

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Μαρτίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος – Εισηγητής, Μαργαρίτα Κανάβα και Γερασιμούλα - Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 31-1-2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 185/1.2.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην οδό ..., στ.. ... (εφεξής ο «προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και κατά της υπ' αριθ. 1031/20.1.2022 απόφασης της Συνεδρίασης του Δ.Σ. της «...», κατά το σκέλος που απέρριψε την αιτιολόγηση του προσφεύγοντος και την προσφορά του και ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο του έργου την ... (εφεξής «η προσβαλλόμενη»).

Και κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία ..., που εδρεύει στην οδό ..., στ.. ... (εφεξής «ο παρεμβαίνων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το ως άνω σκέλος.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή Γεώργιο Κουκούτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: 469/2022

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 28/1/2022 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι με βάση το ποσό των 39.375.000,00 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%.

2. Επειδή με την αριθ. ... διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Κάθετος Άξονας ...: Τμήματα: «...» (70.2.1) και «...» (70.2.2) - Υποτήμημα: «Παράκαμψη ...», με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και με διάρκεια της σύμβασης τους 24 μήνες.

3. Επειδή προκήρυξη της παρούσας σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 17.8.2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 20.8.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 31.1.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 21.1.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις

Αριθμός απόφασης: 469/2022

παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 1.02.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθ. 210/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 11.02.2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ .../2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 11.2.2022 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

10. Επειδή στις 21.2.2022 ο προσφεύγων κατέθεσε εκπροθέσμως υπόμνημα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, το οποίο δεν λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

10. Επειδή στον υπό κρίση διαγωνισμό συμμετείχαν επτά οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις υπ' αριθ. συστήματος 227244 και 228053 προσφορές τους αντίστοιχα. Με με το πρακτικό Ια της Επιτροπής διαγωνισμού, οι προσφορές όλων των διαγωνιζομένων κρίθηκαν αποδεκτές, οι οποίοι κατατάχθηκαν στον πίνακα μειοδοσίας με βάση το ποσοστό έκπτωσης ως εξής: πρώτος ο προσφεύγων, με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 21,52%, δεύτερος ο παρεμβαίνων, με ποσοστό έκπτωσης 14,03%, τρίτος ο οικονομικός φορέας

Αριθμός απόφασης: 469/2022

«...», με ποσοστό έκπτωσης 10,00%, τέταρτος ο οικονομικός φορέας «...», με ποσοστό 9,81%, πέμπτος ο οικονομικός φορέας «...», με ποσοστό έκπτωσης 9,20%, έκτος ο οικονομικός φορέας «...», με ποσοστό έκπτωσης 7,77% και έβδομος ο οικονομικός φορέας «...» με ποσοστό έκπτωσης 7,52%. Από την Επιτροπή διαγωνισμού διαπιστώθηκε ότι η προσφορά του προσφεύγοντος εμφάνιζε απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα ποσοστιαίων μονάδων από τον υπολογισθέντα μέσο όρο των παραδεκτών προσφορών και άρα θεωρήθηκε, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 88 παρ. 5 α του ν. 4412/2016, ως «ασυνήθιστα χαμηλή». Εν συνεχεία, ο προσφεύγων κλήθηκε να αιτιολογήσει την προσφορά του με το με αριθ. πρωτ. 104577/22.10.2021 έγγραφο του Διευθύνοντος Συμβούλου της αναθέτουσας αρχής, που κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με το εξής περιεχόμενο: *«Δεδομένου ότι η οικονομική προσφορά σας είναι ασυνήθιστα χαμηλή, καθώς αυτή εμφανίζει απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν, παρακαλούμε όπως υποβάλλεται εξηγήσεις σχετικά με αυτήν, μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της παρούσας πρόσκληση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 4.1 η) της Διακήρυξης και το άρθρο 88 του Ν. 4412/16»*. Στις 11.11.2021, στις 19:31, ο προσφεύγων υπέβαλε την αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Στις 12.11.2021 η Επιτροπή Διαγωνισμού υπέβαλε μέσω της Επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ αίτημα για τη συγκρότηση έκτακτης επιτροπής/ομάδας εργασίας για την εξέταση της υποβληθείσας αιτιολόγησης, σύμφωνα με τον όρο 4.1. τελ. εδάφιο της διακήρυξης. Η συσταθείσα ως άνω έκτακτη επιτροπή, αφού εξέτασε την αιτιολόγηση του προσφεύγοντος, υπέβαλε την γνωμοδότησή της, σύμφωνα με την οποία κρίθηκε ότι *«η αιτιολόγηση δεν είναι ικανοποιητική και συνεπώς η οικονομική προσφορά πρέπει να απορριφθεί»*. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, λαμβάνοντας υπόψη την ως άνω γνωμοδότηση, με το Πρακτικό Ιβ, εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος και την ανάθεση του έργου στον παρεμβαίνοντα. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκαν τα Πρακτικά Ια και Ιβ.

Αριθμός απόφασης: 469/2022

11. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχθηκε πρώτος σε σειρά μειοδοσίας με το πρακτικό Ια, με πρόδηλο έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της αιτιολόγησης της προσφοράς του.

12. Επειδή στην ΥΑ 64233/2021 (ΦΕΚ Β΄2453/9.6.2021) ορίζεται ότι: «Άρθρο 9 [...] 3. Τα σχετικά στοιχεία αποστολής, κοινοποίησης, υποβολής ή ανάρτησης που αποτυπώνονται στις αντίστοιχες οθόνες της διεπαφής του χρήστη, και ειδικότερα ο καταγεγραμμένος χρόνος αυτών, αποτελούν απόδειξη επικοινωνίας και διακίνησης εγγράφων μέσω του Υποσυστήματος. Οι σχετικές προθεσμίες αρχίζουν την επομένη της ημέρας της προαναφερθείσας κατά περίπτωση αποστολής, κοινοποίησης ή υποβολής και εάν δεν ορίζεται διαφορετική ώρα στα έγγραφα της σύμβασης λήγουν όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και ώρα 23:59:59 και, αν αυτή είναι εξαιρετέα ή Σάββατο, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη ημέρα και ώρα 23:59:59. Ειδικότερα η κοινοποίηση πραγματοποιείται μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» της ηλεκτρονικής διαδικασίας δημόσιας σύμβασης. Η επιτυχής αποστολή μηνύματος μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» λογίζεται και ως επιτυχής παραλαβή του από τον αποδέκτη. [...] Άρθρο 22 Διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων προμηθειών και παροχής υπηρεσιών, οι οποίες έχουν ξεκινήσει πριν από την έναρξη ισχύος της παρούσας, συνεχίζουν και ολοκληρώνονται σύμφωνα με τα οριζόμενα στην υπ` αρ. 56902/215/19.05.2017 (Β` 1924) Απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης με θέμα «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ). Άρθρο 23 Οι διατάξεις της παρούσας εφαρμόζονται σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις προμηθειών και παροχής υπηρεσιών, η έναρξη της διαδικασίας σύναψης των οποίων, σύμφωνα με τα αρ. 61, 120, 290 και 330 του ν. 4412/2016 αντίστοιχα, λαμβάνει χώρα μετά τη δημοσίευση της παρούσας στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. Η ισχύς της παρούσας αρχίζει από τη δημοσίευσή της στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως».

Αριθμός απόφασης: 469/2022

13. Επειδή στο άρθρο 61 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Για συμβάσεις άνω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης ή της προκαταρκτικής προκήρυξης, όταν η τελευταία χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 26».

14. Επειδή ο παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι η αιτιολόγηση του προσφεύγοντος που υποβλήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μετά τις 19:00 της 20^{ης} ημέρας υποβλήθηκε εκπροθέσμως και ως εκ τούτου μη νομίμως λήφθηκε υπόψη από την οικεία Επιτροπή. Ο εν λόγω ισχυρισμός τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. Και τούτο διότι, ως εκ του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, ίσχυε εν προκειμένω η ΥΑ 64233/2021 (ΦΕΚ Β΄ 2453/9.6.2021), η οποία προβλέπει, στο άρθρο 23, ότι εφαρμόζεται και στις δημόσιες συμβάσεις ανοικτής διαδικασίας, όπως η υπό κρίση σύμβαση, των οποίων η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωση (εν προκειμένω 17.8.2021), λαμβάνει χώρα μετά τη δημοσίευσή της εν λόγω ΥΑ στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, ήτοι στις 9.6.2021. Δεδομένου δε, ότι η εν λόγω ΥΑ προβλέπει, στο άρθρο 9 παρ. 3, τη λήξη της προθεσμίας στις 23:59 της τελευταίας εργάσιμης ημέρας της προθεσμίας, εμπροθέσμως κατατέθηκε η αιτιολόγηση του προσφεύγοντος στις 19:31, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος ως αβάσιμων.

15. Επειδή η γνωμοδότηση της έκτακτης επιτροπής, που αξιολόγησε την αιτιολόγηση του προσφεύγοντος και αποτελεί την αιτιολογία της προσβαλλόμενης, ως προς τα γενικά έξοδα – έμμεσο κόστος που περιέλαβε στην αιτιολόγησή του ο προσφεύγων, αναφέρει ότι: «Κατά τον υπολογισμό των γενικών εξόδων ωστόσο ο Ανάδοχος συμπεριέλαβε ποσό ύψους 500.000,00 ως κονδύλι απροβλέπτων, το οποίο πιθανόν να καλύπτει σε μεγάλο βαθμό τις παραπάνω παρατηρήσεις. Κατόπιν των ανωτέρω ο υπολογισμός γενικών εξόδων της Αναδόχου γίνεται αποδεκτός με επιφύλαξη» και στα «Συμπεράσματα» αναφέρει τα εξής: «Όπως αναφέρθηκε παραπάνω,

Αριθμός απόφασης: 469/2022

κυρίως στην παράγραφο 5 περί άμεσου κόστους του έργου, οι διευκρινίσεις που υποβλήθηκαν από την μειοδότηρια εταιρεία «...», κρίνονται ως μη αποδεκτές, διότι τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν, κατά τρόπο ικανοποιητικό, το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που υπολογίσθηκε». Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι η αιτιολόγηση του προσφεύγοντος ως προς το έμμεσο κόστος του έργου έγινε αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, ενώ η απόρριψη της προσφοράς του στηρίχθηκε στην απόρριψη της αιτιολόγησής του μόνο ως προς το άμεσο κόστος. Ως εκ τούτου, αλυσιτελώς προβάλλει λόγους ο προσφεύγων κατά των κρίσεων που διατύπωσε η ως άνω Επιτροπή περί της αιτιολόγησης του έμμεσου κόστους, διότι εντέλει η αιτιολόγησή του, ως προς το σκέλος αυτό, έγινε αποδεκτή από την Επιτροπή και άρα δεν υφίσταται ζημία από τις κρίσεις της Επιτροπής - ούτε άλλωστε ο ίδιος επικαλείται ζημία από την προσβαλλόμενη ως προς το κεφάλαιό της αυτό.

16. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης...».

17. Επειδή το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. 2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφος 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον

Αριθμός απόφασης: 469/2022

προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 89.

3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2.[...] 5α. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, σε κάθε περίπτωση, τεκμαίρονται προσφορές που υποβάλλονται σε διαγωνισμό και εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να κρίνει ότι συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και προσφορές με μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το ως άνω όριο. Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης.[...]

18. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «4.1. ...η) ... Ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, τεκμαίρονται οικονομικές προσφορές που εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να κρίνει ότι συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και προσφορές με μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το ως άνω όριο. Στις παραπάνω περιπτώσεις, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης, η οποία αποστέλλεται μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του υποσυστήματος. Αν οικονομικός φορέας δεν ανταποκριθεί στη σχετική πρόσκληση της

Αριθμός απόφασης: 469/2022

αναθέτουσας αρχής εντός της άνω προθεσμίας και δεν υποβάλλει εξηγήσεις, η προσφορά του απορρίπτεται ως μη κανονική και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Αν οι εξηγήσεις δεν γίνουν αποδεκτές, η προσφορά απορρίπτεται, ωστόσο δεν καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, οι οποίες υποβάλλονται, ομοίως, μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία», ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται τα αναλυτικά αναφερόμενα στα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016. Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκληρώνει τη σύνταξη του σχετικού πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη (ή τη ματαίωση της διαδικασίας), και υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως “εσωτερικό”, προς έγκριση, μεταβιβάζοντας παράλληλα ξανά την αρμοδιότητα διαχείρισης του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στον αρμόδιο πιστοποιημένο χρήστη της αναθέτουσας αρχής. Η αποδοχή ή απόρριψη των εξηγήσεων των οικονομικών φορέων, κατόπιν γνώμης της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο ως άνω πρακτικό, ενσωματώνεται στην απόφαση της επόμενης περίπτωσης (θ). Για την εξέταση των εξηγήσεων δύναται να συγκροτούνται και έκτακτες επιτροπές ή ομάδες εργασίας, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 221 ν. 4412/2016».

19. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η

Αριθμός απόφασης: 469/2022

αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

20. Επειδή η έννοια της αδικαιολόγητα χαμηλής προσφοράς δεν αποδίδεται ρητά από τις διατάξεις των Ενωσιακών Οδηγιών, αλλά αποτελεί αόριστη αξιολογική έννοια (βλ Δ. Ράικος Δημόσιες Συμβάσεις, σελ. 858). Ως εκ τούτου, πρέπει να καθορίζεται συγκεκριμένα σε κάθε σύμβαση σε σχέση με το αντικείμενο που αποτελεί το περιεχόμενό της, (βλ. Απόφ. Γεν. Δικαστ. υπόθ. T-495/04, σκέψη 94). Εφόσον όμως δεν καθορίζεται στις οδηγίες ο τρόπος υπολογισμού του ορίου πέραν του οποίου υφίσταται αδικαιολόγητα χαμηλή προσφορά, εναπόκειται στα κράτη-μέλη και στις αναθέτουσες αρχές να καθορίσουν τον τρόπο υπολογισμού αυτού του ορίου. Ωστόσο, οι οδηγίες αλλά και ο νόμος 4412/2016 επιβάλλουν στην αναθέτουσα αρχή να εξακριβώσει την ύπαρξη της όχι μόνο σε αυτές τις προσφορές που είναι έκδηλα υπερβολικά χαμηλές αλλά και σε αυτές που φαίνονται σε αυτήν ως αδικαιολόγητα χαμηλή προσφορά (ΔΕΚ Απόφ. C-103/88, σκ. 27). Η έννοια της αδικαιολόγητα χαμηλής προσφοράς δεν θεμελιώνεται αορίστως από την αναθέτουσα αρχή αλλά καθορίζεται με αναφορά στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και συνθήκες του υπό εκτέλεση έργου. Η δε κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς τον χαρακτηρισμό της προσφοράς, ελέγχεται δικαστικά ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει (βλ. ΕΣ Τμ. Μείζ. Επτ. Σύνθ. 1077/2016, ΕΣ Τμ. IV Πράξεις 3/2017, 21/2016) και πλέον υπάγεται στον έλεγχο της ΑΕΠΠ, (ΑΕΠΠ 235/2017, σκ 5).

21. Επειδή, περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή εφόσον κρίνει μια προσφορά ως αδικαιολόγητα χαμηλή, οφείλει να ζητήσει διευκρινίσεις από τον προσφέροντα αποστέλλοντας πρόσκληση. Η πρόσκληση προς τον προσφέροντα και οι διευκρινίσεις από αυτόν, συνιστούν έναν κατ' αντιπαράθεση διάλογο διεξαγόμενο σε εύθετο χρόνο (βλ Δ. Ράικος Δημ. Συμβάσεις, σελ 862), ώστε ο προσφέρων να αποδείξει ότι η προσφορά του είναι σοβαρή ενώ και η αναθέτουσα αρχή να μην καταλήξει σε αυθαίρετες

Αριθμός απόφασης: 469/2022

εκτιμήσεις, (βλ. ΔΕΚ Υπόθ. C- 599/10 σκ. 29, C-285/99 & 286/99 σκ.57). Ο προσφέρων δύναται να υποβάλει όλες τις διευκρινίσεις που κρίνει σκόπιμες, με βάση την φύση και τα χαρακτηριστικά της σύμβασης, (βλ. ΔΕΚ Υπόθ. C-568/13 σκ. 50), οι οποίες δεν είναι εξαντλητικές ούτε επιτρέπεται ο αποκλεισμός ορισμένων ειδών διευκρινίσεων, (βλ. ΔΕΚ Υπόθ. C-599/10 σκ. 28, Υπόθ. C- 285/99 & 286/99 σκ. 82, 83, 85). Απόκειται, εντέλει, στην αναθέτουσα αρχή να διατυπώνει με σαφήνεια την πρόσκληση που αποστέλλει στους φορείς ώστε να αποδείξουν λυσιτελώς την σοβαρότητα της πρότασής τους, (βλ. ΔΕΚ Απόφ. C-599/10 σκ. 31). Η αξιολόγηση της αναθέτουσας αρχής προφανώς πρέπει να λαμβάνει τα ανά περίπτωση προκύπτοντα στοιχεία ενώ δεν είναι δεσμευτικές οι όποιες γενικές κρίσεις π.χ. περί συνήθους ποσοστού έκπτωσης, περί αντίστοιχων πρότερων συμβάσεων της ίδιας ή άλλων αναθετουσών αρχών σε ίδιο αντικείμενο, περί επιχειρηματικής απόφασης επέκτασης δραστηριοτήτων ή απόκτησης εμπειρίας κλπ (βλ. ΑΕΠΠ 979/2018).

22. Επειδή ο προσφεύγων αναφέρει, ως προς την αιτιολόγηση που υπέβαλε για το άμεσο κόστος, ότι: *«Κατ' αρχήν θα πρέπει να επισημάνουμε ότι η εταιρία μας με την αιτιολόγηση που υπέβαλε και αναλύοντας κονδύλιο προς κονδύλιο τις εργασίες του έργου απέδειξε ότι η προσφορά της ήταν κερδοφόρος κατά το ποσό των 5.250.508,39 €»*, ενώ στη συνέχεια προβάλλει την ακυρότητα της προσβαλλόμενης λόγω της αοριστίας της πρόσκλησης για αιτιολόγηση της προσφοράς, επικαλούμενος την νομολογία για τη σαφήνεια της πρόσκλησης για αιτιολόγηση. Οι ως άνω ισχυρισμοί όμως οι οποίοι τυγχάνουν και αντιφατικοί, προβάλλονται σε κάθε περίπτωση και αλυσιτελώς. Και τούτο διότι, η νομολογία περί ασαφούς πρόσκλησης δεν τυγχάνει εφαρμογής εν προκειμένω διότι, ως σαφώς προκύπτει από την πρόσκληση, ο χαρακτηρισμός της προσφοράς του προσφεύγοντος ως ασυνήθιστα χαμηλής δεν ερείδεται σε συγκεκριμένα κόστη ή ποσοστά έκπτωσης εργασιών που η ίδια η αναθέτουσα αρχή θεώρησε κατόπιν ενός πρώτου ελέγχου ότι δεν επαρκούν για τις ανάγκες του έργου αλλά επί τη βάση του προβλεπόμενου από το άρθρο 88 παρ. 5α και τον όρο 4.1 της πρόσκλησης τεκμηρίου περί απόκλισης μεγαλύτερης των δέκα ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που

Αριθμός απόφασης: 469/2022

υποβλήθηκαν στο διαγωνισμό. Ως εκ τούτου, δεν απαιτείτο η παράθεση στην πρόσκληση συγκεκριμένων κονδυλίων ή ποσοστών έκπτωσης για τα οποία ειδικώς απαιτείται να αιτιολογηθεί η προσφορά του προσφεύγοντος, αλλά ο προσφεύγων όφειλε να αποδείξει επί τη βάση ποίων συγκεκριμένων στοιχείων της προσφοράς του αιτιολογείται η διαπιστωθείσα μεγάλη απόκλιση του προσφερόμενου από αυτόν συνολικού ποσοστού έκπτωσης (ΑΕΠΠ 188/2022, Εισηγήτρια Μ. Κανάβα). Σε κάθε περίπτωση, ο προσφεύγων παρείχε αιτιολόγηση έκτασης 185 σελίδων, όπως άλλωστε αναφέρει και ο ίδιος, προκειμένου να προβάλλει τον ισχυρισμό του περί πλημμελούς αιτιολογίας της προσβαλλόμενης, και ως εκ τούτου ο σχετικός ισχυρισμός προβάλλεται και αλυσιτελώς και εξ αυτού του λόγου. Περαιτέρω δε η λυσιτέλεια της επίκλησης της νομολογίας περί διαλόγου της αναθέτουσας αρχής θα εξεταστεί κατά την εξέταση του κάθε ισχυρισμού, ενώ ουδεμία υποχρέωση υπέχει καταρχήν η αναθέτουσα αρχή να καλέσει εκ νέου τον διαγωνιζόμενο να διευκρινίσει τις καταρχήν γενικές, αόριστες και ελλιπείς αρχικές εξηγήσεις του. Αντίστοιχα δε, κατά την εξέταση κάθε ισχυρισμού κρίνεται και η πλημμέλεια της αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής επί των βάσεων της απόρριψης της αιτιολόγησης του προσφεύγοντα.

23. Επειδή η προσβαλλόμενη αναφέρει τα εξής: *«Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση της Ε.Ε. «...» το άμεσο κόστος κατασκευής του έργου ανέρχεται στο ποσό των 18.689.385,35€. Οι υπολογισμοί έχουν γίνει αναλυτικά ανά άρθρο του προϋπολογισμού του έργου. Σχετικά με τον υπολογισμό του άμεσου κόστους έχουμε να κάνουμε τις παρακάτω παρατηρήσεις:*

- Στο “σχέδιο υλοποίησης του αντικείμενου της σύμβασης” αναφέρεται ότι θα αναπτυχθούν επτά (7) μέτωπα εργασίας (χωματουργικά, τεχνικά, οδοστρωσία, ασφαλτικά, σήμανση-ασφάλιση, οδοφωτισμός και έργα πρασίνου). Δεν τεκμηριώνεται ωστόσο επαρκώς η μεθοδολογία κατασκευής και η σύνδεση της με το χρονοδιάγραμμα κατασκευής (το οποίο δεν έχει υποβληθεί), ώστε να είναι δυνατός ο έλεγχος κατανομής και επάρκειας των απαιτούμενων πόρων προκειμένου, σε συνδυασμό με την ανάλυση των άρθρων, να προκύψει η αξιοπιστία των παραδοχών κοστολόγησης των εργασιών.

Αριθμός απόφασης: 469/2022

- Στους υπολογισμούς γίνεται παραδοχή για λειτουργία των μηχανημάτων στο μέγιστο της ονομαστικής τους απόδοσης. Αυτό κρίνεται ανέφικτο δεδομένης, κυρίως, της μορφολογίας του έργου και της στενότητας χώρου, αφού το έργο θα κατασκευάζεται με παράλληλη κυκλοφορία. Ενδεικτικά αναφέρεται ότι στο άρθρο A-3.2 υπολογίζεται ότι με ένα φορτηγό θα μεταφέρονται 1500m^3 ανά ημέρα. Λαμβάνοντας υπόψη ότι σε κάθε δρομολόγιο το φορτηγό θα φορτώνει $22\text{tn} / 2\text{tn}/\text{m}^3 = 11\text{m}^3$ και θα πρέπει να κάνει $1500/11=137$ δρομολόγια. Υπολογίζοντας χρόνο περίπου 4 λεπτά για φόρτωση - ξεφόρτωση του φορτηγού προκύπτει θα έχουμε $137 \times 4/60 = 9,1$ ώρες ημερησίως μόνο για φόρτωση - ξεφόρτωση, χωρίς τις ενδιάμεσες διαδρομές.

- Οι υπολογισμοί των ποσοτήτων εργασιών - αποδόσεων των μηχανημάτων έχουν γίνει (σύμφωνα με τις ποσότητες του προϋπολογισμού) σε συμπυκνωμένο υλικό και όχι σε "χαλαρό" όγκο υλικού. Αυτό οδηγεί σε υπερεκτίμηση της απόδοσης κατά 25% τουλάχιστον για τα υλικά εκσκαφών και θραυστών υλικών.

- Δεν προκύπτει από τις αναλύσεις ο τρόπος διαχείρισης της περίσσειας εκσκαφών του έργου. Στην αιτιολογική έκθεση αναφέρεται ότι έχει εντοπισθεί μονάδα ΑΕΚΚ στο αγρόκτημα ... που απέχει άνω των 40χλμ. από την περιοχή του έργου. Είναι σαφές ότι τα φορτηγά που αναφέρονται στον υπολογισμό της δαπάνης για εκσκαφές δεν επαρκούν για αυτό το μεταφορικό έργο.

- Στην ανάλυση της δαπάνης του άρθρου Η-8 αναφέρεται ως χρόνος εκτέλεσης 1015 ημέρες, που αντιστοιχεί σε περίοδο μεγαλύτερη από την συμβατική διάρκεια του έργου.

- Στα άρθρα A-3.3, A-7.2, A-7.3, A-8, B-4.1, B-7, B-45.3, B-50.2, B-58, Γ-1.1, Γ- 2.1, Γ-3 και Δ-5 οι υπολογισμοί έχουν γίνει με την χρήση "Dumper", η οποία κρίνεται ανέφικτη λόγω της γεωγραφίας του έργου, της στενότητας χώρου και της απαίτησης για ταυτόχρονη κυκλοφορία οχημάτων στην οδό.

- Οι δαπάνες εργασιών οπλισμού - σκυροδεμάτων κρίνονται ιδιαίτερα χαμηλές συγκρινόμενες με τις τρέχουσες τιμές αγοράς. Ενδεικτικά στο άρθρο Β-17.1 από την κοστολόγηση κοπής, κατεργασίας και τοποθέτησης σιδηροπλισμού προκύπτει δαπάνη 287.570,74€ για ποσότητα 5.094.996 kg, δηλαδή

Αριθμός απόφασης: 469/2022

0,056€/kg. Το πραγματικό κόστος αγοράς για τις εν λόγω εργασίες διαμορφώνεται σε 0,16€/kg περίπου, δηλαδή η εργασία υποκοστολογήθηκε κατά 500.000,00€ περίπου.

- Στην ανάλυση κόστους του άρθρου Α-7.3 «Δάνεια θραυστών επίλεκτων υλικών λατομείου κατηγ. Ε4» ο υπολογισμός γίνεται χωρίς να λαμβάνεται υπόψη το εμπορικό κέρδος ιδιωτικού αδειοδοτημένου λατομείου ή το κόστος αδειοδότησης, διαχείρισης και αποκατάστασης νέου λατομικού χώρου.

- Στην προσφορά μίσθωσης φορητών της "...” δεν είναι σαφές αν στο κόστος των 220€ περιλαμβάνεται το κόστος χειριστή, καυσίμων, συντήρησης κλπ.

- Στην προσφορά μίσθωσης φορητών της "...” δεν είναι σαφές αν στο κόστος των 220€ περιλαμβάνεται το κόστος χειριστή, καυσίμων, συντήρησης κλπ.

- Στην προσφορά του "...” δεν είναι σαφές αν περιλαμβάνεται το κόστος χειριστή, καυσίμων, συντήρησης κλπ.

- Οι προσφορές για εξοπλισμό γενικότερα κρίνονται "ιδιαίτερα" χαμηλές με βάση της τρέχουσες τιμές αγοράς. Ενδεικτικά περιλαμβάνεται προσφορά για μίσθωση εκσκαφέα τύπου CAT345 με 400€/ημέρα, δηλαδή 50€/ώρα (για 8ωρη εργασία). Λαμβάνοντας υπόψη κατανάλωση καυσίμου 40λί/ώρα και κόστος diesel 1,15€/lt προκύπτει κόστος μόνο για καύσιμα 46€/ώρα και απομένουν 4€/ώρα για απόσβεση μηχανήματος, κόστος χειριστή, κόστος συντήρησης και εμπορικό κέρδος μισθωτή.

- Στην προσφορά της "...” δεν υπάρχει ημερομηνία.

- Η προσφορά της "...” φέρει ημερομηνία μεταγενέστερη της ημερομηνίας του διαγωνισμού.

- Στην προσφορά πινακίδων της "...” αναφέρεται τόπος παράδοσης η έδρα της εταιρείας. Στον υπολογισμό δαπάνης των αντίστοιχων άρθρων δεν έχει υπολογισθεί η μεταφορά των υλικών επιτόπου του έργου.

- Στην προσφορά υλικών οδοφωτισμού της "...” αναφέρεται τόπος παράδοσης η έδρα της εταιρείας (...). Στον υπολογισμό δαπάνης των

Αριθμός απόφασης: 469/2022

αντίστοιχων άρθρων δεν έχει υπολογισθεί η μεταφορά των υλικών επιτόπου του έργου».

24. Επειδή επί των ως άνω παραδοχών της προσβαλλόμενης καθίσταται σαφές, ιδίως και ενόψει του ό,τι δεν τέθηκαν συγκεκριμένα ζητήματα στον προσφεύγοντα με την πρόσκληση προς αιτιολόγηση της προσφοράς του – και άρα δεν ζητήθηκαν συγκεκριμένα στοιχεία να προσκομισθούν από αυτόν - ότι ο προσφεύγων δεν απάντησε στα συγκεκριμένα ζητήματα που θέτει η αναθέτουσα με την προσβαλλόμενη, με αποτέλεσμα να διατηρούνται ασάφειες ως προς αυτά και να εγείρονται σοβαρές αμφιβολίες ως προς τη δυνατότητα που του εντέλει του δόθηκε να ασκήσει λυσιτελώς το δικαίωμά του προς αιτιολόγηση του ύψους της προσφοράς του. Με τα δεδομένα αυτά, όμως, καθίσταται πρόδηλο ότι η αναθέτουσα όφειλε να καλέσει τον προσφεύγοντα εκ νέου, ήτοι μετά την υποβολή της αιτιολόγησής του, σε ένα δημιουργικό διάλογο αποσαφήνισης της προσφοράς του, όπως άλλωστε επιβάλλεται από τις διατάξεις του άρθρου 88. Και τούτο διότι, η αρχή της αιτιολογίας των διοικητικών πράξεων, η αρχή του ανταγωνισμού και του δημόσιου συμφέροντος του διαγωνισμού επιβάλλουν τόσο η απόρριψη όσο και η αποδοχή της αιτιολόγησης της προσφοράς – ανεξαρτήτως αν πρόκειται για προσφορά ασυνήθιστα χαμηλή που εκ του νόμου τεκμαίρεται ως τέτοια – να εδράζεται πέραν ασαφειών και αμφιβολιών στους όρους της διακήρυξης και σε όσα προβλέπει η κείμενη νομοθεσία.

25. Επειδή ενόψει των ανωτέρω προκύπτει ότι η απόρριψη της αιτιολόγησης της προσφοράς του προσφεύγοντος επί τη βάση του ό,τι δεν προσκομίστηκε από τον προσφεύγοντα το χρονοδιάγραμμα του έργου δεν είναι βάσιμη, διότι δεν ζητήθηκε ρητώς με το αίτημα παροχής εξηγήσεων ούτε με μεταγενέστερο αίτημα παροχής συμπληρωματικών εξηγήσεων, δεδομένου μάλιστα ότι ρητώς ορίζεται στο νόμο (άρθρο 145 του ν. 4412/2016) και στην ειδική συγγραφή υποχρεώσεων ότι το χρονοδιάγραμμα υποβάλλεται από τον ανάδοχο στο στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης, ήτοι μετά την υπογραφή της σύμβασης. Ως εκ τούτου, αφενός η μη προσκόμισή του μπορεί σε κάθε περίπτωση να θεωρηθεί εύλογη και δικαιολογημένη και αφετέρου αν πράγματι η προσκόμισή του απαιτείτο για την αιτιολόγηση της προσφοράς του

Αριθμός απόφασης: 469/2022

προσφεύγοντος θα έπρεπε είτε να ζητηθεί με την πρόσκληση για παροχή αιτιολόγησης είτε να αποτελέσει μέρος του μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του προσφεύγοντος διαλόγου προς εξακρίβωση της φερεγγυότητας της προσφοράς του προσφεύγοντος. Συνεπώς, η απόρριψη της αιτιολόγησης του προσφεύγοντος τυγχάνει πλημμελώς αιτιολογημένη κατά το σκέλος που εδράζεται στη μη προσκόμιση χρονοδιαγράμματος, δεδομένου άλλωστε ότι το χρονοδιάγραμμα δεν περιλαμβάνεται ούτε μεταξύ των στοιχείων που πρέπει να παρέχονται από τον προσφεύγοντα στο πλαίσιο της αιτιολόγησης της προσφοράς του σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 88. Περαιτέρω δε, στην προσβαλλόμενη αναφέρεται ότι δεν τεκμηριώνεται επαρκώς η μεθοδολογία κατασκευής. Έτσι, όμως, όπως γίνεται δεκτή η συγκεκριμένη κρίση της αναθέτουσας χωρίς να εξειδικεύονται περαιτέρω τα σημεία της μεθοδολογίας που δεν τέθηκαν ενώπιον της Επιτροπής, η σχετική αιτιολογία είναι πλημμελής, διότι δεν καθίσταται σαφές ποια είναι εκείνα τα στοιχεία που δεν υπέβαλε ο προσφεύγων και ποια συγκεκριμένα τα κόστη εκείνα επί των οποίων η επιτροπή δεν κατάφερε να διαμορφώσει βέβαιη κρίση. Δεδομένου ότι η υποβολή αποδεικτικών στοιχείων για την τεκμηρίωση της μεθοδολογίας κατασκευής και του χρονοδιαγράμματος του έργου δεν απαιτείτο επί ποινή απόρριψης της προσφοράς δεν μπορεί να αποτελέσει εν προκειμένω αυτοτελή βάση απόρριψης της αιτιολόγησης του προσφεύγοντος - ανεξαρτήτως ότι ο προσφεύγων ουδέν αντέλεξε επί της συγκεκριμένου σημείου της αιτιολογίας - πολλώ δε μάλλον δεδομένου ότι δεν ζητήθηκε ειδικώς η προσκόμιση αυτών ούτε με την πρόσκληση υποβολής αιτιολόγησης ούτε με εκ νέου πρόσκληση. Ως εκ τούτου και δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή έκρινε με την προσβαλλόμενη ότι απαιτείτο η προσκόμιση αυτών για την λυσιτελέστερη αποτίμησης των δοθισών εξηγήσεων περί του προσφερόμενου ποσοστού έκπτωσης, καθίσταται πρόδηλο ότι δεν ολοκληρώθηκε με πρόσφορο τρόπο ο έλεγχος της αιτιολόγησης της προσφοράς και άρα όφειλε - προεχόντως εκ του λόγου τούτου - να καλέσει εκ νέου τον προσφεύγοντα εντός του εκ του νόμου επιβαλλόμενου πλαισίου διαλόγου που απαιτείται να αναπτύσσεται για τη διακρίβωση της φερεγγυότητας της προσφοράς, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας και του παρεμβαίνοντος ως αβάσιμων και αλυσιτελών.

26. Επειδή, επιπλέον των όσων προαναφέρθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, αναφέρονται ειδικότερα και τα εξής: Με το δεύτερο σημείο της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης κρίθηκε ως ανέφικτη η λειτουργία των μηχανημάτων στο μέγιστο της ονομαστικής απόδοσης, ισχυρισμό τον οποίο ο προσφεύγων αντικρούει ως ερειδόμενο σε εσφαλμένη προϋπόθεση, καθόσον, ως ο ίδιος ισχυρίζεται, από τα έγγραφα που προσκόμισε τα μηχανήματα θα λειτουργούν στο 60% της ονομαστικής τους απόδοσης. Και πάλι ωστόσο, η πρόδηλη ανακολουθία επί του πραγματικού μεταξύ των αντικρουόμενων ισχυρισμών επιβεβαιώνει την ασάφεια και αντίστοιχα την υποχρέωση που είχε εν προκειμένω η αναθέτουσα να καλέσει τον προσφεύγοντα για την άρση της συγκεκριμένης ασάφειας. Στο τρίτο σημείο της αιτιολογίας η αναθέτουσα δέχεται ότι οι υπολογισμοί των ποσοτήτων εργασιών –αποδόσεων έχουν γίνει σε συμπυκνωμένο υλικό και όχι σε χαλαρό που αναπόδραστα οδηγεί σε εσφαλμένη υπερεκτίμηση κατά 25%. Ενόψει όμως του ό,τι εκ της αιτιολόγησης της προσφοράς προκύπτει ότι οι υπολογισμοί έχουν γίνει τόσο σε συμπυκνωμένο υλικό όσο και σε χαλαρό (Α.-1 έως Α.-3.2), δημιουργείται ασάφεια και εν προκειμένω, η δε σχετική παραδοχή της αναθέτουσας προβάλλεται αορίστως και χωρίς νόμιμη αιτιολογία. Στο τέταρτο σημείο της αιτιολογίας αναφέρεται ότι δεν προκύπτει ο τρόπος διαχείρισης της περίσσειας εκσκαφών του έργου. Αντιθέτως, ο προσφεύγων προβάλλει ότι στο άρθρο ΑΤ Δ-2, όπου αναφέρει την απόξεση ασφαλικού οδοστρώματος (φρεζάρισμα) σε βάθος έως 8 cm, αναφέρει δε ρητά και ότι η απομάκρυνση των αποβλήτων κυρίως ασφαλικών έχει προβλεφθεί στα Κιμμέρια με ιδιότητα φορτηγά ή μισθωμένα (βλ. αιτιολογική έκθεση της αιτιολόγησης, σελ. 7): *«Για κάθε είδος εργασιών (κυρίως ασφατικά) η απομάκρυνση των αποβλήτων (Α.Ε.Κ.Κ) θα γίνεται με ιδιότητα φορτηγά ή μισθωμένα προς κατάλληλους /αδειοδοτη μένους χώρους υποδοχής που έχουν ενταχθεί σε Συλλογικά Συστήματα Εναλλακτικής Διαχείρισης (ΣΣΕΔ). Στο Νομό ... υπάρχουν αδειοδοτημένες μονάδες συμβεβλημένες με Συστήματα Εναλλακτικής Διαχείρισης με τις οποίες θα συνεργαστεί η εταιρεία μας (έχει ήδη εντοπιστεί μονάδα Α.Ε.Κ.Κ. στο αγρόκτημα ...)*». Ενόψει των ανωτέρω, η σχετική παραδοχή της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης τυγχάνει αόριστη, όφειλε δε η αναθέτουσα να καλέσει τον προσφεύγοντα για εκ νέου εξηγήσεις, προκειμένου να διευκρινισθούν τα ως άνω ζητήματα. Στο πέμπτο σημείο της

Αριθμός απόφασης: 469/2022

αιτιολογίας αναφέρεται ότι οι 1015 ημέρες εργασίας για την εκτέλεση της εργασίας του άρθρου Η-8 (διαμόρφωση λεκανών άρδευσης) υπερβαίνει τη συμβατική διάρκεια του έργου. Ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα εξής: «Στην αιτιολόγησή μας αναφέρονται ότι δύο (2) εργάτες μπορούν να διαμορφώνουν 800 λεκάνες άρδευσης κάθε μέρα και το κόστος γι' αυτήν την εργασία που αν χρησιμοποιηθούν δύο (2) εργάτες θα είναι 51.036,53 €. Αυτονόητο είναι ότι εάν χρησιμοποιηθούν 4 εργάτες θα διαμορφώνουν 1600 λάκους ημερησίως και οι μέρες που θα απαιτηθούν θα είναι 508 ημέρες, εάν δε χρησιμοποιηθούν 6 εργάτες θα διαμορφώνουν 2400 λάκους ημερησίως και οι μέρες που θα απαιτηθούν θα είναι 338 ημέρες. Σε όλες τις άνω περιπτώσεις δεδομένου ότι δεν αμφισβητείται από την επιτροπή αξιολόγησης το καθορισθέν από την εταιρία μας ημερομίσθιο και ότι για την συγκεκριμένη εργασία δεν απαιτείται εξειδικευμένο προσωπικό και μηχανολογικός εξοπλισμός, το κόστος για τη συγκεκριμένη εργασία παραμένει σταθερό στο ποσό των 51.036,53 €. Άλλωστε στην Τεχνική Έκθεση της αιτιολόγησής μας αναφέρονται κατά λέξη: «... Η σύνδεση των συνεργείων είναι ενδεικτική για την κοστολόγηση του έργου. Είναι σαφές ότι εφόσον προκύπτει ανάγκη για ταχύτερη περαίωση της εκάστοτε εργασίας θα απασχολούνται περισσότερα του ενός συνεργείου». Συνεπώς και ο ισχυρισμός αυτός είναι εσφαλμένος και δεν προσαυξάνει το κόστος εκτέλεσης του έργου που αναφέρουμε στην αιτιολόγησή μας». Εν προκειμένω, δεν προβλέπεται από τη διακήρυξη και την ειδική συγγραφή υποχρεώσεων συγκεκριμένος αριθμός εργατών για τις συγκεκριμένες εργασίες. Ωστόσο, η αναθέτουσα όφειλε να καλέσει εκ νέου τον προσφεύγοντα προκειμένου να αιτιολογήσει με συγκεκριμένα στοιχεία το κόστος για τους παραπάνω εργάτες που προτίθεται να χρησιμοποιήσει, δεδομένου, άλλωστε, του χαρακτήρα των διατάξεων του εργατικού δικαίου ως διατάξεων αναγκαστικού δικαίου. Περαιτέρω, στο μεν έκτο σημείο της αιτιολογίας της η αναθέτουσα επισημαίνει ότι η χρήση ... δεν είναι δυνατή ενόψει της μορφολογίας του εδάφους και της στενότητας του χώρου. Από την άλλη, ο προσφεύγων επισημαίνει ότι θα προβεί στη χρήση ...εντός του εργοταξιακού χώρου και σε κάθε περίπτωση επισημαίνει τη δυνατότητα χρήσης δύο φορτηγών για κάθε ένα ... που δεν θα μπορεί να χρησιμοποιεί και ότι σε κάθε περίπτωση το όποιο κόστος υπερκαλύπτεται από το ποσό των 500.000 ευρώ που έχει προβλέψει για έκτακτα έξοδα. Το δε έβδομο σημείο

Αριθμός απόφασης: 469/2022

της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης αφορά στο κόστος οπλισμού σκυροδέματος, όπου η μεν αναθέτουσα αρχή το υπολογίζει με 0,16 ευρώ, ο δε προσφεύγων 0,05 ευρώ. Σε κάθε περίπτωση, αμφότεροι οι ισχυρισμοί περί του επίμαχου κόστους προβάλλονται αορίστως και αναποδείκτως. Ως προς το όγδοο σημείο της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης περί μη συνυπολογισμού του εμπορικού κέρδους ιδιωτικού αδειοδοτημένου λατομείου ή του κόστους αδειοδότησης ο προσφεύγων αναφέρεται στην τεχνική περιγραφή του έργου αναφέροντας τα εξής: *«(άρθρο 4.1.1 παρ.14) «...Τα αδρανή προϊόντα κατασκευής τεχνικών έργων, οδοστρωσίας, ασφαλικών κ.λ.π μπορούν να εξασφαλιστούν είτε από λατομεία που λειτουργούν νόμιμα στην περιοχή, είτε από λατομεία που είναι δυνατόν να δημιουργηθούν κατόπιν όλων των νόμιμων εγκρίσεων και αδειών, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην Ε.Σ.Υ. (άρθρα Α-7, Β-5 κ.λ.π) είτε από υλικά εκσκαφών σύμφωνα τους αυτούς ως άνω όρους.*

Σύμφωνα με τις γεωλογικές συνθήκες της περιοχής του έργου εκτιμάται ότι τα αδρανή για τις στρώσεις οδοστρωσίας μπορούν να ληφθούν από τα υλικά εκσκαφής κατόπιν διαλογής και επεξεργασίας σε κατάλληλο συγκρότημα θραύσεων που ύα εγκατασταθεί σε ενδεδειγμένο χώρο του εργοταξίου...». Όπως αναφέρεται και στην αιτιολόγησή μας, η εταιρεία μας πρόκειται να κάνει χρήση μισθωμένων θραυστήρων/κοσκίνων κ.λ.π επεξεργασίας των υλικών εκσκαφής, τα οποία και έχουν κοστολογηθεί στην αιτιολόγησή μας, επομένως δεν προκύπτουν κόστη όπως εμπορικό κέρδος ιδιωτικού λατομείου ή κόστος αδειοδότησης νέου». Συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω ισχυρισμών του προσφεύγοντος, οι οποίοι εδράζονται στη διακήρυξη, βασίμως αντικρούει τον σχετικό ισχυρισμό ο προσφεύγων. Περαιτέρω, ως προς το ένατο, δέκατο και ενδέκατο σημείο της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης που αναφέρει ότι δεν είναι σαφές αν στην προσφορά των "...", "...", "...". περιλαμβάνεται το κόστος των 220 ευρώ το κόστος χειριστή καυσίμων, συντήρησης κλπ καθίσταται πρόδηλο ότι η αναθέτουσα όφειλε να καλέσει εκ νέου τον προσφεύγοντα για να άρει τη σχετική ασάφεια, δεδομένου, άλλωστε, ότι συνομολογεί και η ίδια – στο σημείο αυτό της προσβαλλόμενης - ότι εν προκειμένω υφίσταται ασάφεια. Ως προς το δωδέκατο σημείο της αιτιολογίας, με το οποίο κρίθηκε ότι οι προσφορές για εξοπλισμό, με βάση τις τρέχουσες τιμές αγοράς, η επίκληση των τιμών από την αναθέτουσα γίνεται αορίστως και αναποδείκτως και ως εκ τούτου δεν μπορούν να αποτελέσουν έρεισμα απόρριψης της προσφοράς του

Αριθμός απόφασης: 469/2022

προσφεύγοντος. Ως προς το δέκατο τρίτο και δέκατο τρίτο της αιτιολογίας, η αναθέτουσα επικαλείται ότι στην μεν προσφορά της ... δεν υπάρχει ημερομηνία στη δε προσφορά της ... υπάρχει ημερομηνία μεταγενέστερη της ημερομηνίας του διαγωνισμού. Τα σημεία δε αυτά της αιτιολογίας προδήλως δεν μπορούν να αποτελέσουν βάση απόρριψης της προσφοράς, καθόσον προσκομίζονται ενδεικτικώς προς απόδειξη του ισχυρισμού για το ύψος της τιμής συγκεκριμένου προϊόντος, προκειμένου να υποβοηθήσουν στην εκτίμηση των πραγματικών δεδομένων μία συγκεκριμένη χρονική στιγμή από πρόσωπα που δεν συμμετέχουν στο διαγωνισμό. Ως προς, τέλος, το δέκατο τέταρτο και δέκατο πέμπτο σημείο της αιτιολογίας που αφορούν στον μη υπολογισμό της μεταφοράς των υλικών στον τόπο του έργου από τις προσφέρουσες εταιρείες ... και ..., οι εν λόγω προσφορές προσκομίζονται ως ενδεικτικές για την απόδειξη της τιμής του κόστους του προϊόντος, ενώ, σε κάθε περίπτωση υφίσταται ασάφεια και ως προς το αν η προσφορά τυγχάνει απορριπτέα εξ αυτού του λόγου ενόψει του ύψους της διαφοράς που μπορεί εντέλει να προκύπτει ή μπορεί να καλύπτεται από το κονδύλι έκτακτων εξόδων που προέβλεψε ο προσφεύγων, σε περίπτωση που ληφθεί νέα προσφορά με διαφορετικό τόπο προέλευσης.

28. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

29. Επειδή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

30. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

31. Επειδή πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Μαρτίου 2022 και εκδόθηκε στις 30 Μαρτίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 469/2022

Ο Πρόεδρος

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η Γραμματέας

ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ