

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18 Νοεμβρίου 2022, με την εξής σύνθεση : Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Για να εξετάσει την με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1433/12.10.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «... ...» εφ' εξής (η αναθέτουσα Αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την εξεταζόμενη προσφυγή επιδιώκεται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 1264/2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας Αρχής, με την οποία ακυρώθηκε η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας, για την διαγωνιστική διαδικασία «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΤΑ ΤΜΗΜΑΤΑκαι αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας «... ...», με προσφορά 294.020,05 € (χωρίς Φ.Π.Α.) και μέση τεκμαρτή έκπτωση 39.24%, επί τω τέλει και εφ' όσον η προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» ακυρωθεί, όπως αναδειχθεί η προσφεύγουσα προσωρινός ανάδοχος του εν λόγω έργου.

Αφού άκουσε τον εισηγητή

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της παρούσας καταβλήθηκε το οφειλόμενο παράβολο ποσού 2.420,00 Ευρώ (βλ. προσκομιζόμενα το με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο, εκτύπωση οθόνης από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) του Υπουργείου Οικονομικών, στην οποία το ως άνω παράβολο εμφανίζεται με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», και εκτύπωση οθόνης από το ηλεκτρονικό σύστημα της

οικείας Τράπεζας, στην οποία εμφανίζεται η πληρωμή του παραπάνω παραβόλου).

2. Επειδή, η προσφυγή, εν όψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα είναι εργοληπτική επιχείρηση, εγγεγραμμένη στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.Ε.Π. με αριθμό ...), στην 2^η τάξη για τα έργα Οδοποιίας, στην 2^η τάξη για τα Οικοδομικά έργα, στην 2^η τάξη για τα Υδραυλικά έργα, στην Α1 τάξη για τα λιμενικά έργα, στην 1^η τάξη για τα Ηλεκτρομηχανολογικά έργα και στην 1^η για τα Βιομηχανικά - Ενεργειακά Έργα, στη 1^η τάξη για έργα αποκαλύψεων μεταλλείων, στην 1^η τάξη για έργα γεωτρήσεων και δραστηριοποιείται στον χώρο των Δημοσίων και Ιδιωτικών έργων. Το επίδικο έργο δημοπρατήθηκε με ανοικτή διαδικασία, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), έλαβε μοναδικό αριθμό ΑΔΑΜ: ... 2022-06-10 και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (Δημόσια Έργα), όπου έλαβε α/α συστήματος: Στο πλαίσιο του εν λόγω διαγωνισμού, η προσφεύγουσα υπέβαλε την οικονομική της προσφορά στις 12-07-2022, με μέση έκπτωση 46,89%. Εν συνεχεία και μετά τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 977/2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της, με την οποία αποφασίστηκε η εξουσιοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού να προχωρήσει στα οριζόμενα από το αρ. 88 του Ν. 4412/16, όπως ισχύει, ήτοι να καλέσει για τεκμηριωμένες εξηγήσεις τους οικονομικούς φορείς, που η προσφορές τους τεκμαίρονται ως ασυνήθιστα χαμηλές, προκειμένου να κλείσει το πρακτικό Ι του διαγωνισμού, σύμφωνα με όσα αναφέρονται στο σκεπτικό της τελευταίας. Η οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας ξεπέρασε, για ποσοστό 3,48%, τις 10 ποσοστιαίες μονάδες

από το μέσο όρο του συνόλου των προσφερόμενων προσφορών ($M0\% + 10\% = 43,41\%$) και σύμφωνα με το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 αλλά και το αρ. 4.1. της διακήρυξης, της απεστάλη, μέσω της εφαρμογής «Επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., το με αριθμ. πρωτ: 229992/02-08-2022 έγγραφο με θέμα: Αιτιολόγηση ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών του έργου «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΤΑ ΤΜΗΜΑΤΑ ... ΟΔΟΥ ... - ... - ... - ...», προκειμένου, να υποβάλει, εντός προθεσμίας είκοσι (20) ημερών, πλήρως αιτιολογημένη εξήγηση του κόστους της προσφοράς της, αναφερόμενη ιδίως στα όσα προβλέπονται στο αρ. 88.2. του Ν. 4412/2016. Κατόπιν τούτου, η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 10-08-2022, μέσω της εφαρμογής «Επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την αιτιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς. Εν συνεχεία, η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε στις 5-10-2022, μέσω της εφαρμογής «Επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την υπ' αριθμ. 1264/2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της, με την οποία αποφασίστηκε *«Η ακύρωση των προσφορών για το διαγωνισμό του έργου: «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΤΑ ΤΜΗΜΑΤΑ ... ΟΔΟΥ ... - ... - ... - ...», των οικονομικών φορέων: α) ... - 51,06% και β) ... - 46,98%, καθώς οι προσφορές τους τεκμαίρονται ως ασυνήθιστα χαμηλές και η Επιτροπή δεν πείστηκε από αμφότερες τις υποβληθείσες αιτιολογήσεις. Η έγκριση του από 16/9/2022 Πρακτικό Ι, του διαγωνισμού του έργου: «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΤΑ ΤΜΗΜΑΤΑ ... ΟΔΟΥ ...-...-...- ...». Ο ορισμός του οικονομικού φορέα, ως προσωρινού αναδόχου, με προσφορά 294.020,05€ (χωρίς Φ.Π.Α.) και μέση τεκμαρτή έκπτωση 39,24%»*. Η οικονομική επιτροπή της επικύρωσε την πρόταση της Επιτροπής Διαγωνισμού και απέρριψε την οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής επί τω τέλει ανάληψης της επίμαχης σύμβασης.

5. Επειδή, η από 12/10/2022 υπό κρίση προσφυγή ασκείται εμπρόθεσμα, καθ' ότι η προσβαλλόμενη πράξη της κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικώς στο ΕΣΗΔΗΣ στις 05.10.2022.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι «Η εταιρεία μας υπέβαλε την οικονομική της προσφορά στις 05-07-2022, στηριζόμενη σε υφιστάμενα οικονομικά και τεχνικά δεδομένα, κατά τη χρονική στιγμή υποβολής της προσφοράς. Είναι προφανές από το ίδιο το γράμμα και το σκοπό της διάταξης για την αιτιολόγηση των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ότι ο οικονομικός φορέας καλείται να αιτιολογήσει την προσφορά του, βασιζόμενος στα δεδομένα που έλαβε υπ' όψιν του κατά την σύνταξή της και όχι κατά τη χρονική στιγμή της πρόσκλησης του από την αναθέτουσα αρχή, χρόνος κατά τον οποίο, τα αρχικά δεδομένα δύνανται να έχουν μεταβληθεί. Συγκεκριμένα κατά την ημέρα υποβολής της οικονομικής μας προσφοράς, η τιμή της ασφάλτου ανά τόνο, είχε διαμορφωθεί στο ποσόν των € 574,770, προ φόρων, τελών και Φ.Π.Α, σύμφωνα με τις επίσημες τιμές διυλιστηρίου της Γενικής γραμματείας εμπορίου και προστασίας του καταναλωτή. Ομοίως, στις 05-07-2022 είχε ήδη εκδοθεί η υπ' αριθμ. 166653/2-06-2022 απόφαση του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, που δημοσιεύθηκε στην εφημερίδα της Κυβέρνησης, ΦΕΚ 2735/Β/02-06-2022, περί καθορισμού συντελεστών αναθεώρησης τιμών δημοσίων έργων Δ' Τριμήνου 2021, σύμφωνα με την παρ. 23 του άρθρου 153 του ν. 4412/2016. Βάσει του Α.3 της προαναφερόμενης υπουργικής απόφασης, ορίστηκε ότι: «αποφασίζουμε...: Οι συντελεστές αναθεώρησης του Δ' τριμήνου να ισχύουν ως προσωρινοί συντελεστές για τα επόμενα αναθεωρητικά τρίμηνα, μέχρι την έκδοση οριστικών συντελεστών αναθεώρησης». Κατά το χρόνο επομένως της υποβολής της οικονομικής μας προσφοράς, μπορούσαν να εφαρμοστούν οι συντελεστές αναθεώρησης του Δ' τριμήνου του 2021 και στις εργασίες του υπό κρίση έργου, τις οποίες και υπολογίσαμε στο ενσωματωμένο στην οικονομική μας προσφορά πίνακα με τίτλο: «ΠΙΝΑΚΑΣ ΕΚΤΙΜΩΜΕΝΗΣ ΔΑΠΑΝΗΣ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗΣ Δ' ΤΡΙΜ. 2022 (ΜΕ ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΕΣ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗΣ Δ' ΤΡΙΜ. 2021). Σημειωτέον, ότι μέχρι σήμερα δεν έχει αλλάξει τίποτα, αναφορικά με το εν λόγω ζήτημα. Έτι περαιτέρω και αναφορικά με το ποσόν των 60.000 ευρώ, ως προσδοκώμενο όφελος της εταιρείας μας, τονίσαμε ότι δεν έχει ληφθεί υπ' όψιν στην διαμόρφωση της προσφοράς μας, παρά το γεγονός ότι ήδη από τις 6 Ιουνίου 2022 εκδόθηκε υπ' αριθμ. 4938/2022 νόμος,

όπου στο Α.152 προβλέπεται η απολογιστική πληρωμή της ασφάλτου. Γίνεται επομένως αντιληπτό ότι η εταιρεία μας, βασίστηκε για την διαμόρφωση της προσφοράς της, σε δεδομένα που υφίσταντο κατά το χρόνο υποβολής αυτής και όχι σε αμφίβολα κονδύλια και μη εγγυημένα λογιστικά μεγέθη, όπως αναληθώς ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή. Αντιθέτως η αιτιολογία για την απόρριψη της οικονομικής μας προσφοράς, στηρίζεται όλως παρανόμως σε υποθέσεις και αντιφατικές παραδοχές και επ' ουδενί λόγω δεν είναι σαφής, ειδική και επαρκής για την δήθεν συναγωγή του συμπεράσματος ότι η προσφορά μας δεν είναι ικανοποιητική. Από τη γραμματική διατύπωση της αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής δεν προκύπτει με σαφήνεια ποια είναι εν συνόλω τα αμφίβολα κονδύλια και τα μη εγγυημένα οικονομικά μεγέθη, ένεκα των οποίων η προσφορά μας δεν είναι ικανοποιητική. Αυτό διότι η αναθέτουσα αρχή κατά την διατύπωση της αιτιολογίας της, ξεκινάει από την γενικόλογη παραδοχή της επίκλησης των αμφίβολων κονδυλίων και όχι λογιστικά εγγυημένων μεγεθών και συνεχίζει με δύο παραδείγματα (κονδύλιο αναθεώρησης και ασφαλτος), χωρίς να εξαντλεί στην αιτιολογία της, τους λόγους απόρριψης της οικονομικής μας προσφοράς. Άλλως, δεν προκύπτει με σαφήνεια, αν υπήρξαν και άλλα δήθεν αμφίβολα ποσά και μη λογιστικά εγγυημένα μεγέθη, στα οποία στηρίχθηκε η αναθέτουσα αρχή. Επομένως δεν εξειδικεύονται πλήρως οι λόγοι απόρριψης της προσφοράς μας, αφού από την γραμματική διατύπωση της αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής, αφήνεται ευρύ περιθώριο αμφιβολίας για το αν υπήρχαν ή όχι και άλλοι λόγοι (άλλα αμφίβολα κονδύλια και μη εγγυημένα λογιστικά μεγέθη), που οδήγησαν στην απόρριψή μας. Πέραν τούτου, η αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής δεν είναι επαρκής. Τούτο δε προεχόντως, διότι η τελευταία στηρίζεται αποκλειστικά, στην υποθετική εκδοχή, ότι το κονδύλιο της αναθεώρησης είναι ιδιαίτερα αμφίβολο αν θα υπάρξει δεδομένης της συνεχούς μείωσης των τιμών του πετρελαίου διεθνώς από την δημοπράτηση του έργου και δεν βασίζει τη κρίση της στα πραγματικά δεδομένα που ίσχυαν κατά τη χρονική στιγμή της υποβολής της προσφοράς μας. Ενώ δηλαδή η ίδια η αναθέτουσα αρχή μας ψέγει, ισχυριζόμενη, ότι στηριχθήκαμε σε αμφίβολα κονδύλια, είναι η ίδια που στηρίζεται σε υποθέσεις και όχι σε υφιστάμενα δεδομένα, ισχύοντα κατά την

υποβολή της προσφοράς μας. Κατά αυτόν τρόπο η εν λόγω αιτιολογία παραβαίνει την αρχή της ασφάλειας του δικαίου και της προστατευόμενης εμπιστοσύνης, που απορρέουν από την αρχή του κράτους δικαίου. Οι διοικούμενος δηλαδή και εν προκειμένω ο οικονομικός φορέας προσβλέπει, ότι η περίπτωση του θα εξεταστεί με βάση τα νομικά και πραγματικά δεδομένα του χρόνου υποβολής της προσφοράς του και όχι με βάση υποθετικά σενάρια, τα οποία σαφώς δεν μπορούν να εξασφαλίσουν την απαιτούμενη εμπιστοσύνη, που απαιτείται στις συναλλαγές με τη Διοίκηση. Αν ήθελε γίνει δεκτό, ότι οι αναθέτουσες αρχές στήριζαν τις αποφάσεις τους σε υποθετικούς συλλογισμούς, πόσο μάλλον στον χώρο των δημόσιων έργων που εκ της κοινής πείρας και λογικής, τα δεδομένα αλλάζουν με ταχύτατους ρυθμούς, κανένας εργολάβος δεν μπορούσε μια ασφάλεια να επιχειρήσει. Θα ήταν δε πέραν πάσης λογικής και αντίθετο στην αρχή «Ουδείς υποχρεούται στα αδύνατα», η έμμεση εν προκειμένω απαίτηση της αναθέτουσας αρχής, να γνωρίζει ο οικονομικός φορέας κατά τι τρόπο τα μελλούμενα στο πεδίο των δημοσίων έργων. Τέλος, η αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής είναι όλως αντιφατική. Αφενός δηλαδή η αναθέτουσα αρχή βασίζεται στην υποθετική παραδοχή, ότι οι τιμές του πετρελαίου μειώνονται διεθνώς από τη δημοπράτηση του έργου και μετά, για να στοιχειοθετήσει την δήθεν αμφίβολη αναθεώρηση των τιμών, αφετέρου δεν λαμβάνει καθόλου υπ' όψιν της την ίδια αυτή παραδοχή, για τη συνολική κοστολόγηση του έργου, η οποία στηρίχθηκε ως ήταν εύλογο, στις αυξημένες τιμές της ασφάλτου κατά την καταληκτική ημέρα υποβολής των προσφορών (05-07-2022) (βλ. πίνακα ΙΙΙ - κόστος παραγωγής υλικών με τιμή ασφάλτου ανά τόνο - συμπεριλαμβανομένων των μεταφορικών, €607,61 και τιμή € 574,36 ανά τόνο, προ φόρων, τελών και Φ.Π.Α, σύμφωνα με τις επίσημες τιμές διυλιστηρίου της γενικής γραμματείας εμπορίου και προστασίας του καταναλωτή και όχι στην μειωμένη τιμή της ασφάλτου κατά το χρόνο αιτιολόγησης της προσφοράς της εταιρείας μας (Στις 10-08-2022 η τιμή της ασφάλτου είχε διαμορφωθεί στο ποσόν των €493,715 ανά τόνο, προ φόρων, τελών και Φ.Π.Α, σύμφωνα με τις επίσημες τιμές διυλιστηρίου της γενικής γραμματείας εμπορίου και προστασίας του καταναλωτή. Εν ολίγοις, αν η εταιρεία μας αιτιολογούσε τη προσφορά με

βάση τα δεδομένα του χρόνου αιτιολόγησης και λαμβάνοντας υπ' όψιν της τη μειωμένη τιμή της ασφάλτου τότε, θα παρουσίαζε κέρδος ανεξαρτήτως του θεσμού της αναθεώρησης των τιμών του αρ. 153 του Ν. 4412/2016. Όμως είτε θα ισχύει η παραδοχή, ότι θα μειωθεί το κόστος του πετρελαίου και θα επηρεάσει όλο το έργο, είτε δεν θα ισχύει καθόλου. Αν επομένως η αναθέτουσα αρχή δεχθεί ότι η τιμή της ασφάλτου θα μειωθεί και ήδη μειώνεται, γεγονός που θα επηρεάσει την αναθεώρηση των τιμών, θα πρέπει να δεχθεί το ίδιο και για την συνολική μείωση του κόστους του έργου. Τέλος η αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής στηρίχθηκε κατά το ήμισυ για την απόρριψη της προσφοράς μας, στην αξιολόγηση του προσδοκώμενου κέρδους περί απολογιστικής αποζημίωσης της ασφάλτου, το οποίο ωστόσο όπως τονίσαμε δεν ελήφθησαν υπόψη για την αιτιολόγηση της προσφοράς μας. Αντιθέτως και αυθαιρέτως η αναθέτουσα αρχή το έλαβε υπ' όψιν της για να μας απορρίψει. Συνοψίζοντας, η αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής περί απόρριψης της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας μας, πάσχει νομιμότητας, είναι άλλως πλήρως αντιφατική και εν συνόλω ανεπαρκής. Και αυτό διότι βασίζεται μόνο σε υποθετικούς συλλογισμούς, οι οποίοι είναι όλως αντιφατικοί και επ' ουδενί λόγο δεν επαρκούν για την νόμιμη αιτιολόγηση της απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας μας. Εκ του αρ. 88 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η διακριτική ευχέρεια της απόρριψης ή της αποδοχής της αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα, με κριτήριο την αόριστη αξιολογική έννοια της ικανοποιητικής ή όχι εξήγησης της προσφοράς. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή δεν θεώρησε την αιτιολόγησης μας ικανοποιητική, βασιζόμενη στην υποθετική παραδοχή, ότι το κονδύλιο της αναθεώρησης των τιμών είναι αμφίβολο και ότι δεν έχει τεκμηριωθεί το ποσόν των 60.000 ευρώ, της δαπάνης της ασφάλτου. Για το δεύτερο σκέλος της απόρριψης που αφορά στην ασφαλτο, όπως ήδη αναφέραμε, αυτό δεν υπολογίστηκε στην διαμόρφωση της προσφοράς μας (βλ. σελ. 3 της αιτιολόγησής μας) και άρα αυθαιρέτως το χρησιμοποιεί η αναθέτουσα αρχή προς υποστήριξη της απόρριψης της τελευταίας. Για το σκέλος ωστόσο της αναθεώρησης λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Η αναθέτουσα αρχή υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας,

προβαίνοντας σε αξιολογικές κρίσεις και υποκαθιστώντας την δυνατότητα της εταιρείας μας, να διαμορφώνει στο πλαίσιο της ελεύθερης προσφοράς το κέρδος της ως επιθυμεί, αναλαμβάνοντας η ίδια τους τυχόν επιχειρηματικούς κινδύνους. (ΑΕΠΠ 59/2020 σκ. 54) Η εταιρεία μας εύλογα προσέβλεψε κατά την υποβολή της προσφοράς της στο κέρδος της, προερχόμενο από την αναθεώρηση των τιμών, βάσει της υπ' αριθμ. 166653/2-06-2022 απόφασης του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, που δημοσιεύθηκε στην εφημερίδα της Κυβέρνησης, ΦΕΚ 2735/Β/2-06-2022, περί καθορισμού συντελεστών αναθεώρησης τιμών δημοσίων έργων Δ' Τριμήνου 2021, σύμφωνα με την παρ. 23 του άρθρου 153 του ν. 4412/2016. Αιτιολόγησε δε πλήρως το κέρδος αυτό, αναλύοντας στην οικονομικής της προσφορά, το πώς κατέληξε στο ποσόν αυτό. Εισέφερε επομένως ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, μια πλήρως ικανοποιητική αιτιολόγηση, πλήρως επεξηγηματική και συμβατή με τις επιταγές τόσο του Α. 88 παρ. 2 α-στ' του Ν. 4412/2016, όσο και του αρ. 26 παρ. 3 & 4 του Ν. 4412/2016. Η επιλογή της εταιρείας μας να βασίσει στο κέρδος της σε ένα αναγκαστικού δικαίου θεσμό, όπως αυτός της αναθεώρησης των τιμών του αρ. 153 του Ν. 4412/2016, έγκειται στην σφαίρα της επιχειρηματικής της ελευθερίας και στην διαμόρφωση του επιχειρηματικού της κινδύνου, οι οποίοι δεν μπορούν να αποτελούν παράγοντες αξιολόγησης και κρίσης της αναθέτουσας αρχής, εφόσον είναι πλήρως αιτιολογημένοι. Εξάλλου, εφόσον τα προσδιοριστικά στοιχεία που επιδρούν στη διαμόρφωση του ύψους του εργολαβικού κέρδους δεν ορίζονται στο οικείο νομοθετικό πλαίσιο, ο καθορισμός του ανάγεται στην ευχέρεια του κάθε διαγωνιζόμενου να οργανώνει κατά τρόπο θεμιτό την άσκηση της επιχειρηματικής του δραστηριότητας, σχετίζεται δε με τη δυναμικότητα της επιχείρησής του, το βάρος του επιχειρηματικού του κινδύνου και τις επιχειρηματικές προσδοκίες του κατά τον κρίσιμο, κατά περίπτωση, χρόνο. (βλ. ΔΕφΑθ 86/2019, ΔΕφΑθ 312/2015, 795/2012 και ΕΑ ΣτΕ 105/2015, 263/2011, 139/2011). Κατά αυτόν τον τρόπο η αναθέτουσα αρχή, υπερέβη τα όρια της διακριτικής της ευχέρειας, παραβαίνοντας την διάταξη του αρ. 88 του Ν. 4412/2016 και επομένως η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα. 3) Παράβαση του αρ. 88 παρ. 3 εδ' α και β του Ν. 4412/2016 και αρ. 4.1. της διακήρυξης: Εν

προκειμένω η επιτροπή διαγωνισμού με το υπ' αριθμ. πρωτ. 229992/2-08-2022 έγγραφό της, προσκάλεσε μεταξύ άλλων την εταιρεία μας, να εξηγήσει το κόστος της προσφοράς της, αναφερόμενη γενικώς στα όσα προβλέπονται στο αρ. 88.2 (α' ως και στ') του Ν. 4412/2016. Η αναθέτουσα αρχή επομένως διατύπωσε ένα εντελώς γενικόλογο αίτημα προς αιτιολόγηση της προσφοράς μας, χωρίς καμιά απολύτως εξειδίκευση. Η εταιρεία μας απάντησε στην εν λόγω πρόσκληση με την από 10-08-2022 αιτιολόγηση της προσφοράς της, αναφερόμενη στο σύνολο αυτής, μη γνωρίζοντας ωστόσο και ελλείπει συγκεκριμένης αναφοράς στην κλήση, τα συγκεκριμένα σημεία της προσφοράς μας, που η αναθέτουσα αρχή θεώρησε ύποπτα, ως ασυνήθιστα προκειμένου να παράσχει πιο «ικανοποιητικές» κατά τη τελευταία εξηγήσεις. Η επιτροπή Διαγωνισμού δεν πείστηκε από τις παρεχόμενες από εμάς αιτιολόγηση. Δια αυτού του λόγου απέρριψε και την προσφορά μας, χωρίς να προβεί σε καμιά προηγούμενη συνεννόηση με την εταιρεία μας. Η αναθέτουσα αρχή όφειλε ωστόσο για την εκτίμηση της λυσιτέλειας των παρασχεθεισών εξηγήσεων, να προβεί σε ένα γόνιμο και εποικοδομητικό διάλογο με την εταιρεία μας και να έλθει σε συνεννόηση με την τελευταία, που σκοπό θα είχε, αφενός να αποτραπούν οι αυθαίρετες κρίσεις της αναθέτουσας αρχής, αφετέρου να διασφαλιστεί ο πραγματικός ανταγωνισμός μεταξύ των διαγωνιζομένων. Η εταιρεία μας ωστόσο δεν κλήθηκε κατά τα ως άνω, εκ νέου - μετά και από εκτίμηση των απαντήσεων που δόθηκαν στο μεταξύ - με νέα και συγκεκριμένη πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, να αιτιολογήσει τα σημεία της προσφοράς της που εξακολουθούν να της προκαλούν αμφιβολίες (βλ. αντίστοιχα ΑΕΠΠ 124/2022). Η υποχρέωση αυτής της αναθέτουσας αρχής καθίσταται ακόμη πιο ουσιώδης, δεδομένου ότι στο αίτημα μας προς αιτιολόγηση της προσφοράς μας, η τελευταία δεν εξειδίκευσε στο ελάχιστο τις επιμέρους κατηγορίες της προσφοράς μας, για τις οποίες επιθυμούσε αιτιολόγηση. Επομένως και ενόψει του γεγονότος ότι, σε κάθε περίπτωση δεν ζητήθηκαν επιπλέον διευκρινίσεις, κατά ως άνω, καθώς η αναθέτουσα αρχή δεν πείστηκε και εξακολουθούσε να διατηρεί αμφιβολίες ως προς τα στοιχεία της προσφοράς της εταιρείας μας, η απόρριψη της τελευταίας με την αιτιολογία που περιλαμβάνεται στην προσβαλλόμενη σε κάθε περίπτωση δεν

είναι νόμιμη. Αποτελεί τέλος αντίφαση, αφενός η επιτροπή διαγωνισμού να μην πείθεται από την αιτιολόγησή μας, αφετέρου να μη προβαίνει σε καμιά επικοινωνία με την εταιρεία μας, ως ο νόμος ορίζει, για την παροχή περαιτέρω εξηγήσεων, ως προς την αιτιολόγηση του κόστους της προσφοράς μας. 4) Παράβαση του αρ. 18 του ν. 4412/2016. Συμπερασματικά, προκύπτει εκ των όσων αναφέραμε, ότι η αναθέτουσα αρχή προβαίνοντας σε μια πλήρως αυθαίρετη κρίση επί της αιτιολόγησης της προσφοράς μας, βασιζόμενη σε υποθέσεις και όχι σε γεγονότα, χωρίς ασφάλεια δικαίου, πράττοντας κατά παράβαση της διακριτικής της ευχέρειας ως προς την κρίση της προσφοράς μας, έδρασε κατά παράβαση τόσο της αρχής του υγιούς και θεμιτού ανταγωνισμού, όσο και της αρχής της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος και αυτής της αναλογικότητας. Τούτων διότι, αποκλείοντας παρά τω νόμω και τη διακήρυξη την οικονομική μας προσφορά, η οποία ήταν κατά 70.552,15 ευρώ χαμηλότερη από αυτήν του προσωρινού αναδόχου, έβαλε κατά του δημοσίου συμφέροντος και της εξοικονόμησης των δημοσίων δαπανών. Βεβαίως και η χαμηλότερη τιμή προσφοράς, μη συνεκτιμημένων των λοιπών προϋποθέσεων, δεν θα μπορούσε να είναι άνευ ετέρου αποδεκτή, ωστόσο ο μη νόμιμος αποκλεισμός του οικονομικού φορέα που υπέβαλε χαμηλότερη οικονομική προσφορά, έναντι του τελικώς κατακυρωθέντα, συνιστά ευθύ πλήγμα κατά του δημοσίου συμφέροντος, το οποίο μεταξύ άλλων επιτάσσει την κατά το ελάχιστον οικονομική επιβάρυνση του δημοσίου. Τέλος η εν λόγω απόφαση αντίκειται και στην αρχή της αναλογικότητας, η οποία επιβάλλει την λήψη αναγκαίων, πρόσφορων και ανάλογων μέτρων εν σχέσει με τον επιδιωκόμενο κάθε φορά σκοπό. Η άνευ προηγούμενης συζήτησης και συνεννόησης, απόρριψη της οικονομικής μας προσφοράς, η οποία διέθετε τα εχέγγυα της έντεχνης και ασφαλούς εκτέλεσης του έργου, σε χαμηλότερη μάλιστα τιμή από την κατακυρωθείσα, βάλλει κατά της αρχής της αναλογικότητας, αφού το ληφθέν μέτρο (ήτοι η απόρριψη της προσφοράς μας), χωρίς προηγούμενο διάλογο με την αναθέτουσα αρχή, είναι δυσανάλογο με τον σκοπό της τελευταίας, ήτοι σύμφωνα με το αρ.88 του Ν. 4412/2016, η εξέταση της σοβαρότητας της

εκάστοτε οικονομικής προσφοράς και η εξασφάλιση όλων των ανωτέρω αρχών που διέπουν τα δημόσια έργα».

7. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή με τις από 25/10/2022 απόψεις της υποστηρίζει, ότι «Η αιτιολόγηση της προσφεύγουσας παρουσιάζει κέρδος λαμβάνοντας υπ' όψη της κονδύλια τα οποία δεν είναι εγγυημένα και υπάρχει πιθανότητα να μην αποδώσουν κατά τις προσδοκίες του οικονομικού φορέα όπως έχει ήδη περιγραφεί αναλυτικότερα στο πρακτικό αξιολόγησης της παρούσας Επιτροπής. Σύμφωνα με τη νομοθεσία η Επιτροπή αξιολογεί την αιτιολόγηση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς σε «...συνεννόηση με τον οικονομικό φορέα». Αυτό σε καμία περίπτωση δεν σημαίνει πως χωρεί διαπραγμάτευση μεταξύ της Επιτροπής και του οικονομικού φορέα. Αντιθέτως σημαίνει την μεταξύ Επιτροπής και οικονομικού φορέα έγγραφη αλληλογραφία που ούτως ή άλλως έχει γίνει. Η Επιτροπή αξιολογεί αυτοβούλως χωρίς καμία έξωθεν επιρροή. Επομένως αδίκως ο οικονομικός κατηγορεί την Επιτροπή ότι παρέβη το νόμο και υπερέβη άκρων ορίων διακριτικής ευχέρειας. Άλλωστε πουθενά στο αρ. 88 του Ν.4412/16 δεν αναφέρεται η έννοια «διακριτική ευχέρεια» που επικαλείται ο οικονομικός φορέας ως προς την αποδοχή ή απόρριψη αιτιολογήσεων». Επ' αυτών παραδεκτώς κατατέθηκε το από 31/10/2022 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

8. Επειδή, στη συνέχεια σύμφωνα με το αρ. 88 του Ν. 4412/2016, «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. Αν οικονομικός φορέας δεν ανταποκριθεί στη σχετική πρόσκληση της 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. 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 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. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18. 4. Εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει ότι μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή λόγω χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, η προσφορά μπορεί να απορρίπτεται αποκλειστικά για αυτό τον λόγο, μόνο μετά από διαβούλευση με τον προσφέροντα και εφόσον αυτός δεν είναι σε θέση να αποδείξει, εντός επαρκούς προθεσμίας, την οποία ορίζει η αναθέτουσα αρχή, ότι η εν λόγω ενίσχυση είναι σύμφωνη με την εσωτερική αγορά κατά την έννοια του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ. Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει προσφορά υπό τις συνθήκες αυτές, ενημερώνει σχετικώς την Επιτροπή. 5. Εφόσον ζητηθεί, η ΕΑΔΗΣΥ θέτει στη διάθεση άλλων κρατών μελών, στο πλαίσιο διοικητικής συνεργασίας, κάθε πληροφορία που η Ελλάδα έχει στη διάθεσή της, όπως νόμους, κανονισμούς, συλλογικές συμβάσεις καθολικής ισχύος ή εθνικά τεχνικά πρότυπα σχετικά με τα δικαιολογητικά και τα έγγραφα που προσκομίζονται ως προς τις λεπτομέρειες που αναφέρονται στην παρ. 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».

9. Επειδή, όπως έχει δεχθεί το ΔΕΕ, που κλήθηκε να ερμηνεύσει διατάξεις προϊσχυουσών Οδηγιών (αρ. 30, παρ. 4 της Οδηγία. 93/37, 55 της Οδηγίας 2004/18), αντίστοιχες προς τις διατάξεις του αρ. 69 της Οδηγίας 2014/24 και του αρ. 88 του Ν. 4412/2016, οι διατάξεις αυτές έχουν «επιτακτικό χαρακτήρα», επιβάλλουν δε στις αναθέτουσες Αρχές να εξακριβώνουν τη σύνθεση των προσφορών, που είναι ασυνήθιστα χαμηλές, και τις υποχρεώνουν να ζητούν από τους διαγωνιζομένους, οι οποίοι υποβάλλουν τέτοιες προσφορές, να προσκομίζουν τα αναγκαία δικαιολογητικά στοιχεία, για να αποδείξουν ότι οι προσφορές τους είναι σοβαρές, στο πλαίσιο δε αυτό απαιτείται να διασφαλίζεται πραγματικός «κατ' αντιπαράθεση» διάλογος, ο οποίος διεξάγεται σε κατάλληλο χρονικό σημείο, διαρκούσης της διαδικασίας εξετάσεως των προσφορών, μεταξύ της αναθέτουσας Αρχής και του μετέχοντος στη διαδικασία οικονομικού φορέα, ώστε να δίνεται στον τελευταίο η δυνατότητα να αποδείξει ότι η προσφορά του είναι σοβαρή, να αποτρέπονται αυθαίρετες εκτιμήσεις της αναθέτουσας Αρχής και να διασφαλίζεται ο υγιής ανταγωνισμός ανάμεσα στις επιχειρήσεις. Προκειμένου να επιτευχθεί η απαραίτητη αποτελεσματικότητα των ως άνω διατάξεων, η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να διατυπώνει με σαφήνεια το απευθυνόμενο στους διαγωνιζομένους αίτημα, ώστε αυτοί να είναι σε θέση να αποδείξουν κατά τρόπο πλήρη και λυσιτελή τη σοβαρότητα των προσφορών τους. Όπως ειδικότερα έχει δεχθεί το ΔΕΕ, «είναι σημαντικό κάθε υποψήφιος για τον οποίο υπάρχει υπόνοια ότι υπέβαλε προσφορά ασυνήθιστα χαμηλή να προβάλει λυσιτελώς την άποψή του ως προς

το σημείο αυτό και να έχει τη δυνατότητα να προσκομίσει κάθε είδους δικαιολογητικό σχετικά με τα διάφορα στοιχεία της προσφοράς του σε χρόνο – τοποθετούμενο κατ’ ανάγκη μετά από το άνοιγμα το συνόλου των φακέλων- κατά τον οποίο να γνωρίζει όχι μόνο το κατώφλι ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς [εφόσον προβλέπεται τέτοιο στη συγκεκριμένη διαδικασία αναθέσεως] και το γεγονός ότι, σε σχέση με το εν λόγω κατώφλι, η προσφορά του είναι ασυνήθιστα χαμηλή, αλλά επίσης και τα συγκεκριμένα σημεία που δημιούργησαν ερωτηματικά στην αναθέτουσα αρχή». Το ΔΕΕ έκρινε, επίσης, ότι κατά το χρόνο κατάθεσης της προσφοράς, ακόμη και στην περίπτωση που η διακήρυξη επιβάλλει στον διαγωνιζόμενο την εκ των προτέρων δικαιολόγηση μέρους της «τιμής βάσης» του διαγωνισμού, η οποία αναφέρεται στην προκήρυξη, ο υποψήφιος δεν γνωρίζει τα συγκεκριμένα σημεία της προσφοράς του που θα θεωρηθούν ύποπτα ως ασυνήθιστα και, ως εκ τούτου, σε αυτό το στάδιο της διαδικασίας δεν είναι σε θέση να παράσχει λυσιτελείς και πλήρεις εξηγήσεις, προς στήριξη των διαφόρων στοιχείων που αποτελούν την προσφορά του (ΔΕΕ, απόφ. της 27.11.2001, Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni και ANAS - Ente nazionale per le strade, Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99), Impresa Ing. Mantovani SpA και ANAS - Ente nazionale per le strade, Ditta Paolo Bregoli (C-286/99), σκ. 54, 55, 57, 59, βλ. και ΣτΕ 199/2021, σκ. 10, ΕΑ ΣτΕ 184/2020, ΣτΕ 2181/2004, σκ. 18-19). Περαιτέρω, σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, όπως εν προκειμένω, όπου κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) οι δε οικονομικοί φορείς προσφέρουν επιμέρους ποσοστά έκπτωσης για κάθε ομάδα τιμών ομοειδών εργασιών του τιμολογίου και του προϋπολογισμού, με έλεγχο των επιμέρους αυτών ποσοστών ως προς την ομαλή μεταξύ τους σχέση, τα στοιχεία της προσφοράς, τα οποία είναι ικανά να προκαλέσουν ερωτηματικά στην αναθέτουσα Αρχή, είναι, προεχόντως, τα εν λόγω επιμέρους ποσοστά έκπτωσης. Συνεπώς, η γραπτή πρόσκληση, προκειμένου να είναι σύμφωνη με τα ως άνω, πρέπει να περιέχει συγκεκριμένο καθορισμό των επιμέρους ποσοστών ανά ομάδα εργασιών που της προκαλούν αμφιβολίες, ως

επίσης και κλήση του οικονομικού φορέα, ώστε να αιτιολογήσει όλα ανεξαιρέτως τα επί μέρους ποσοστά έκπτωσης, τα οποία προσέφερε για το σύνολο των ομάδων ομοειδών εργασιών. Αυτά ισχύουν και για τα κονδύλια που περιλαμβάνονται στα γενικά έξοδα της εργοληπτικής επιχείρησης, ως προς τα οποία η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προσδιορίσει επακριβώς, με την πρόσκληση προς τον οικονομικό φορέα, αυτά, που θεωρεί αμφίβολα και χρήζοντα αιτιολόγησης, ή να τον καλέσει, κατά τρόπο ρητό και αδιαμφισβήτητο, να τα αιτιολογήσει στο σύνολό τους, έχοντας, και στην περίπτωση αυτή, την υποχρέωση να προσδιορίσει πλήρως κατά το είδος τους τα επιμέρους κονδύλια που συναποτελούν τα γενικά έξοδα. Εφ' όσον η πρόσκληση είναι διατυπωμένη σύμφωνα με τα ως άνω, καθίσταται απόλυτα σαφές στον καλούμενο φορέα το περιεχόμενο της αιτιολόγησης που οφείλει να υποβάλει, διότι γνωρίζει ένα προς ένα τα σημεία που προξενούν αμφιβολίες στην αναθέτουσα Αρχή, είτε αφορούν σε ορισμένα επί μέρους ποσοστά έκπτωσης ή κονδύλια γενικών εξόδων, είτε στο σύνολο αυτών (ΣΤΕ 2181/2004). Δεν αποκλείεται πάντως, εάν η πρόσκληση που απευθύνθηκε αρχικά στον οικονομικό φορέα δεν ήταν αρκούντως σαφής, να κληθεί αυτός εκ νέου -μετά και από εκτίμηση των απαντήσεων που δόθηκαν στο μεταξύ- με νέα και συγκεκριμένη πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής, να αιτιολογήσει τα σημεία της προσφοράς του που εξακολουθούν να της προκαλούν αμφιβολίες (βλ. ΣΤΕ 199/2021, σκ. 10).

10. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί νομολογιακά, αναφορικά με την υποχρέωση της αναθέτουσας Αρχής να ελέγχει την αξιοπιστία μιας προσφοράς, ότι η πρώτη απορρέει από την προηγούμενη ύπαρξη αμφιβολιών ως προς την δεύτερη, λαμβανομένου υπ' όψη ότι το άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, το οποίο ενσωματώθηκε στην εθνική έννομη τάξη με το άρθρο 88 του ν. 4412/2016, έχει ως κύριο σκοπό να μην αποκλείεται προσφέρων από τη διαδικασία, χωρίς να του έχει δοθεί η δυνατότητα να δικαιολογήσει το περιεχόμενο της προσφοράς του, η οποία φαίνεται υπερβολικά χαμηλή. Συνεπώς, μόνον εφ' όσον προκύπτουν τέτοιες αμφιβολίες, οφείλει η αρμόδια επιτροπή αξιολόγησης να ζητήσει τις προσήκουσες διευκρινίσεις ως προς τη σύνθεση της προσφοράς, πριν, ενδεχομένως, την απορρίψει. Αντιθέτως, στην

περίπτωση που μια προσφορά δεν φαίνεται υπερβολικά χαμηλή, το εν λόγω άρθρο δεν εφαρμόζεται [βλ., επ' αυτού, αναφορικά με εννοιολογικά ταυτόσημες διατάξεις με αυτές του άρθρου 69 της Οδηγίας 2014/24 τις αποφάσεις της 4ης Ιουλίου 2017, *European Dynamics Luxembourg SA* κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, T 392/15, ECLI:EU:T:2017:462 σκ.85, της 6ης Ιουλίου 2005, *TQ3 Travel Solutions Belgium* κατά Επιτροπής, T 148/04, EU:T:2005:274, σκέψεις 49 και 50· της 11ης Μαΐου 2010, *PC Ware Information Technologies* κατά Επιτροπής, T 121/08, EU:T:2010:183, σκέψη 72· της 5ης Νοεμβρίου 2014, *Computer Resources International (Luxembourg)* κατά Επιτροπής, T-422/11, EU:T:2014:927, σκέψη 57, και της 15ης Σεπτεμβρίου 2016, *European Dynamics Luxembourg* και *Ευρωπαϊκή Δυναμική* κατά Επιτροπής, T 698/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:476, σκέψη 59]. Τέτοιες αμφιβολίες μπορεί να υφίστανται, μεταξύ άλλων, εάν προκύπτει αβεβαιότητα ως προς το κατά πόσον ορισμένη προσφορά τηρεί τη νομοθεσία της χώρας, εντός της οποίας πρέπει να παρασχεθούν οι υπηρεσίες, στον τομέα αμοιβών του προσωπικού, συνεισφοράς στο σύστημα κοινωνικής ασφάλισης και τήρησης των κανόνων ασφάλειας και υγιεινής στον χώρο εργασίας ή των πωλήσεων επί ζημία (απόφαση της 8ης Οκτωβρίου 2015, *Secolux* κατά Επιτροπής, T 90/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2015:772, σκέψη 62).

11. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλλου λεκτέα είναι τα κάτωθι: Όπως, παγίως γίνεται δεκτό, τα στοιχεία, που οφείλει να προσκομίσει ο διαγωνιζόμενος προς αιτιολόγηση της προσφοράς του, πρέπει να είναι επίκαιρα και ως εκ τούτου δεν λαμβάνονται υπ' όψη στοιχεία που απέχουν πέραν του μηνός από την υποβολή της (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 1298/2022 σκ.31, 627/2022 σκ.22, ΑΕΠΠ 205/2022 σκ.31 κλπ). Από τα προαναφερόμενα παρέπεται, ότι η προσφεύγουσα έφερε το βάρος απόδειξης της φερεγγυότητας της προσφοράς της, η οποία κρίθηκε ως ασυνήθιστα χαμηλή, και ότι όφειλε να προβάλει ισχυρισμούς σχετικά με όλες τις δαπάνες ορθής εκτέλεσης της σύμβασης, που προκύπτουν από τα τεύχη δημοπράτησης. Περαιτέρω, είχε το ιδιαίτερο νομικό καθήκον να αποδείξει τους ισχυρισμούς της, προσκομίζοντας συγκεκριμένα και, ιδίως, επίκαιρα στοιχεία, που αφορούν στον χρόνο υποβολής της προσφοράς

της, γεγονός που, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, έλαβε χώρα κατά τρόπο αιτιολογημένο. Η αναθέτουσα Αρχή διατύπωσε ένα γενικόλογο αίτημα, στην πρόσκληση προς αιτιολόγηση της προσφοράς, χωρίς απολύτως καμμία εξειδίκευση. Η προσφεύγουσα απάντησε στην εν λόγω πρόσκληση με την από 10-08-2022 αιτιολόγηση της προσφοράς της, αναφερόμενη στο σύνολο αυτής, μη γνωρίζοντας ωστόσο, και ελλείπει συγκεκριμένης αναφοράς στην κλήση, τα συγκεκριμένα σημεία της προσφοράς, που η αναθέτουσα Αρχή θεώρησε ύποπτα, ως ασυνήθιστα, προκειμένου να παράσχει πιο «ικανοποιητικές», κατά την τελευταία, εξηγήσεις. Η επιτροπή Διαγωνισμού απέρριψε την προσφορά της, χωρίς να προβεί σε καμιά προηγούμενη συνεννόηση με την προσφεύγουσα. Συνεκδοχικά, η αναθέτουσα Αρχή, ενώ όφειλε να ελέγξει επισταμένως τα στοιχεία που επικαλέσθηκε ο ανάδοχος και να καταλήξει, ειδικώς αιτιολογημένως, σε απόφαση περί αποδοχής της αιτιολόγησης της προσφοράς, την οποία η ίδια έκρινε ως ασυνήθιστα χαμηλή, ουδέν έπραξε. Επιπρόσθετα σε κανένα σημείο της υπό κρίση προσφυγής δεν ερμηνεύεται το εν λόγω άρθρο 88 του 4412/2016 ως διαπραγμάτευση μεταξύ της Επιτροπής και του Οικονομικού Φορέα ούτε για έξωθεν επιρροή, ως αβασίμως υπολαμβάνει, διά των απόψεων της, η αναθέτουσα Αρχή. Αυτονόητο είναι, ότι σκοπός του νομοθέτη, μέσω του εν λόγω θεσμού, είναι η πραγματική διερεύνηση της επάρκειας της προσφοράς του οικονομικού φορέα, η οποία μπορεί να εξασφαλισθεί μέσω του πραγματικού διαλόγου και της δυνατότητας του οικονομικού φορέα να παράσχει όλες τις απαιτούμενες εξηγήσεις, που ωστόσο δεν καλύπτονται από μια γενικόλογη πρόσκληση περί αιτιολόγησης, όπως αυτή της αναθέτουσας Αρχής. Περαιτέρω, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, ουδεμία αλληλογραφία έλαβε χώρα μεταξύ της προσφεύγουσας και της αναθέτουσας Αρχής, παρά μόνο η πρόσκληση προς αιτιολόγηση. Η αναθέτουσα Αρχή αναφέρεται στο ζήτημα της διακριτικής ευχέρειας κατά τρόπο αβάσιμο και άρα απορριπτέο, καθώς η διάταξη του αρ. 88 παρ. 3 εδ' α του Ν. 4412/2016 αναφέρεται στην δυνατότητα της αναθέτουσας Αρχής να απορρίψει την προσφορά, μόνον αν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής

του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπ' όψιν των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου. Επομένως και με βάση το τί θα κρίνει η αναθέτουσα Αρχή ως «ικανοποιητικό», συνεκτιμώντας κάποια κριτήρια, θα αποφασίσει για την απόρριψη ή την αποδοχή της προσφοράς. Επομένως η αναθέτουσα έχει ευρύ πεδίο εκτίμησης ως προς τί αντιλαμβάνεται ως ικανοποιητικό επίπεδο προσφοράς. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα Αρχή, για την εκτίμηση της λυσιτέλειας των παρασχεθεισών εξηγήσεων της προσφεύγουσας, δεν προέβη, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, στην κατά τ' ανωτέρω αναγκαία και οφειλόμενη διαλογική διαδικασία με την τελευταία, η οποία θα αποσκοπούσε αφ' ενός στο να αποτραπούν αυθαίρετες εκτιμήσεις της αναθέτουσας Αρχής, αφ' ετέρου στο να διασφαλιστεί ο πραγματικός ανταγωνισμός μεταξύ των διαγωνιζομένων (βλ. Η. Καμπίτση σε Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2019, σελ. 377), καθώς η προσφεύγουσα ούτε κλήθηκε, κατά τα ως άνω, εκ νέου, μετά και από εκτίμηση των απαντήσεων που δόθηκαν στο μεταξύ με νεώτερη και ειδικώς ορισμένη πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής, να αιτιολογήσει τα σημεία της προσφοράς της που εξακολουθούν να προκαλούν στην αναθέτουσα αμφιβολίες και παρίστανται, κατά την τελευταία, αμφίσημες. Όπως δε η ίδια η αναθέτουσα συνομολογεί διά των απόψεων της, η προσφεύγουσα ουδόλως κλήθηκε εκ νέου, ώστε να αιτιολογήσει το εν λόγω σημείο που εξακολουθούσε να προκαλεί στην αναθέτουσα Αρχή αμφιβολίες. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα κατά τούτο, κατ' αποδοχή του σχετικού λόγου προσφυγής.

12. Επειδή, τέλος η αναθέτουσα Αρχή απαραδέκτως προσθέτει, με τις απόψεις της, ένα νέο αυτοτελή λόγο αποκλεισμού της προσφεύγουσας και συγκεκριμένα ότι: *«η» εμφανίζει οικονομικοτεχνική προσφορά υπηρεσιών της «... ..», ενώ στο ΕΕΕΣ-ΤΕΥΔ στο Μέρος II, Δ και στην ερώτηση «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας; δηλώνει «ΟΧΙ» κάτι που δυστυχώς λόγω του υπερβολικά μεγάλου φόρτου εργασίας, διέφυγε της προσοχής της Επιτροπής αρχικώς και αποτελεί αυτοτελή λόγο απόρριψης της προσφοράς.»*.

Τούτο, διότι ο οποιοσδήποτε λόγος απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας από τον έλεγχο του ΕΕΕΣ-ΤΕΥΔ θα έπρεπε να έχει συμπεριληφθεί στο πρακτικό της Επιτροπής και συνακόλουθα στην υπ' αριθμ. 1264/2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής, την οποία και προσβάλλει η προσφεύγουσα, και σε καμμία περίπτωση να εισφέρεται το πρώτον με τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής, καθώς, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1β του ν. 4412/2016, *«Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης»* όχι δε, προδήλως, να μεταβάλει ουσιωδώς το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 8 Δεκεμβρίου στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Γαρυφαλλιά Σκιάνη

Ηλέκτρα Νικολακοπούλου