

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 1^η Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη - Εισηγήτρια και Χρήστο Σώκο, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 06.06.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) (ΑΕΠΠ ήδη ΕΑΔΗΣΥ) 1155/07.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει στην Αττική όπως εκπροσωπείται νόμιμα, σε συμμόρφωση με την με αρ. Ν 3/2022 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών (αριθμ. πρωτ. ΕΙΣ ΑΕΠΠ 1294/22.02.2022), κατόπιν σιωπηρής απόρριψης εκ του πρώην 2^{ου} Κλιμακίου.

Κατά της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) όπως νομίμως εκπροσωπείται

Με την υπό εξέταση προδικαστική Προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αρ. 590/2021 απόφαση της Αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος αυτής που -κατά τους ισχυρισμούς του-, παράνομα και εσφαλμένα, ανακηρύχθηκε προσωρινός μειοδότης η εταιρία

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως είχε καταβληθεί και δεσμευθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού € 15.000,00 σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, με την με αρ. ... Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Διεθνή, Ανοικτό, Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ –ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΑΙ ΑΡΣΗ ΤΗΣ ΕΠΙΚΙΝΔΥΝΟΤΗΤΑΣ ΤΟΥ ΕΠΑΡΧΙΑΚΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΠΕ ... ΕΤΩΝ 2020-2022» Εκτιμώμενης αξίας 7.500.000,00 Ευρώ (πλέον Φ.Π.Α 24%).

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Έυρωπαϊκής Ένωσης (άρθρο 2 της διακήρυξης), η διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ ...) καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...).

4. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 06.06.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, δοθείσας της δημοσίευσης της προσβαλλόμενης στις 27.05.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, με την με αρ. 382/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε συνέχεια κοινοποίησης στην ΑΕΠΠ της με αρ. Ν3/2022 Απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πατρών (αριθμ. πρωτ. ΕΙΣ 1294/22.02.2022) κατόπιν σιωπηρής απόρριψης της προσφυγής, χρεωθείσας στον πρώην 2^ο Κλιμάκιο. Εν προκειμένω, η ως άνω Δικαστική Απόφαση ανέστειλε την προσβαλλόμενη και ανέπεμψε στην ΑΕΠΠ προκειμένου να ασκήσει την αρμοδιότητα της.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη, στις 08.06.2021 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο και απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 22.06.2021 τις απόψεις της τις οποίες κοινοποίησε στους ενδιαφερομένους στις 29.06.2021

8. Επειδή, ο προσφεύγων θεμελιώνει τη ζημία του στην κατά τους ισχυρισμούς του μη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση έχοντας μάλιστα καταταγεί 2^{ος} σε σειράς μειοδοσίας.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως και παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του κρίνοντος Κλιμακίου, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και του Π.Δ/τος 39/2017.

10. Επειδή, με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το πρακτικό (Ι) της επιτροπής διαγωνισμού της επίμαχης διαδικασίας και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας «... με δ.τ ...», με οικονομική προσφορά 3.397.543,39€ χωρίς Φ.Π.Α. και ποσοστό μέσης έκπτωσης 54,70%, δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας αναδείχθηκε ο προσφεύγων με Ποσοστό ΜΕ 47,61%.

A/A	Επωνυμία Προσφέροντα	Προσφερθείσα Μέση Έκπτωση
1	...	54,70%
2	...	47,61%
3	.. με δ.τ ...	43,87%
4	...	41,20%
5	... με δ.τ ..."	38,74%
6	... με δ.τ ...	32,00%

7	... με δ.τ ..."						30,30%
8	... με δ.τ ...						20,22%
ΕΠΩΝΥΜΙΑ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ	ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ						
	ΧΩΜ ΑΤΟΥ ΡΓΙΚΑ	ΤΕΧΝΙΚΑ ΕΡΓΑ ΑΝΟΙΚΤΗΣ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ	ΟΔΟΣΤΡΩΣΙΑ	ΑΣΦ ΑΛΤΙΚΑ	ΣΗΜΑΝΣΗ/ ΑΣΦΑΛΕΙΑ	ΟΔΟΦΩΤΙΣΜΟΣ	Μέση Εκπτώση
	...	51%	51%	51%	56%	51%	54,70 %
...	49%	49%	49%	47%	50%	49%	47,61 %

11. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παράνομα και εσφαλμένα, ανακηρύχθηκε προσωρινός μειοδότης η εταιρία .../ αν και η προσφορά της είναι, έκδηλα, ασυνήθιστα χαμηλή και ως εκ τούτου θα έπρεπε να διαταχθεί η αιτιολόγησή της «η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εκτιμήσει αν οι υποβληθείσες προσφορές περιέχουν ένδειξη ικανή να δημιουργήσει την υποψία ότι ενδέχεται να είναι ασυνήθιστα χαμηλές. Αν υφίστανται ενδείξεις ικανές να δημιουργήσουν αυτή την υποψία τότε η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβεί, σε δεύτερο στάδιο, στον έλεγχο της συνθέσεως της προσφοράς» (βλ ΑΕΠΠ 854/2018, 1° Κλιμάκιο, σκ 27), διότι άλλως, υπερβαίνει τα όρια της διακριτικής της ευχέρειας (επισημαίνεται πως «το γεγονός ότι δεν έχει εκδοθεί Εγκύκλιος του Υπουργού Υποδομών, κατ' επίκληση της παραγράφου 4 του άρθρου 88, για την εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής, δεν απαλλάσσει τις αναθέτουσες αρχές από την δυνατότητα αξιολόγησης μίας προσφοράς ως υπερβολικά χαμηλής, διατυπώνοντας

αιτιολογημένη, *ad hoc*, κρίση περί του τεθέντος ζητήματος. Και τούτο διότι, αφενός η διάταξη του άρθρου 88 είναι πλήρης, ώστε να μπορεί να εφαρμοστεί από τις αναθέτουσες αρχές, αφετέρου, η διάταξη αυτή παρέχει απλώς ευχέρεια στον αρμόδιο Υπουργό να εκδώσει σχετική Εγκύκλιο», βλ ΕΣ/Ε' Κλιμάκιο 387/2018, σκ Β'). -Επειδή ως κριτήριο για τον έλεγχο της τυχόν υπέρβασης των ακραίων ορίων της ανωτέρω διακριτικής ευχέρειας (προκειμένου, δηλαδή, να κριθεί το αν, παρά την ύπαρξη υποψίας, η αναθέτουσα αρχή δεν προχώρησε, παρανόμως, στο επόμενο στάδιο προς εξακρίβωση της φερεγγυότητάς της) λαμβάνεται, καταρχήν, υπόψη το ποσοστό της εκπτώσεως, αυτό καθ' αυτό. ... Επειδή το ζήτημα της δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει αιτιολόγηση των προσφορών που αποκλίνουν από τον μέσο όρο των υπολοίπων ρυθμίστηκε, ήδη, και νομοθετικώς. Συγκεκριμένα, με το άρθρο 32 του Ν 4782/2021 (ΦΕΚ Α' 36/9-3-2021) προστέθηκε παράγραφος 5α στο άρθρο 88 του Ν 4412/2016, η οποία προβλέπει τα εξής: «Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, 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». Επειδή είναι γεγονός, ότι η ανωτέρω διάταξη καταλαμβάνει, καταρχήν, ευθέως, τις δημοπρασίες που διενεργούνται από 1-6-2021 και εφεξής. Πλην όμως, όπως αναφέρεται και στο υπ' αριθ πρωτ 2339/16-4-2021 έγγραφο του κου Προέδρου της ΕΑΑΔΗΣΥ, ακόμα και πριν την έναρξη εφαρμογής των νέων διατάξεων που θεσπίστηκαν με τον Ν 4782/2021, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να εφαρμόζουν το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο υπό το φώς των νέων ρυθμίσεων, λαμβάνοντας υπόψη τις σχετικές κατευθύνσεις του νομοθέτη. Τα ίδια προκύπτουν και από την υπ' αριθμόν πρωτοκόλλου 113970/29-4-2021 απόφαση του κου Υπουργού Υποδομών & Μεταφορών («Έγκριση του 1ου Πρακτικού της Ομάδας Εργασίας για την υποβοήθηση των αναθετουσών αρχών και αναθετόντων φορέων, ως προς την παροχή οδηγιών για την ενιαία εφαρμογή των διατάξεων του Ν 4412/2016 ως τροποποιήθηκε με τον Ν

4782/2021»), στην οποία αιτιολογείται, εκτενώς, ο λόγος για τον οποίο οι σαφείς κατευθύνσεις του νομοθέτη, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη και στο πλαίσιο των εκκρεμών διαγωνιστικών διαδικασιών (πρβλ ΕΑ ΣτΕ 259/2020, ΑΕΠΠ 1694/2020, σχετικά με το άρθρο 267 του Ν 4738/2020, δια του οποίου προβλέφθηκε, ρητά, ότι, εφεξής, οι υποψήφιοι που έχουν ρυθμίσει τις φορολογικές τους υποχρεώσεις, θα απαντούν αρνητικά στο ερώτημα του ΕΕΕΣ περί του αν οφείλουν το Δημόσιο, κάτι που εφαρμόσθηκε και για προγενέστερες περιπτώσεις, μέσω της ερμηνείας..-Επειδή συνεπώς, ο καθορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής ως προς την εκτίμηση του ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα προσφοράς, δεν μπορεί να γίνει ασχέτως του θεσπισθέντος κατωφλίου της αποκλίσεως της κατά 10 εκατοστιαίες μονάδες από τον μέσο όρο των υπολοίπων. Επειδή τέλος, ειδικά επί του συγκεκριμένου ζητήματος, λαμβάνονται υπόψη και τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, ενόψει των οποίων, οσάκις το ποσοστό της έκπτωσης είναι μεγάλο και αποκλίνει ουσιαδώς από τις λοιπές προσφορές, προκύπτουν, οπωσδήποτε, υπόνοιες ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, που καθιστούν επιβεβλημένη την αιτιολόγησή της (βλ ΑΕΠΠ 133/2019, 5° Κλιμάκιο, σκ 38). - Επειδή εν προκειμένω, η έκπτωση του προσωρινού μειοδότη είναι αφ' εαυτής ασυνήθιστα χαμηλή, καθόσον υπερβαίνει το κατώφλι του 50%. Επιπροσθέτως, η εν λόγω έκπτωση υπερβαίνει κατά 16,12% τον μέσο όρο των υπολοίπων παραδεκτών προσφορών. -Επειδή συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση δια της οποίας, άνευ αιτιολογίας, ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος διαγωνιζόμενος που υπέβαλε έκδηλα χαμηλή προσφορά, τυγχάνει αναιτιολόγητη, παράνομη και εσφαλμένη. -Επειδή σε κάθε περίπτωση, νομολογείται, ότι «όταν διαγωνιζόμενος προβάλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, γεννάται για την διοίκηση αντίστοιχη υποχρέωση απαντήσεως (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 197/2015, 295/2011, 1260, 629/2010, 127/2009, 292/2008> (βλ κατά λέξη ΕΑ ΣτΕ 132/2016, βλ και ΕΑ ΣτΕ 22/2017, Διοικ Εφ Αθ 1528/2014 κλπ). Οι εν λόγω,

ειδικοί και συγκεκριμένοι, ισχυρισμοί μπορούν να προβληθούν και δια της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΓΙΠ (βλ ΑΕΠΠ 133/2019, 5^ο Κλιμάκιο, ΑΕΠΓΙ 336/2018, 1^ο Κλιμάκιο). Επειδή εν προκειμένω, αποδεικνύεται, ευχερώς, ότι η προσφορά του 1ου μειοδότη είναι (προδήλως) υπερβολικά χαμηλή. Όχι μόνο δεν καταλείπει οιοδήποτε περιθώριο επιτεύξεως εύλογου κέρδους, αλλά, αντιθέτως δημιουργεί την βεβαιότητα περί του ότι το έργο δεν δύναται να κατασκευαστεί, άρτια, εμπρόθεσμα και με την τήρηση των κειμένων διατάξεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. Προκύπτει δηλαδή, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι, και για τον λόγο αυτό, ακυρωτέα, σύμφωνα με τα εν συνεχεία διαλαμβανόμενα. Επειδή καταρχήν, όπως, πλέον, παγίως νομολογείται ότι τα γενικά έξοδα του αναδόχου υπολογίζονται με βάση τα ποσοστά που προβλέπονται από την υπ' αριθμόν 9/2017 Εγκύκλιο του Υπουργού Υποδομών & Μεταφορών, τα οποία εφαρμόζονται επί του προϋπολογισμού δημοπράτησης και όχι επί του προϋπολογισμού προσφοράς του υποψηφίου (βλ ΔΕφ Αθ 148/2020, 252/2020). Εξαιρούνται τα έξοδα που αφορούν στους φόρους (εδάφιο Α.10 Εγκυκλίου) στις εγγυητικές επιστολές καλής εκτέλεσης (εδάφιο Α.11) και στο κόστος ασφάλισης του έργου (εδάφιο Α.12), τα οποία πράγματι υπολογίζονται με εφαρμογή των ανωτέρω συντελεστών (3%, 0,30% και 0,50% αντιστοίχως) επί του ποσού της προσφοράς του διαγωνιζομένου. Ο προϋπολογισμός δημοπράτησης (χωρίς ΓΕ & ΟΕ, απρόβλεπτα και αναθεώρηση) ανέρχεται σε 5.830.933 ευρώ. Τα αντίστοιχα γενικά έξοδα, εξαιρουμένων των τριών περιπτώσεων που προαναφέρθηκαν, ανέρχονται βάσει της ανωτέρω Εγκυκλίου σε (15,5% συνολικός συντελεστής έμμεσου κόστους - 3% - 0,30% - 0,50% =) 11,5% επί του προϋπολογισμού δημοπράτησης, ήτοι σε 682.219,16 ευρώ συνολικά. Το κόστος φόρων, εγγυητικών επιστολών και ασφάλισης ανέρχεται σε (2.641.412,6 ευρώ ποσό προσφοράς προσωρινού μειοδότη Χ 3,80% =) 100.373,68 ευρώ. Επομένως, σύμφωνα με τις εκτιμήσεις της αναθέτουσας αρχής, το έμμεσο κόστος του έργου ανέρχεται, καταρχήν, σε 782.592,84 ευρώ. Επομένως, απομένουν 1.858,819,76 ευρώ με τα οποία (υποτίθεται ότι) ο προσωρινός ανάδοχος θα εκτελέσει έργο,

που κοστολογείται από την αναθέτουσα αρχή σε 5,830.933 ευρώ. Δεν αποκλείεται, ασφαλώς, το ενδεχόμενο να επικαλεστεί ο προσωρινός ανάδοχος ιδιαίτερα ευνοϊκές συνθήκες, που μειώνουν το έμμεσο κόστος της εργολαβίας. Πλην όμως, εν προκειμένω δεν τίθεται ζήτημα οριστικής απόδειξης του ζημιογόνου χαρακτήρα της επίμαχης προσφοράς, αλλά προβάλλεται ότι αυτή, με βάση τις εκτιμήσεις της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, παρουσιάζεται ως έκδηλα ασυνήθιστα χαμηλή, οπότε και επιβάλλεται να διαταχθεί η αιτιολόγησή της, στο πλαίσιο της οποίας και θα κριθεί αν τυγχάνει ζημιογόνος ή όχι. -Επειδή εξ άλλου, η εργασία που, σύμφωνα με τον προϋπολογισμό δημοπράτησης τυγχάνει η πλέον κοστοβόρος είναι αυτή της «ασφαλτικής στρώσης κυκλοφορίας μεταβλητού πάχους με χρήση κοινής ασφάλτου» (άρθρο Δ-8.1.Ν. του τιμολογίου). Προβλέπονται 63.000 τόνοι, αντί 62,50 ευρώ έκαστος, ήτοι το κόστος της υπόψη εργασίας εκτιμάται, καταρχήν, σε 3.956.250 ευρώ συνολικά. Υποτίθεται ότι, ο προσωρινός ανάδοχος θα εκτελέσει την υπόψη εργασία αντί **28,31 ευρώ ανά τόνο, ήτοι αντί 1.783.530 ευρώ συνολικά.**-Επειδή ακόμα και αν τούτο υποτεθεί εφικτό, προκύπτει ότι για όλες τις υπόλοιπες εργασίες που προβλέπονται, συνολικού προϋπολογισμού (5.830.933 - 3.956.250 =) 1.874.683 ευρώ, ο προσωρινός ανάδοχος θα λάβει (1.858.819,76 - 1.783.530 =) 75.289,76 ευρώ (!!!), συμπεριλαμβανομένου, μάλιστα, στο ποσό αυτό ενός εύλογου ποσοστού εργολαβικού κέρδους. Πλην όμως, ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί ότι όλες οι λοιπές εργασίες μπορούν να εκτελεσθούν χωρίς ζημία, ακόμα και με το ποσό της έκπτωσης του προσωρινού μειοδότη, για την εκτέλεσή τους απαιτείται ποσό 849.089 ευρώ τουλάχιστον.-Επειδή, βέβαια, η υπόψη κύρια εργασία της υπό ανάθεση σύμβασης, υποκοστολογείται, εμφανώς, από τον προσωρινό ανάδοχο, **όπως αποδεικνύεται από αντικειμενικά στοιχεία.** Συγκεκριμένα: α) Όπως προκύπτει από το επίσημο δελτίο τιμών της Δημόσιας Επιχείρησης Πετρελαίου, το κόστος της ασφάλτου κατά την ημέρα του διαγωνισμού ανήρχετο σε 365,67 ευρώ ανά τόνο. Βάσει των σχετικών μελετών συνθέσεως, για την παρασκευή ενός τόνου ασφαλτομίγματος απαιτούνται 0,043 τόνοι ασφάλτου. Επομένως, μόνο για την άσφαλτο, απαιτούνται 15,72 ευρώ ανά

τόνο, β) Όπως προκύπτει από τιμολόγια που εξέδωσε, επ' ονόματί μου, ο προσωρινός μειοδότης, το κόστος επεξεργασίας της ασφάλτου, για την παραγωγή ασφαλτομίγματος, ανέρχεται σε 18,50 ευρώ ανά τόνο, γ) Το κόστος μεταφοράς του ασφαλτομίγματος στον τόπο του έργου και διαστρώσεώς του, δεν μπορεί, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής να είναι μικρότερο του 20% της αξίας του υλικού, ήτοι, με τους μετριοπαθέστερους δυνατούς υπολογισμούς, ανέρχεται σε 7 ευρώ, τουλάχιστον. Επομένως, για την εν λόγω εργασία ο προσωρινός μειοδότης θα δαπανήσει 41,22 ευρώ, ενώ θα λάβει 28,31 ευρώ ανά τόνο, ήτοι θα ζημιωθεί κατά 12,91 ευρώ ανά τόνο και κατά 813.330 ευρώ συνολικά. Τα ανωτέρω, ήτοι ο κραυγαλέα ζημιογόνος χαρακτήρας της επίμαχης προσφοράς, όσον αφορά στην κύρια εργασία της υπό ανάθεση σύμβασης, δεν αναιρούνται οιοδήποτε ποσό - ποσοστό κέρδους και αν αφαιρεθεί από την τιμή των 18,50 ευρώ με την οποία, σύμφωνα με τα τιμολόγια του, ο προσωρινός μειοδότης κοστολογεί την επεξεργασία της ασφάλτου. Επειδή επαναλαμβάνω ότι, το ανωτέρω συμπέρασμα δεν προκύπτει από δικές μου υποκειμενικές εκτιμήσεις. Αντιθέτως, αποδεικνύεται από αντικειμενικά στοιχεία και δη από το επίσημο δελτίο τιμών της Δημόσιας Επιχείρησης Πετρελαίου κατά την ημέρα του διαγωνισμού, σχετικά με την τιμή της ασφάλτου, σε συνδυασμό με την τιμή με την οποία ο ίδιος ο προσωρινός μειοδότης, δια επισήμων φορολογικών του στοιχείων, κοστολογεί την επεξεργασία της. -Επειδή από τα προαναφερόμενα προκύπτει, ότι σύμφωνα με τις κοστολογήσεις της αναθέτουσας αρχής (προϋπολογισμός δημοπράτησης), σε συνδυασμό με την προσφορά του προσωρινού αναδόχου, αν δεν προκύπτει βεβαιότητα σχετικά με τον ζημιογόνο χαρακτήρα της (κάτι που, πράγματι, συμβαίνει), προκύπτουν, τουλάχιστον, εύλογες αμφιβολίες σχετικά με την φερεγγυότητά της, γεγονός που επιβάλλει την αιτιολόγησή της. -Επειδή πρέπει να σημειωθεί και το γεγονός, ότι πρόκειται περί ιδιαίτερα απαιτητικής εργολαβίας, υπό την έννοια ότι τα τεύχη δημοπράτησης προβλέπουν πληθώρα εργασιών τις οποίες ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να εκτελέσει χωρίς ιδιαίτερη αμοιβή. Στο άρθρο 11.3. της διακήρυξης, προβλέπεται υποχρέωση πλήρους σημάνσεως καθ' όλη την

διάρκεια εκτέλεσης των εργασιών, αλλά και διαρκούς ετοιμότητας προς αποκατάσταση βλαβών εντός 5 ωρών, σε αμφότερες τις περιπτώσεις χωρίς ιδιαίτερη αμοιβή. Εξ άλλου, στο άρθρο 4.8 της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων προβλέπεται πλειάδα, κοστοβόρων, υποχρεώσεων του αναδόχου (μεταξύ των οποίων κατασκευή και συντήρηση εργοταξιακών οδών, γεωτεχνικές και γεωμηχανικές μετρήσεις, απόθεση των προϊόντων εκσκαφών σε κατάλληλους χώρους σε οιαδήποτε απόσταση) διευκρινιζομένου, ρητώς, ότι ούτε και σε αυτές τις περιπτώσεις θα καταβάλλεται ιδιαίτερη αμοιβή. **Συνεπώς και εξ αυτού του λόγου όφειλε η αναθέτουσα αρχή να επισημάνει τον ασυνήθιστα χαμηλό χαρακτήρα της επίμαχης προσφοράς και να ζητήσει την δικαιολόγησή της, άλλως να αιτιολογήσει ειδικά την απόφασή της να μην το πράξει».**

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της ισχυρίζεται ότι « A.1 Αναφορικά με το υπό σημείο (1)...: «...κατά το σκέλος της δια του οποίου, παράνομα και εσφαλμένα, ανακηρύχθηκε προσωρινώς μειοδότης η εταιρεία ..., αν και η προσφορά της είναι, έκδηλα, ασυνήθιστα χαμηλή...» σας γνωρίζουμε ότι δεν υφίσταται σε ουδεμία περίπτωση παρανομία ή/και σφάλμα, αφού: α) η Επιτροπή Διεξαγωγής της Δημοπρασίας κατά την σύνταξη του Πρακτικού Ι (ανάδειξη Προσωρινού Αναδόχου) τήρησε όλες τις κείμενες διατάξεις που ορίζει ο Νόμος, για τον έλεγχο και την αξιολόγηση των προσφερθέντων οικονομικών προσφορών, λαμβάνοντας υπόψη και των συνθηκών που επικρατούν στο έργο (π.χ. θέσεις εκτέλεσης του έργου, απόσταση από αδειοδοτημένα παρασκευαστήρια ασφαλτομιγμάτων, αδειοδοτημένους χώρους δανειοθαλάμων κλπ), και, β) η Οικονομική Επιτροπή της (Αναθέτουσα Αρχή), κατά την έγκριση του Πρακτικού Ι της Ε.Δ. και την ανάδειξη ως Προσωρινού Αναδόχου της κατασκευαστικής εταιρείας ..., έλαβε μεταξύ άλλων και υπόψη της παρόμοιας φύσης έργα, που εκτελούνται στα διοικητικά όρια της Περιφέρειας ..., ήδη προσφερθείσες εκπτώσεις επί έργων που έχουν δημοπρατηθεί και

εκτελούνται κλπ με απώτερο σκοπό και στόχο την πλέον ορθή έκδοση Απόφασης αυτής.

2) Αναφορικά με το υπό στοιχείο (2) με θέμα: «υποβλήθηκαν οκτώ (8) παραδεκτές προσφορές και συγκεκριμένα, κατά, σειρά μειοδοσίας 8. ..., με έκπτωση 20,22%» σας τονίζουμε ότι στην εν λόγω δημοπρασία υπέβαλαν προσφορά οκτώ (8) συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, εκ των οποίων προσφορών οι επτά (7) έγιναν αποδεκτές. Πιο συγκεκριμένα οι προαναφερθείσες επτά (7) προσφορές πληρούσαν τα κριτήρια της οικείας Διακήρυξης, ενώ αντιθέτως η προσφορά της κατασκευαστικής εταιρείας με Α/Α 8: ..., κατά τον έλεγχο ομαλότητας αυτής, κρίθηκε ως «μη ομαλή», με αποτέλεσμα την μη αποδοχή αυτής και την απόρριψη της. Στον σημείο αυτό θα πρέπει να τονιστεί ότι η κατασκευαστική εταιρεία με την επωνυμία ...δεν κατέθεσε Προδικαστική Προσφυγή κατά της υπ'αριθμ. 590/24.05.2021 (ΑΔΑ:...) Απόφαση της Ο.Ε. της ..., η οποία απέρριπτε την οικονομική προσφορά της.

A.3) Αναφορικά με το υπό στοιχείο (3) με θέμα: «ο μέσος όρος των εκπτώσεων των υποβληθεισών, παραδεκτών, προσφορών ανέρχεται σε 38,58%, ήτοι η προσφορά του προσωρινού αναδόχου την υπερβαίνει κατά 16,12%» αποσαφηνίζεται ότι ο μέσος όρος των παραδεκτών προσφορών ανέρχεται σε 41,20% $[54,70+47,61+43,87+41,20+38,74+32+30,30=288,42 / 7 \text{ (παραδεκτές προσφορές)} = 41,20]$ και ως εκ τούτου, η προσφορά του Προσωρινού Αναδόχου υπερβαίνει τον μέσο όρο των παραδεκτών προσφορών κατά 13,50% και κατά 7,09% από τον δεύτερο μειοδότη.

A.4) Αναφορικά με το υπό σημείο 41 με θέμα: «η αναθέτουσα αρχή οφείλει-υποχρεούται, πάντα να ελέγχει την συνδρομή περίπτωσης αιτιολόγησης. Αυτό ισχύει, κατάως «έκδηλα υπερβολικά χαμηλές» (βλ.Δ. Ράικο/σελ. 858) αναφέρουμε ότι κατά την αξιολόγηση και την λήψη απόφασης, από την Αναθέτουσα Αρχή, για τον χαρακτηρισμό μιας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής θα πρέπει να συνυπολογίζονται και αντικειμενικά κριτήρια όπως,

μεταξύ των άλλων, η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του έργου, ο ανταγωνισμός που αναπτύχθηκε κατά την δημοπρασία (υποβλήθηκαν οκτώ προσφορές με εύρος προσφερθέντων εκπτώσεων μεταξύ 54,70% έως 30,30%), αλλά και άλλες προσφορές που έχουν υποβληθεί στα πλαίσια παρεμφερών διαγωνισμών (έργο συντήρησης Επαρχιακών Οδών που είναι σύνηθες φαινόμενο η υποβολή προσφορών με μεγάλες εκπτώσεις), καθώς και στα διδάγματα της κοινής πείρας. Η μη εφαρμογή των ως άνω αντικειμενικών κριτηρίων, κατά τον χαρακτηρισμό προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής, παρίσταται αυθαίρετος, και ως εκ τούτου μη νόμιμος, αφού οδηγεί μόνο στον αποκλεισμό κανονικών προσφορών από το διαγωνισμό.

A.5) Αναφορικά με τα υπό σημεία (5,6,7 & 8) με θέμα: «-Επειδή στις περιπτώσεις των έκδηλα υπερβολικά χαμηλών προσφορών, ανακύπτει υποχρέωση ειδικής αιτιολόγησης της κατακυρωτικής απόφασης. Συγκεκριμένα, νομολογείται, ότι «όταν η προσφορά του προσωρινού μειοδότη, παρίσταται κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας Ε Κλιμάκιο 13/2015). -Επειδή, με διαφορετική διατύπωση, η αναθέτουσα αρχή, ναι μεν έχει διακριτική ευχέρεια 1° Κλιμάκιο, σκ 50). - Επειδή, αντίθετα, η εν λόγω διακριτική ευχέρεια ελέγχεται.... 1° Κλιμάκιο, σκ 36). -Επειδή ειδικότερα, η «αναθέτουσα...Κλιμάκιο 387/ 2018, σκ Β'» αναφέρουμε χαρακτηριστικά, και σε συνδυασμό με αυτά που ήδη έχουμε παραθέσει στην παράγραφο Α.4 περί και των αντικειμενικών κριτηρίων που οφείλει η Αναθέτουσα αρχή να λάβει υπόψη της κατά την αξιολόγηση και την λήψη απόφασης για τον χαρακτηρισμό μιας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής, απόσπασμα της υπ'αριθμ. 1325/2019 Απόφασης του Τμήματος VI (ΣΤ' Διακοπών) του Ελεγκτικού Συνεδρίου στο οποίο μνημονεύεται το εξής : Ως εκ τούτου, όταν η αναθέτουσα αρχή επιλέγει την πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας προσφορά, δεν υποχρεούται να αναφέρει ρητώς τους λόγους για τους οποίους η εν λόγω προσφορά δε φαίνεται, κατά την άποψη της, υπερβολικά χαμηλή. Συγκεκριμένα εφόσον η εν λόγω προσφορά επιλεγεί από την αναθέτουσα αρχή συνάγεται εμμέσως πλην σαφώς ότι αυτή εκτίμησε ότι δεν υπήρχαν ενδείξεις ότι

η εν λόγω προσφορά είναι υπερβολικά χαμηλή (πρβ. προαναφερθείσες αποφ.Τ-392/15, σκ93, Τα-752/15 σκ.75). Συνακόλουθα, στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δεν προβεί σε εκτίμηση με ρητή κρίση αυτής ότι κατά τη διενεργηθείσα διαγωνιστική διαδικασία δεν υποβλήθηκαν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, δεν υφίσταται υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας (βλ. Ε.Σ. Ε' Κλ.468, 471/2018, πρβ. VI Τμ. 1345/2018, 2028/2017).

Α.6) Αναφορικά με το υπό σημείο (9) με θέμα: «- Επειδή ως κριτήριο για τον έλεγχο της τυχόν υπέρβασης υπόψη το ποσοστό της εκπτώσεως, αυτό καθ' αυτό», όπως έχουμε ήδη προαναφέρει το ποσοστό της προσφερθείσας έκπτωσης, αλλά και η διαφορά της προσφοράς του πρώτου μειοδότη από τον μέσο όρο των προσφορών, που έχουν υποβληθεί στην διαγωνιστική διαδικασία, δεν αποτελεί αυτό καθ' αυτό κριτήριο για την αξιολόγηση και την λήψη απόφασης, από την Αναθέτουσα Αρχή, για τον χαρακτηρισμό μιας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής, αλλά πρέπει να ληφθούν υπόψη και αντικειμενικά κριτήρια.

Α.7) Αναφορικά με το υπό σημείο (10) με θέμα: «- Επειδή, βέβαια, ο προσδιορισμός της έννοιας της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς γίνεται Ζ Τμήμα 316/2017)» αναφέρουμε χαρακτηριστικά μέρος της υπ'αριθμ.383/2017 Απόφασης του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στο οποίο μνημονεύεται ότι «Ειδικότερα, το ποσοστό του 50% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης που χρησιμοποιήθηκε ως κατώφλι για τον προσδιορισμό της προσφοράς αποτελεί τυχαίο και αυθαίρετο κριτήριο, αφού δεν στηρίζεται στο σύνολο των κριτηρίων που πρέπει να συγκαθορίζουν το εκάστοτε ποσοστό επί τοις εκατό που αντιστοιχεί στην χαμηλότερη αποδεκτή τιμή που θα αποτελέσει το κατώφλι των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών.... προσφορών. Τα κριτήρια αυτά είναι, μεταξύ άλλων, εκτός των διδαγμάτων της κοινής πείρας , η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του συγκεκριμένου διαγωνισμού, ο ανταγωνισμός που αναπτύχθηκε και η διαφορά της τιμής της χαμηλότερης προσφοράς από τις άλλες προσφορές και

από το μέσο όρο των προσφορών, αλλά και προσφορές που υποβάλλονται στο πλαίσιο παρεμφερών διαγωνισμών.

A.8) Αναφορικά με το υπό σημείο Π1) με θέμα: «- Επειδή, περαιτέρω, λαμβάνεται, ιδίως των λοιπών υποψηφίων», όπως ήδη έχουμε αναλύσει και στην παράγραφο Α.3, υφίσταται πρόδηλο σφάλμα της προσφεύγουσας εταιρείας «...» κατά τον υπολογισμό της μέσης αποδεκτής έκπτωσης. Ειδικότερα, κατά τον υπολογισμό της μέσης έκπτωσης έχει συμπεριλάβει και την προσφερθείσα έκπτωση της εταιρείας ..., της οποίας η προσφορά απορρίφθηκε (βλ Πρακτικό Ι της Ε.Δ.). Επίσης, δεν κάνει μνεία στο εύρος των προσφερθέντων εκπτώσεων, καθώς και στο γεγονός ότι ο πρώτος μειοδότης με τον δεύτερο έχουν διαφορά της τάξεως των 7,09% ποσοστιαίων μονάδων.

A.9) Αναφορικά με το υπό σημείο (12) με θέμα: «- Επειδή το ζήτημα της δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει αιτιολόγηση παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν» αναφέρουμε ότι η παρ.5α , που προστέθηκε στο άρθρο 88 του Ν.4412/2016, με τον Ν.4782/2021 έχει εφαρμογή μετά την 1η Ιουνίου 2021. Η Ευρωπαϊκή Προκήρυξη, η οποία διέπει και καθορίζει τους όρους της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας, δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 8.3.2021 και ως εκ τούτου δεν έχει εφαρμογή η παρ.5 α του Ν.4782/2021. Επιπρόσθετα, επισημαίνεται, όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ε.Ε. όσο και των εθνικών Δικαστηρίων, ότι το εφαρμοστέο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσια σύμβασης είναι εκείνο που ισχύει κατά τον χρόνο δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης.

A.10) Αναφορικά με τα υπό σημεία (13 & 14) με θέμα: «- Επειδή είναι γεγονός, ότι η ανωτέρω διάταξη καταλαμβάνει, καταρχήν, ευθέως υπό το φώς της νέας ρύθμισης)»- Επειδή συνεπώς, ο καθορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας ... από τον μέσο όρο των υπολοίπων» σημειώνεται και τονίζεται ότι στην υπ'αριθμ.113970/29-4-2021 Απόφαση του Υπουργού Υποδομών &

Μεταφορών δεν περιλαμβάνεται η εφαρμογή του άρθρου 32 του Ν. 4782/2021 με τίτλο «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές Τροποποίηση του τίτλου και των παρ.1,5,6 και προσθήκη παρ.5α στο άρθρο 88 του ν.4412/2016. Επομένως, ο καθορισμός των ακραίων ορίων για τον χαρακτηρισμό και αξιολόγηση μίας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής δεν δύναται να καθοριστεί αποκλειστικά και μόνο από την ύπαρξη και μόνο 10 εκατοστιαίων μονάδων μεταξύ της προσφερθείσας προσφοράς του πρώτου μειοδότη και των μέσο όρο των προσφορών.

A.11 Αναφορικά με τα υπό σημεία (15 & 16) με θέμα: «-Επειδή τέλος, ειδικά επί του συγκεκριμένου ζητήματος, λαμβάνοντας 5° Κλιμάκιο, σκ 38). — Επειδή εν προκειμένω, η έκπτωση του προσωρινού μειοδότη είναιτων υπολοίπων παραδεκτών προσφορών» αναφέρουμε, εκ νέου, ότι η προσφορά του πρώτου μειοδότη αποκλίνει κατά 13,50 ποσοστιαίες μονάδες από τον μέσο όρο των παραδεκτών προσφορών των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων και κατά 7,09 ποσοστιαίες μονάδες από την προσφορά του δεύτερου συμμετέχοντα (βλ. περίπτωση Α.3).

A.12 Αναφορικά με το υπό σημείο (17) με θέμα: « -Επειδή συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση ... τυγχάνει αναιτιολόγητη, παράνομη και εσφαλμένη» σας επισημαίνουμε ότι η υπ'αριθμ. 590/24.05.2021 (ΑΔΑ:...) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... εκδόθηκε τηρώντας και λαμβάνοντας υπόψη όλες τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας περί δημοσίων έργων, και ως εκ τούτου, σε ουδεμία περίπτωση, δεν δύναται να χαρακτηριστεί ως αναιτιολόγητη, παράνομη και εσφαλμένη.

A.13 Αναφορικά με το υπό σημείο Π 8) με θέμα: « -Επειδή σε κάθε περίπτωση, νομολογείται, αποσαφηνίζουμε ότι δεν τίθεται θέμα αμφισβήτησης της δυνατότητας που παρέχεται σε κάθε συμμετέχοντα οικονομικό φορέα να προβάλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου

διαγωνιζόμενου αρκεί, σε κάθε περίπτωση, οι εν λόγω ισχυρισμοί αυτού να είναι αληθοφανείς και στηριζόμενοι σε πραγματικά δεδομένα.

A.14 Αναφορικά με το υπό σημείο Π9) με θέμα: « -Επειδή εν προκειμένω, αποδεικνύεται, ευχερώς, ότι με τα συνεχεία διαλαμβανόμενα» σας κάνουμε γνωστό ότι η προσφεύγουσα κατασκευαστική εταιρεία «...», στα πλαίσια δημοπράτησης παρεμφερών έργων, εντός των διοικητικών ορίων της Περιφέρειας ..., έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος με προσφερθείσα έκπτωση άνω του 60%. Ενδεικτικά παραθέτουμε τα εξής έργα: α). Εργασίες συντήρησης του ΕΟΔ ... και ... για τη χρονική περίοδο 2019-2020, με προσφερθείσα έκπτωση 63.45%. β). Συντήρηση - αποκατάσταση και άρση της επικινδυνότητας της Ε.Ο.38 '... & '...', με προσφερθείσα έκπτωση 62.58%, και γ). «Επείγουσες παρεμβάσεις αναβάθμισης οδικής ασφάλειας στη ... (....) ...», με προσφερθείσα έκπτωση 53,65%. Ως εκ τούτου, γεννάται το εύλογο ερώτημα πως η ίδια (σ.σ η προσφεύγουσα), η οποία μάλιστα έχει έδρα στην Αθήνα, είναι σε θέση να εκτελέσει ένα έργο συντήρησης, άρτια και εμπρόθεσμα, προσφέροντας -όπως προαναφέραμε- μεγαλύτερα ποσοστά έκπτωσης από το 54,70% που έχει στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία προσφέρει ο πρώτος μειοδότης Επιπρόσθετα, άξιο επισήμανσης είναι και το γεγονός ότι, παραβλέπει το ότι μία κατασκευαστική εταιρεία (σ.σ ...) που κατέχει τάξη πτυχίου 5ης τάξης στα έργα Οδοποιίας, έχει έδρα στο Νομό ..., άρα εκ των πραγμάτων είναι σε θέση να μειώσει σημαντικά και ουσιαστικά τα έξοδα μετακίνησης του προσωπικού της, των μετακινήσεων των μηχανημάτων αυτής κλπ, και, κυρίως, διαθέτει αδειοδοτημένα παρασκευαστήρια σκυροδέματος και ασφαλομίγματος καθίσταται ιδιαιτέρως ανταγωνιστική ως προς τους λοιπούς συμμετέχοντες. A.15)

Αναφορικά με το υπό σημείο (20) με θέμα: « -Επειδή καταρχήν, όπως πλέον παγίως νομολογείται, τα γενικά αν τυγχάνει ζημιογόνος ή όχι» σας γνωρίζουμε ότι, όπως ήδη έχουμε αναφέρει και στην παράγραφο A.14, η μειοδότρια κατασκευαστική εταιρεία ... -δεδομένου του γεγονότος ότι έχει έδρα

στο Νομό Ηλείας- σίγουρα εμφανίζει ιδιαίτερα ευνοϊκές συνθήκες κατά την υποβολή της προσφοράς της αφού: α) διαθέτει μόνιμες εγκαταστάσεις φύλαξης των μηχανημάτων έργων που έχει στη διάθεση της, εξαλείφοντας με τον τρόπο αυτό μείωσης του κόστους φύλαξης αυτών από δολιοφθορές, β) δεν προκύπτουν πρόσθετα έξοδα διαμονής και σίτισης του προσωπικού αυτής, αφού εντός το μέγιστο δύο (2) ωρών δύναται να βρίσκεται σε κάθε σημείο του Νομού εφόσον και απαιτηθεί, και γ) διαθέτει αδειοδοτημένο παρασκευαστήριο σκυροδέματος και ασφαλομίγματος με αποτέλεσμα να μπορεί να καλύψει από μόνη της τις ανάγκες που απαιτούνται για την υλοποίηση του έργου, μειώνοντας με τον τρόπο αυτό το λειτουργικό της κόστος (προμήθεια υλικών, παρασκευή τελικού προϊόντος κλπ).

A.16 Αναφορικά με τα υπό στοιχεία (21, 22 & 23) με θέμα: «-Επειδή εξ άλλου, η εργασία που, σύμφωνα με 1.783.530 ευρώ συνολικά. - Επειδή ακόμα και αν τούτο υποτεθεί εφικτό,.... 849.089 ευρώ τουλάχιστον. - Επειδή, βέβαια, η υπόψη κύρια εργασία της υπό ανάθεση σύμβασης ... κοστολογεί την επεξεργασία της ασφάλτου» στα οποία η προσφεύγουσα κατασκευαστική εταιρεία «...» αναλύει και χαρακτηρίζει τα κοστολόγια της παρασκευής, μεταφοράς και διάστρωσης, κυρίως, για την απαιτούμενη ποσότητα του ασφαλομίγματος ως ζημιογόνα για την μειοδότη εταιρεία ..., θεωρούμε ότι, κατά την υποβολή της προσφοράς της η μειοδότη εταιρεία έχει λάβει υπόψη της όχι μόνο τον προϋπολογισμό της Ομάδας των ασφαλικών αλλά και τη συνολική δαπάνη του έργου, καθώς και τις ιδιαίτερες συνθήκες που επικρατούν σε αυτό».

13. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται «4.1 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού.....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 το υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως “εσωτερικό”, μέσω της λειτουργίας “επικοινωνία”

του υποσυστήματος, προς έγκριση 19. Υποσημείωση 19 «Επισημαίνεται ότι αν η αναθέτουσα αρχή θεωρήσει ότι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές, απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016.

14. Επειδή, 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 παράβαση ουσιωδών όρων της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο (C 243/89 σκ.37).

15. Επειδή, η υποβολή «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» - ως τέτοιας προφανώς νοουμένης και της οικονομικής προσφοράς, που αν και φαίνεται ότι καλύπτει το κόστος παροχής των ζητούμενων υπηρεσιών, δεν καταλείπει εύλογο εργολαβικό κέρδος, δηλαδή χρηματικό όφελος τέτοιας έκτασης που να δικαιολογεί τη συμμετοχή στη διαδικασία του διαγωνισμού - διακινδυνεύει και το δημόσιο συμφέρον, στο μέτρο που ο ανάδοχος ενδέχεται, κατά λογική ακολουθία, να επιχειρήσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης να καλύψει τη ζημία που υφίσταται, εξαιτίας του αδικαιολόγητα χαμηλού τιμήματος, σε βάρος της ποιότητας ή και της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών (βλ. σχετικά S. Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement (2005) σελ. 532- 534; P Trepte, Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation (Oxford, Oxford University Press, 2004) σελ.165-166 and 197; και P Trepte, Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide, 2η έκδοση (Oxford, Oxford University Press, 2007, σελ.

474, και AR Engel, Managing Risky Bids, Handbook of Procurement (Cambridge, Cambridge University Press, 2006) σελ. 322, 326.

16. Επειδή από τις διατάξεις του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, ως ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο, συνάγονται τα ακόλουθα: (ad hoc ΔΕΦΑΘ 422/2021 σκ.10) «Η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εκτιμήσει αν οι υποβληθείσες στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικές προσφορές είναι ασυνήθιστα χαμηλές. Η ενεργοποίηση του μηχανισμού του ως άνω άρθρου 88, ήτοι η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ελέγχει τη σοβαρότητα ορισμένης προσφοράς, εξαρτάται από την προηγούμενη ύπαρξη αμφιβολιών όσον αφορά την αξιοπιστία και τη φερεγγυότητά της, δοθέντος ότι η οδηγία 2014/24/ΕΕ δεν καθορίζει μέθοδο υπολογισμού των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών ούτε έχει εκδοθεί εγκύκλιος του αρμόδιου Υπουργού για την εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 88 παρ. 6 του ν. 4412/2016. Επομένως, μόνον εφόσον προκύπτουν πράγματι τέτοιες αμφιβολίες, οφείλει η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει τις διευκρινίσεις που θεωρεί ενδεδειγμένες ως προς τη σύνθεση της προσφοράς, πριν, ενδεχομένως, την απορρίψει. Αντιθέτως, σε περίπτωση κατά την οποία η προσφορά δεν φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, το άρθρο αυτό δεν εφαρμόζεται. Περαιτέρω, σύμφωνα με το καθιερούμενο από το εν λόγω άρθρο 88 σύστημα εντοπισμού και ελέγχου των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε μία εκ πρώτης όψεως (*prima facie*) εκτίμηση του κατά πόσον οι προσφορές είναι -“φαίνονται” κατά τη διατύπωση της παρ. 1 του αυτού άρθρου (και της αντίστοιχης παρ. 1 του άρθρου 69 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ)- ασυνήθιστα χαμηλές. Ως εκ τούτου, η έκταση της υποχρέωσης αιτιολόγησης, την οποία υπέχει η αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση που εκτιμά ότι η οικονομική προσφορά δεν φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, είναι περιορισμένη και, εντεύθεν, δεν υποχρεούται να προβεί σε διεξοδική ανάλυση της σύνθεσης κάθε προσφοράς, προκειμένου να διαπιστώσει ότι αυτή δεν αποτελεί ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή οφείλει κατ’ αρχάς να εξετάσει αν οι υποβληθείσες προσφορές περιέχουν ένδειξη ικανή να

δημιουργήσει την υποψία ότι ενδέχεται να είναι ασυνήθιστα χαμηλές. Εάν οι υποβληθείσες προσφορές δεν περιέχουν τέτοια ένδειξη και, συνεπώς, δεν φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συνεχίσει τη διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή διαθέτει κατ' αρχήν ευρεία διακριτική ευχέρεια, κατ' εκτίμηση, ιδίως, της απόκλισης της οικονομικής προσφοράς κάθε διαγωνιζόμενου από την προϋπολογισθείσα δαπάνη του έργου, αλλά και σε συνδυασμό με τις λοιπές υποβληθείσες οικονομικές προσφορές, να χαρακτηρίσει συγκεκριμένη οικονομική προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή, υποχρεούμενη, όμως, στην περίπτωση αυτή να καλέσει τον διαγωνιζόμενο, του οποίου την οικονομική προσφορά κρίνει ως ασυνήθιστα χαμηλή, προς παροχή των αναγκαίων διευκρινίσεων ως προς τη σύνθεση της προσφοράς του. Η άσκηση δε της διακριτικής αυτής ευχέρειας υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της. Εξάλλου, σε περίπτωση κατά την οποία διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζόμενου, γεννάται αντίστοιχη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιωδών ισχυρισμών. Η απάντηση αυτή πρέπει να είναι νομίμως αιτιολογημένη, η δε νομιμότητα και επάρκεια της σχετικής αιτιολογίας αποτελεί αντικείμενο ελέγχου από την ΑΕΠΠ, εφόσον ασκηθεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον αυτής, και εν τέλει από το αρμόδιο δικαστήριο. Δεν συνιστούν, πάντως, ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί του ασυνήθιστα χαμηλού της οικονομικής προσφοράς συνδιαγωνιζόμενου ισχυρισμοί ερειδόμενοι μόνο στην κοστολόγηση της προσφοράς του οικονομικού φορέα ο οποίος τους προβάλλει, σε σύγκριση και με τις τιμές του προϋπολογισμού, καθόσον, η διαμόρφωση της προσφοράς κάθε διαγωνιζόμενου συναρτάται με οικονομοτεχνικούς παράγοντες που καθορίζονται ενόψει των ιδίων αυτού δεδομένων (πρβλ. Σ.τ.Ε. Ε.Α. 208/2020, 165/2020, 164/2020, 12/2020, 22/2017).

17. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου.

Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάσει των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976).

Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα

κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν ανατιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣτΕ 2418/1976, 1061/1981).

Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Α.Τάχος. Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, Εκδόσεις Σάκκουλα) ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, Τ 461/08, EU:T:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, EU:T:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά EUIPO, Τ 652/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:370, σκέψη 43).

18.Επειδή, στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία δεν τυγχάνει καταρχήν εφαρμογής το άρθρο 32 ν.4782/2021 με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 88 ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η κατά νόμο εφαρμογή του άρχεται στις 01.06.2021 (βλ. αρ.142 ν.4782/2016) ήτοι σε μεταγενέστερο της δημοσίευσης της διακήρυξης χρόνο (08.03.2021), δοθέντος ότι παγίως ο διαγωνισμός διέπεται από το νομικό καθεστώς του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης (ΕΑ 228,231/2003 κ.α ΑΕΠΠ 1800/2021 Εισηγήτρια Χ.Ζαράρη). Ωστόσο, η τροποποίηση του ως άνω άρθρου παρέχει έναν ουσιαστικό **«οδηγό»** στις εκάστοτε αναθέτουσες αρχές για τον χαρακτηρισμό προσφοράς που καταρχήν

εμφαίνεται ως ασυνήθιστα χαμηλή, και τούτο ανεξαρτήτως εάν η διαδικασία ανάθεσης εκκίνησε σε προγενέστερο χρόνο. Εν πάσει περιπτώσει η εν λόγω διάταξη αποτελεί προσπάθεια του νομοθέτη προς αντιμετώπιση χρόνιων παθογενειών στην οποία και προφανώς δεν κατέληξε αυθαιρέτως. Συγκεκριμένα στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021 (<https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/2f026f42-950c-4efc-b950-340c4fb76a24/11591786.pdf>) ως προς το επίμαχο άρθρο ρητά αναγράφεται «Με το άρθρο 32 τροποποιείται το άρθρο 88 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, προτείνεται η λήψη δέσμης μέτρων για να καταπολεμηθεί το φαινόμενο των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, που οδηγεί σε υποκοστολογημένες προσφορές με συνακόλουθη αδυναμία ολοκλήρωσης του έργου και εμφάνιση σοβαρών ποιοτικών προβλημάτων, ενώ συγχρόνως διογκώνεται το φαινόμενο των συμπληρωματικών συμβάσεων. Στο πλαίσιο αυτό καθορίζεται ένα συνδυασμένο όριο έκπτωσης άνω του οποίου ο οικονομικός φορέας υποχρεούται μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής να υποβάλλει έγγραφες εξηγήσεις, τυχόν δε άρνησή του επάγεται την κήρυξη της προσφοράς του ως απαράδεκτης και καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Συγκεκριμένα 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, ενώ δύναται η αναθέτουσα αρχή να κρίνει και άλλες προσφορές με μικρότερη ή και καθόλου έκπτωση ως ασυνήθιστα χαμηλές. Προσθέτως, ρητά πλέον προβλέπεται ότι τα οικονομικά στοιχεία των εξηγήσεων που παραθέτει προς την αναθέτουσα αρχή αποτελούν δεσμευτική συμφωνία και τα εν λόγω στοιχεία δεν δύνανται να μεταβληθούν σε μεταγενέστερο χρόνο».

Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη ότι το ΦΕΚ του ν. 4412/2021 δημοσιεύθηκε στις 09.03.2021, η αξιολόγηση των προσφορών έλαβε χώρα στις 22.04.2021

ήτοι περί των 1,5 μήνα από τη δημοσίευση του και η προσβαλλόμενη ελήφθη στις 24.05.2021, το σύνολο των ως άνω περί της τροποποιηθείσας διάταξης του αρ. 88 ν. 4412/2016 και η συγκεκριμένη πρόβλεψη επί εντοπισμού ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, αποτελούν στοιχεία γνωστά στην αναθέτουσα αρχή. Δηλαδή, λόγω του χρόνου έναρξης της διαδικασίας, προ της δημοσίευσης του νόμου, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε δέσμια αρμοδιότητα να κρίνει ότι η επίμαχη προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή και επακολούθως να καλέσει τον καθού οικονομικό φορέα προς αιτιολόγηση της, ως θα είχε εάν η διαδικασία εκκινούσε μετά την 1^η Ιουνίου 2021, ημερομηνία έναρξης εφαρμογής του αρ. 88 ν. 4412/2016, ως τροποποιηθέν ισχύει, αλλά διακριτική ευχέρεια. Ούτε προκύπτει καταρχήν και μετά πάσης βεβαιότητας ότι υπερέβη τα άκρα όρια αυτής, μη θεωρώντας την επίμαχη προσφορά ασυνήθιστα χαμηλή, δοθέντος ότι ο προσωρινός ανάδοχος, έχει έδρα στο Νομό Ηλείας ήτοι σε εγγύτητα με το προς εκτέλεση έργο, γεγονός που κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής οδηγεί σε μείωση του κόστους, συγκριτικά με τις προσφορές έτερων διαγωνιζομένων, όπως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή. Ωστόσο, αφενός η αναθέτουσα αρχή όλως αορίστως ισχυρίζεται ότι σε παρεμφερή έργα παρέχονται μεγάλες εκπτώσεις, αφετέρου, ανέκαθεν, η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή υποχρεούτο να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιωδών ισχυρισμών, όπου η απάντηση αυτή πρέπει να είναι νομίμως αιτιολογημένη κατά τα αναγραφόμενα στην προηγούμενη σκέψη (βλ. σκ. 16 της παρούσας και ως προς την αιτιολογία σκ.17).

19. Επειδή, ειδικότερα, καταρχήν, υφίσταται αδιαμφισβήτητα απόκλιση της επίμαχης προσφοράς ύψους άνω των δέκα ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο (ΜΟ) του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν, δοθέντος ότι ο ως άνω ΜΟ υπολογισθείς στην ορθή του βάση ανέρχεται σε 41.20% και όχι σε 38,58%, όπως αναγράφει ο προσφεύγων, καθόσον ο προσωρινός ανάδοχος προσέφερε έκπτωση ύψους 54,7% που υπερβαίνει τον ΜΟ των παραδεκτών προσφορών κατά 13,50%, ωστόσο ο εκ μέρους του προσφεύγοντος εσφαλμένος υπολογισμός και πάλι δεν αίρει τον

ισχυρισμό του περί απόκλισης που υπερβαίνει τις 10 ποσοστιαίες μονάδες από τον ΜΟ των αποδεκτών προσφορών, ποσοστό γνωστό στην αναθέτουσα αρχή και στο οποίο ο νομοθέτης προφανώς ως προεκτέθηκε δεν κατέληξε αυθαίρετα και ήταν γνωστό στην αναθέτουσα αρχή.

Περαιτέρω, ο προσφεύγων παραθέτει ισχυρισμούς οι οποίοι δεν εδράζονται αμιγώς στην κατάστρωση και κοστολόγηση της δικής του προσφοράς, αλλά παραθέτει ουσιώδεις ισχυρισμούς τόσο επί των Γενικών Εξόδων, ως παγίως υπολογίζονται, όσο και επί των ασφαλικών, προκειμένου να αποδείξει ότι η προσφορά «εμφαίνεται ως ασυνήθιστα χαμηλή. Λαμβάνοντας δε υπόψη ότι, τα γενικά έξοδα του αναδόχου υπολογίζονται με βάση τα ποσοστά που προβλέπονται από την υπ' αρ. 9/2017 Εγκύκλιο του Υπουργού Υποδομών & Μεταφορών που εφαρμόζονται επί του προϋπολογισμού δημοπράτησης και όχι επί του προϋπολογισμού προσφοράς του υποψηφίου (βλ ΔΕΦ ΑΘ 148/2020, 252/2020), όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων *«το έμμεσο κόστος του έργου ανέρχεται, καταρχήν, σε 782.592,84 ευρώ. Επομένως, απομένουν 1.858,819,76 ευρώ με τα οποία ο προσωρινός ανάδοχος θα εκτελέσει έργο, που κοστολογείται από την αναθέτουσα αρχή σε 5.830.933 ευρώ. Έτι περαιτέρω, αναφορικά με τα ασφατικά ο προσφεύγων παραθέτει ουσιώδεις ισχυρισμούς εδραζόμενους σε αντικειμενικά στοιχεία και συγκεκριμένα από το επίσημο δελτίο τιμών της Δημόσιας Επιχείρησης Πετρελαίου (<http://oil.gge.gov.gr/?m=>), κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών (252/2020 ΔΕΦ ΑΘ ad hoc), ομοίως παραθέτει ισχυρισμούς εδραζόμενους στις σχετικές μελέτες συνθέσεως για την παρασκευή ενός τόνου ασφαλτομίγματος, όπου απαιτούνται περίπου 0,043 τόνοι ασφάλτου. Δηλαδή, μόνο για την προμήθεια ασφάλτου, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος απαιτούνται 15,72 ευρώ ανά τόνο, στοιχείο το οποίο και πάλι ουδείς αποκρούει. Παράλληλα, παραθέτει ουσιώδεις ισχυρισμούς και αναφορικά με το κόστος επεξεργασίας της ασφάλτου, που βασίζονται σε τιμολόγια που εξέδωσε ο ίδιος ο προσωρινός ανάδοχος, επ' ονόματί του, στοιχείο που ομοίως ουδείς αποκρούει, όπου κοστολογεί την*

επεξεργασία της ασφάλτου για την παραγωγή ασφαλτομίγματος, σε 18,50 ευρώ ανά τόνο, όπου ναι μεν ο προσωρινός ανάδοχος δοθέντος ότι διαθέτει αδειοδοτημένο παρασκευαστήριο σκυροδέματος και ασφαλτομίγματος, του παρέχεται η δυνατότητα να μειώσει με τον τρόπο αυτό το λειτουργικό του κόστος (παρασκευή τελικού προϊόντος κλπ), πλην όμως αυτό δεν δύναται να εξαλειφθεί, ως ομοίως και το κόστος μεταφοράς, παρόλη την εγγύτητα με τον τόπο παροχής των εργασιών, ως ομοίως δεν δύναται να εκμηδενισθεί και το κόστος εργασιών ασφαλτόστρωσης. Ήτοι, παρά τους ουσιώδεις ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, αορίστως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και με μη νόμιμη αιτιολογία ότι *«θεωρούμε ότι, κατά την υποβολή της προσφοράς της η μειοδότηρια εταιρεία έχει λάβει υπόψη της όχι μόνο τον προϋπολογισμό της Ομάδας των ασφαλικών αλλά και τη συνολική δαπάνη του έργου, καθώς και τις ιδιαίτερες συνθήκες που επικρατούν σε αυτό»*, χωρίς δηλαδή να παρέχει απάντηση νομίμως αιτιολογημένη, ως απαιτείται (βλ. σκ. 18 της παρούσας). Αν δε ήθελε υποτεθεί ότι γινόταν δεκτός ο οικείος ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, τότε κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής, δεν θα απαιτείτο, καν, να υφίσταται πρόβλεψη για τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, πολλώ δε μάλλον στα δημόσια έργα, το φαινόμενο των οποίων κρίθηκε ότι έχρηζε αντιμετώπισης με νομοθετική μάλιστα παρέμβαση. Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη ότι το κόστος της ασφάλτου (βλ. και άρθρο Δ-8.1.Ν. του τιμολογίου), το κόστος παραγωγής του ασφαλτομίγματος, το κόστος μεταφοράς του από την μονάδα παραγωγής έως τον τόπο του έργου και το κόστος διαστρώσεως, δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι υπερβαίνουν τη δηλωθείσα εκ μέρους του προσωρινού αναδόχου τιμή, σε συνδυασμό με τον τρόπο υπολογισμού των Γενικών εξόδων και το ποσό που εντέλει απομένει για την εκτέλεση των έτερων εργασιών, συμπεριλαμβανομένου, μάλιστα, στο ποσό αυτό ενός εύλογου ποσοστού εργολαβικού κέρδους, ισχυρισμούς στους οποίους η αναθέτουσα αρχή δεν απάντησε, κατά τα ως άνω, όπου ναι μεν η διαμόρφωση της προσφοράς κάθε διαγωνιζομένου συναρτάται με οικονομοτεχνικούς παράγοντες που καθορίζονται ενόψει των ιδίων αυτού δεδομένων, ως βασίμως

ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, πλην όμως η αναθέτουσα αρχή δοθέντος ότι δεν απάντησε με επαρκή αιτιολογία, ως όφειλε, προκύπτει ότι δεν εδύνατο άνευ σχετικής κλήσης του προσωρινού αναδόχου προς παροχή διευκρινήσεων. Επακολούθως, προκύπτει τελικά ότι πράγματι καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας δεν θεώρησε την επίμαχη προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή. Συνεπώς, γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος και η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας.

20. Επειδή, εντούτοις, λόγω της φύσης της Προσφυγής, που εντάσσεται στο πλέγμα των ενδικοφανών Προσφυγών, καθίσταται δυνατή και η κατ' ουσίαν επανεξέταση της υπόθεσης, δηλαδή η νέα έρευνα και η διαφορετική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών (ΣτΕ 2971/1989), αν και η Α.Ε.Π.Π διαθέτει μόνο ακυρωτική εξουσία σε αντίθεση με τον κανόνα των Προδικαστικών Προσφυγών όπου το αρμόδιο όργανο προς το οποίο ασκείται μπορεί να ακυρώσει εν όλω ή εν μέρει την πράξη ή να την τροποποιήσει για λόγους ουσίας (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ. 229). Ειδικότερα, ως έχει κριθεί, σε περίπτωση αποδοχής της Προδικαστικής Προσφυγής, η Α.Ε.Π.Π ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την επίδικη παράλειψή της και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη προς την Απόφαση της Α.Ε.Π.Π, η οποία δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018, σκέψη 8 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Από το συνδυασμό των ανωτέρω προκύπτει ότι στην προκειμένη περίπτωση, προκειμένου να θεμελιωθεί το νόμιμο ή μη της επίμαχης προσφοράς, απαιτείται η προηγούμενη κλήση του προσωρινού αναδόχου, σύμφωνα με το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 προς παροχή διευκρινίσεων σχετικά με την αιτιολόγηση της οικονομικής του προσφοράς και η διατύπωση ειδικά αιτιολογημένης κρίσης της αναθέτουσας

αρχής επί αυτού. Εν προκειμένω, σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στην παρούσα σκέψη, η Α.Ε.Π.Π δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή και να ασκήσει η ίδια το πρώτον την αρμοδιότητα αυτής, ήτοι *πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή* (βλ. μεταξύ άλλων ad hoc ΑΕΠΠ 349/2018 Εισηγήτρια Χ.Ζαράρη).

21. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

22. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή

23. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω πρέπει να επιστραφεί το παράβολο στον προσφεύγοντα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 1.04.2022 και εκδόθηκε στις 12.04.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Αικατερίνη Ζερβού

Ευαγγελία Πέτρου