβολο έχει ήδη καταπέσει δυνάμει της με αριθ. 1329/2019 απόφασης Α.Ε.Π.Π., δεν δύναται να διαταχθεί με την παρούσα η επιστροφή του, κατά τη γραμματική ερμηνεία της παρ. 5 του άρθρου 363 του ν.4412/2016. Τούτο διότι η προαναφερθείσα διάταξη νόμου δεν περιέχει ρύθμιση για την περίπτωση που, ενώ το παράβολο αρχικά είχε καταπέσει με απόφαση της ΑΕΠΠ, στη συνέχεια και κατόπιν δικαίωσης του προσφεύγοντος σε συμμόρφωση με δικαστική απόφαση να δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να ορίσει την επιστροφή του αυτού παραβόλου που ήδη έχει καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

ΚΑΙ ΣΕ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ ΜΕ ΤΗΝ *****

Δέχεται εν μέρει τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1273/2019 προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: Σ 151/2021

Ακυρώνει τη με αρ. ***** κατά τα κριθέντα στις σκέψεις 14 και 15 της παρούσας.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του ηλεκτρονικού παραβόλου με κωδικό *****, ποσού 15.000 €.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 4-1-2021 και εκδόθηκε στις 25-1-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

**ΚΑΤΣΑΡΟΥ ΜΑΡΙΑ
Α/Α ΕΛΕΝΗ ΛΕΠΙΔΑ**