

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της την 26^η Οκτωβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή (δυνάμει της υπ' αριθμ. 159/2021 Πράξης της Προέδρου ΑΕΠΠ) Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 18.10.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1968/19.10.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη....., οδός....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 280/4.10.2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του υπ' αριθμ. 2/27.09.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με την ανακήρυξη νέου προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2

Αριθμός απόφασης: Α 514/2021

του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 8.670 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό....., την από 18.10.2021 πληρωμή στην και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με το οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 1.733.870,97 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για το έργο «.....», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 2.150.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 28.05.2021 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 18.10.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 7.10.2021 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι 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 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 19.10.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού

Αριθμός απόφασης: Α 514/2021

τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2616/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 25.10.2021 στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

10. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και η «.....». Με την υπ' αριθμ. 161/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο προσφεύγων. Κατόπιν άσκησης της με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1350/2021 προδικαστικής προσφυγής από το δεύτερο σε σειρά μειοδοσίας οικονομικό φορέα «.....» κατά της υπ' αριθμ. 161/2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, η εν λόγω απόφαση ακυρώθηκε με την υπ' αριθμ. 1318/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ κατά το σκέλος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του προσφεύγοντος και αναπέμφθηκε η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να καλέσει τον προσφεύγοντα προς παροχή διευκρινίσεων κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016 λόγω μη συμπλήρωσης του ειδικού κύκλου εργασιών στο ΤΕΥΔ του. Σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 1350/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 204/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί κλήσης του προσφεύγοντος προς παροχή διευκρινίσεων και στη συνέχεια με την υπ' αριθμ. 205/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής η οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος χαρακτηρίστηκε ως ασυνήθιστα χαμηλή και κλήθηκε ο προσφεύγων να παράσχει τις σχετικές εξηγήσεις. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 2/27.09.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη της

Αριθμός απόφασης: Α 514/2021

προσφοράς του προσφεύγοντος διότι «... Α) ...η υποβληθείσα δια της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» απάντηση της εταιρείας την 15/09/2021 και ώρα 20:44:54 , τυγχάνει εκπρόθεσμη καθ' ότι υπεβλήθη μετά την 7ην μμ της τελευταίας ημέρας υποβολής. Β) Όλως επικουρικά ως προς το ζήτημα της επαρκούς αιτιολόγησης της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς της εταιρείας ως προς το έργο, λεκτέα τυγχάνουν τ' ακόλουθα: Σχετικά με την αιτιολόγηση της ΟΜΑΔΑΣ 1. ΧΩΜΑΤΟΥΡΓΙΚΑ, ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΥΔΑΤΩΝ, ΑΝΤΙΣΤΗΡΙΞΕΙΣ, ΕΡΓΑ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΚΟΙΤΗΣ ΚΑΙ ΠΡΑΝΩΝ, ΣΗΜΑΝΣΗ-ΑΣΦΑΛΙΣΗ, ο συμμετέχων παραθέτει τον ιδιόκτητο εξοπλισμό του, στον οποίο, όπως υποστηρίζει, οφείλει το συγκριτικό πλεονέκτημά του στην εκτέλεση των χωματοουργικών εργασιών, καθώς τα μόνα έξοδα του είναι η μεταφορά των μηχανημάτων, το καύσιμο κίνησης, η συντήρηση και η ασφάλεια. Όμως ουδέν από τα έξοδα αυτά περιλαμβάνεται στην κοστολόγηση της προσφοράς του. Περαιτέρω στον Πίνακα Ανάλυσης Κόστους Έργου οι εργασίες της συγκεκριμένης ομάδας εργασιών τεκμηριώνονται κυρίως από την προσφορά του τρίτου οικονομικού φορέα (ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΟΥ) κ....., καθώς η τιμή προσφοράς αξιολόγησης κάθε εργασίας ταυτίζεται με την τιμή προσφοράς της οικονομικής προσφοράς του κ..... . Η μοναδική συμμετοχή του ιδιόκτητου εξοπλισμού του συμμετέχοντα στην κοστολόγηση του έργου, έγκειται στην μεταφορά αμμού και των υλικών επίχωσης, όμως και σε αυτήν την περίπτωση το κόστος μεταφοράς δεν τεκμηριώνεται με στοιχεία κόστους (κατανάλωση καυσίμου, μισθοδοσία οδηγού, ασφάλεια οχήματος κλπ), παρά μόνο προσδιορίζεται αυθαίρετα στα 2,50€/ton. Στην τεκμηρίωση του κόστους της ΟΜΑΔΑΣ 2. ΚΑΤΑΣΚΕΥΕΣ ΑΠΟ ΣΚΥΡΟΔΕΜΑ, ΣΤΕΓΑΝΟΠΟΙΗΣΕΙΣ-ΑΡΜΟΙ, ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΕ ΕΡΓΑΣΙΕΣ, ΛΟΙΠΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ο συμμετέχων επαναλαμβάνει ότι οι εκσκαφές θα πραγματοποιηθούν από τον ιδιόκτητο εξοπλισμό του και επιπλέον δηλώνει ότι οι πάσης φύσεως οικοδομικές εργασίες θα εκτελεστούν από έμπειρο εργατοτεχνικό προσωπικό, το οποίο ανήκει στο εργατικό δυναμικό της εταιρείας του. Αντίθετα με τους ανωτέρω ισχυρισμούς στον Πίνακα Ανάλυσης Κόστους Έργου οι εργασίες της συγκεκριμένης ομάδας εργασιών τεκμηριώνονται αποκλειστικά από προσφορές τρίτων οικονομικών φορέων

Αριθμός απόφασης: Α 514/2021

(ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΩΝ) καθώς η τιμή προσφοράς αξιολόγησης κάθε εργασίας ταυτίζεται με την τιμή προσφοράς των οικονομικών προσφορών των κ.....,..... Στην τεκμηρίωση του κόστους της ΟΜΑΔΑ 3: ΜΕΤΑΛΛΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΚΑΙ ΚΑΤΑΣΚΕΥΕΣ, ΣΩΛΗΝΩΣΕΙΣ-ΔΙΚΤΥΑ, ΣΥΣΚΕΥΕΣ ΔΙΚΤΥΩΝ ο συμμετέχων ισχυρίζεται ότι διαθέτει έμπειρο εργατοτεχνικό προσωπικό, εξειδικευμένο σε υδραυλικά έργα αντίστοιχου μεγέθους. Παρόλα αυτά κανένα κόστος μισθοδοσίας τεχνικού προσωπικού δεν περιλαμβάνεται στον Πίνακα Ανάλυσης Κόστους Έργου, στον οποίο οι εργασίες της συγκεκριμένης ομάδας τεκμηριώνονται από τις τιμές της προσφοράς του προμηθευτή του....., και του υπεργολάβου κ..... . Επισημαίνουμε δε ότι η προσφορά της αφορά αποκλειστικά στην προμήθεια των υλικών, χωρίς καν την μεταφορά τους στον τόπο του έργου (πέραν των σωλήνων), ενώ στον Πίνακα Ανάλυσης Κόστους Έργου η τιμή προσφοράς αξιολόγησης δεν προβλέπει κανένα κόστος για την μεταφορά, την προετοιμασία και την εγκατάστασή τους στο έργο. Στην τεκμηρίωση του κόστους της ΟΜΑΔΑ 4. ΗΛΕΚΤΡΙΚΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ, ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΚΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΑ ο συμμετέχων επιβεβαιώνει ότι όλες οι εργασίες θα πραγματοποιηθούν από ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΟΥΣ και όχι από δικό του προσωπικό. Κατόπιν των ανωτέρω για την Επιτροπή Διαγωνισμού, συνάγεται ότι δεν εξηγείται ικανοποιητικά η ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της..... Και τούτο, προεχόντως διότι δεν φαίνεται να εξασφαλίζεται η συμμόρφωση στις εθνικές και κοινοτικές διατάξεις, περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου (παρ. 2 του αρ. 18, κατά την παρ. 2 του αρ. 88 του ν. 4412/2016), καθώς δεν προσκομίζει ούτε παραθέτει στοιχεία μισθολογικού κόστους των εργαζόμενων της ίδιας, ούτε και πολύ περισσότερο των υπεργολάβων, ούτε στοιχεία σχετικά με τη Συλλογική Σύμβαση Εργασίας, στην οποία υπάγονται αυτοί, για τη διαπίστωση της νομιμότητας των αποδοχών και των αντίστοιχων ασφαλιστικών εισφορών τους. Άλλωστε όταν ελέγχεται ως ασυνήθιστα χαμηλή μια προσφορά, εφόσον δηλώνεται ότι τμήμα ή τμήματα της σύμβασης θα ανατεθεί σε υπεργολάβο/ους, μεταξύ άλλων αξιολογούνται και τα στοιχεία της προσφοράς του υπεργολάβου προς τον υποψήφιο ανάδοχο, τουλάχιστον ως προς την τήρηση των υποχρεώσεων της

Αριθμός απόφασης: Α 514/2021

παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016. Περαιτέρω ούτε η εταιρεία ούτε κανένας υπεργολάβος της υπέβαλε οργανόγραμμα με τους κατά ειδικότητα και αριθμό εργαζόμενους που θα απασχοληθούν στο έργο. Έτσι, δεν μπορεί να ελεγχθεί αντικειμενικά το ύψος της οικονομικής προσφοράς σε σχέση με το αντικείμενο του έργου. Τα παραπάνω, μάλιστα, συντρέχουν και στο πρόσωπο των υπεργολάβων της, και ιδίως σε αυτούς, διότι μόνοι αυτοί σηκώνουν το κύριο βάρος του κόστους του έργου που πρόκειται να τους ανατεθεί, για τους οποίους όμως σχετικά με τις αμοιβές του προσωπικού τους, την προμήθεια των υλικών που θα εισφέρουν στο έργο, το κόστος μίσθωσης ή αγοράς του αναγκαίου για την εκτέλεση των εργασιών εξοπλισμού και εργαλείων, τα διοικητικά και λειτουργικά τους κόστη και το δικό τους εύλογο κέρδος, το οποίο πρέπει οπωσδήποτε να προκύπτει ότι καταλείπεται (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 1299/2009), καμία ειδική αναφορά δεν διαλαμβάνεται, ούτε στην προσφορά της....., ούτε στην αιτιολόγησή της. (ΑΕΠΠ 1160/2019) Επιπρόσθετα, οι εξηγήσεις που η παρείχε διευκρινίζουν μη επιτρεπώς την προσφορά της για την ανάληψη του έργου κατά τρόπο που εν τέλει τη διαφοροποιούν. Και τούτο διότι, στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε, στο Μέρος II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, στο κεφάλαιο Δ: Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, στην ερώτηση «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;» απάντησε «ΟΧΙ». Δήλωσε δηλαδή ότι θα εκτελέσει το έργο με ίδια μέσα και προσωπικό και όχι με μέσα και προσωπικό τρίτων. Αντίθετα, από τις εξηγήσεις που η εταιρεία παρείχε προκύπτει ότι το έργο θα εκτελεστεί κυρίως από τρίτους, στους οποίους θα μισθώσει τμήματα της εκτέλεσής του (υπεργολάβοι, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 681 επ. του Αστικού κώδικα, συνεπώς και του άρθρου 131 του ν. 4412/2016), επομένως οι εξηγήσεις αυτές δεν μπορούν να γίνουν δεκτές, διότι, εκτός του ότι είναι ανεπαρκείς και ελλιπείς, συνιστούν κατ' ουσίαν και μη νόμιμη...». Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό και

Αριθμός απόφασης: Α 514/2021

ανακηρύσσεται νέος προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας «.....».

11. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που απορρίπτεται η προσφορά του.

12. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως απορρίφθηκε η προσφορά του διότι η σχετική εκ μέρους του αιτιολόγηση υποβλήθηκε εμπροθέσμως. Περαιτέρω, η απόρριψη της προσφοράς του ως ασυνήθιστα χαμηλής παραβιάζει το δεδικασμένο της υπ' αριθμ. 1318/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ. Επίσης, ο προσφεύγων προβάλλει ότι με μη νόμιμη αιτιολογία η προσβαλλόμενη απόφαση απορρίπτει ως ασυνήθιστα χαμηλή την προσφορά του, για μόνο τον λόγο ότι το μέσο προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης αποκλίνει πέραν των δέκα ποσοστιαίων μονάδων του μέσου όρου των μέσων προσφερόμενων ποσοστών έκπτωσης στον υπ' όψιν διαγωνισμό. Πέραν των ανωτέρω, με πλημμελή αιτιολογία απορρίφθηκε η προσφορά του, ερειδόμενη σε σύγκριση με την έτερη μόνη αποδεκτή προσφορά, τα δε ειδικά κόστη και κονδύλια που αναφέρονται στην προσβαλλόμενη δεν είχαν προσδιοριστεί ρητώς, ειδικώς και σαφώς στην πρόσκληση την οποία απεύθυνε η αναθέτουσα αρχή προς αιτιολόγηση της οικονομικής του προσφοράς.

13. 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 2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και

εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'.[...]

14. Επειδή το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...]Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να μην αναθέσουν τη σύμβαση στον προσφέροντα που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά όταν έχουν διαπιστώσει ότι η προσφορά δεν τηρεί τις ισχύουσες υποχρεώσεις, όπως αυτές προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18».

15. 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. [...] 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.[...]

16. 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

Αριθμός απόφασης: Α 514/2021

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).

17. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

18. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

19. Επειδή το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης

Αριθμός απόφασης: Α 514/2021

προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

20. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «*Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας*». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και, ειδικότερα, η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

21. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού

Αριθμός απόφασης: Α 514/2021

μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

22. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση περί της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής απαιτείται έρευνα και μελέτη των στοιχείων του φακέλου βάσει των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας.

23. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

24. Επειδή ο προσφεύγων δεν διαλαμβάνει ειδικούς ισχυρισμούς και δεν επικαλείται συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά που να αποδεικνύουν την βλάβη του από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία εν προκειμένω ευρίσκεται σε τελικό στάδιο καθώς έχει πραγματοποιηθεί το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών και έχει ανακηρυχθεί ο προσωρινός μειοδότης.

25. Επειδή, εξάλλου ο χρόνος για την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής δεν είναι ούτε αόριστος ούτε μακρύς. Επομένως, η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο του

Αριθμός απόφασης: Α 514/2021

αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία περάτωση αυτής.

26. Επειδή, στο παρόν στάδιο δεν υφίσταται βλάβη του προσφεύγοντος, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτού από την συνέχιση της διαδικασίας η οποία ευρίσκεται σε τελικό στάδιο, ούτε η επικαλούμενη ζημία του από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, γιατί δεν έχει καταστεί οριστική, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής του και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτού για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. (βλ. ΑΕΠΠ Α75/2017, Α97/2017, Α16/2018, Α29/2018).

27. Επειδή από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη μη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

28. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση

29. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής–προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος.

Αριθμός απόφασης: Α 514/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Οκτωβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 27 Οκτωβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ