

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 15η Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 08.07.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1034/10.07.2023 προδικαστική προσφυγή της ένωσης εταιρειών με την επωνυμία «Ρ...ΙΚ.Ε- Ρ.... Ε.Ε.», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «ΔΗΜΟΥ ... όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν οι υπ' αριθμ. .../30-5-2023 και .../27-6-2023 αποφάσεις της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού € 600,00.

2. Επειδή, με τη με αριθμ. πρωτ. .../6-12-2022 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάθεση της υπηρεσίας με τίτλο «Παροχή υπηρεσιών συμβούλου για την εκπόνηση Σχεδίου Αστικής Προσβασιμότητας (ΣΑΠ) του Δήμου ...», ενδεικτικού προϋπολογισμού 124.000,00 ευρώ (με Φ.Π.Α. 24%), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 23-12-2022 και ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η 30-12-2022.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά μόνο η

Αριθμός απόφασης: 1378/2023

προσφεύγουσα και η εταιρεία «D. B.». Η επιτροπή διαγωνισμού με το 1ο πρακτικό της με ημερομηνία 22-2-2023 έλεγξε τα δικαιολογητικά συμμετοχής και αξιολόγησε τις τεχνικές προσφορές των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων. Το πρακτικό αυτό εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. .../31-3-2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής, η οποία έκρινε παραδεκτές τις προσφορές των δύο συμμετεχόντων οικονομικών φορέων και αξιολόγησε τις τεχνικές προσφορές. Εν συνεχεία η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. πρωτ. .../21-4-2023 πρόσκληση όρισε ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών την 26-4-2023 και ώρα 13.00. Από τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων που προκρίθηκαν μετά την ολοκλήρωση του πρώτου σταδίου του διαγωνισμού προέκυψε ότι η εταιρεία «D. B.» υπέβαλε παραδεκτή οικονομική προσφορά ύψους 117.800,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ενώ η προσφεύγουσα υπέβαλε οικονομική προσφορά ύψους 74.400,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Η επιτροπή διαγωνισμού, βάσει των άρθρων 88 και 89 του Ν.4412/2016, απέστειλε προς την προσφεύγουσα το υπ' αριθμ. πρωτ. 20683/2-5-2023 αίτημα παροχής διευκρινίσεων της οικονομικής της προσφοράς, η δε προσφεύγουσα υπέβαλε στις 4-5-2023 εμπρόθεσμα μέσω ΕΣΗΔΗΣ τις διευκρινίσεις της. Η επιτροπή διαγωνισμού με το από 26-4-2023 2ο πρακτικό της για το 2ο στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, το οποίο υπογράφηκε στις 25-5-2023 και έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου .../25-5-2023, εισηγήθηκε την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας ως μη παραδεκτής, λόγω μη ικανοποιητικής αιτιολόγησης και την ανάδειξη του οικονομικού φορέα «D. B.», ως προσωρινό ανάδοχο με ποσό προσφοράς 117.800,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Η οικονομική επιτροπή με την υπ' αριθμ. .../30-5-2023 απόφασή της ενέκρινε ομόφωνα το με αριθμό .../25-5-2023 πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού και αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας ως μη παραδεκτής λόγω μη ικανοποιητικής αιτιολόγησης και την ανακήρυξη ως προσωρινό ανάδοχο του οικονομικού φορέα «D. B.» με ποσό προσφοράς 117.800,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Εν συνεχεία η επιτροπή διαγωνισμού κάλεσε τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης και με το από 19-6-2023, 4ο πρακτικό της με αριθμό πρωτοκόλλου .../20-6-2023, 3ου σταδίου του διαγωνισμού που αφορούσε τον έλεγχο δικαιολογητικών κατακύρωσης εισηγήθηκε την

Αριθμός απόφασης: 1378/2023

κατακύρωση του διαγωνισμού στην εταιρεία «D.B.». Η οικονομική επιτροπή με την υπ' αριθμ. .../27-6-2023 απόφασή της ενέκρινε το με αριθμ. πρωτ. .../20-6-2023 πρακτικό και αποφάσισε την οριστική κατακύρωση του διαγωνισμού στον ως άνω οικονομικό φορέα.

4. Επειδή, κατά των ως άνω αποφάσεων, των οποίων πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 28.06.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 08.07.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017. Η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προσφυγής, αφού επιδιώκει την ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων με τις οποίες απορρίφθηκε η προσφορά της.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. .../21.07.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες στις 21.07.2023.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις πρέπει να ακυρωθούν διότι η αναθέτουσα αρχή υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας και χαρακτήρισε την προσφορά της προσφεύγουσας ως ασυνήθιστα χαμηλή χωρίς να λαμβάνει υπόψη ότι α) το αντικείμενο της σύμβασης είναι τέτοιο ώστε είναι

Αριθμός απόφασης: 1378/2023

συνήθης η υποβολή προσφορών με υψηλά ποσοστά έκπτωσης β) ότι δεν υπήρχαν πολλές προσφορές ώστε να είναι εφικτή η σύγκριση των εκπτώσεων μεταξύ αυτών κα γ) υποβλήθηκε μόλις άλλη μία προσφορά, η έκπτωση της οποίας ήταν μόλις 5%, γεγονός σπάνιο για παρόμοιες συμβάσεις.

8. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο: Η αναθέτουσα αρχή εντός του πλαισίου της διακριτικής της ευχέρειας χαρακτήρισε αρχικά την προσφορά της προσφεύγουσας ως ασυνήθιστα χαμηλή και τούτο διότι η διαφορά μεταξύ των 2 υποβληθεισών προσφορών ήταν 22.5%, δηλαδή εμφάνιζε απόκλιση μεγαλύτερη από δέκα ποσοστιαίες μονάδες βάσει του άρθρου 88 του Ν.4412/2016. Επίσης, η προσφεύγουσα αόριστα και ως εκ τούτου απαράδεκτα επικαλείται άλλες συμβάσεις με υψηλά ποσοστά έκπτωσης διότι δεν προκύπτουν από τα στοιχεία του φακέλου οι απαιτήσεις και ιδιαιτερότητες των συμβάσεων αυτών, ώστε να αξιολογηθούν συγκριτικά με την υπό κρίση σύμβαση. Η αναθέτουσα αρχή βάσιμα ισχυρίζεται ότι λόγω της μεγάλης έκτασης του δήμου θα χρειαστούν πολλές ημέρες προκειμένου να είναι δυνατή η συλλογή και ακριβής καταγραφή των στοιχείων που απαιτούνται για την ολοκληρωμένη αποτύπωση της υφιστάμενης κατάστασης και τα οποία αφορούν σε κοινόχρηστους χώρους, δημοτικά κτήρια, σχολικά κτήρια κλπ., όπως αυτά περιγράφονται στο παράρτημα Ι της διακήρυξης, με αποτέλεσμα το κόστος για την εκτέλεση της σύμβασης να είναι αρκετά μεγάλο. Επομένως, το υψηλό ποσοστό έκπτωσης που προσέφερε η προσφεύγουσα δικαιολογημένα οδήγησε την αναθέτουσα αρχή να την καλέσει για διευκρινήσεις κρίνοντας την προσφορά της ως ασυνήθιστα χαμηλή. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο πρώτος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

9. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η επιτροπή διαγωνισμού στο υπ' αριθμ. πρωτ. .../2-5-2023 έγγραφό της, με το οποίο την κάλεσε για διευκρινήσεις, δεν αιτιολόγησε για ποιο λόγο η προσφορά της χαρακτηρίστηκε ως ασυνήθιστα χαμηλή, ούτε αποσαφήνισε ποιες είναι οι αμφιβολίες που είχαν γεννηθεί και ποια στοιχεία χρειαζόταν να διευκρινίσει. Επομένως η αοριστία της πρόσκλησης σε συνδυασμό με την έλλειψη “κατ’ αντιπαράθεσης” διαλόγου, οδηγεί στην ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων κατά παράβαση των αρχών της διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

10. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω δεύτερο λόγο: Αρχικά πρέπει να σημειωθεί ότι η αναθέτουσα αρχή ουδέν αντέκρουσε σχετικά με τις συγκεκριμένες αιτιάσεις που προέβαλε η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο. Εν συνεχεία, όπως βάσιμα αναφέρει η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή αφού διέγνωσε την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της τελευταίας, όφειλε να ζητήσει έγγραφες διευκρινήσεις καθορίζοντας συγχρόνως και τα συγκεκριμένα σημεία της προσφοράς που θεωρούνται ύποπτα (Κλιμ ΕΛΣυν 383/2017). Οι διευκρινήσεις αυτές έπρεπε να διατυπωθούν με σαφήνεια προκειμένου να δοθεί η δυνατότητα στην προσφεύγουσα να αποδείξει κατά τρόπο πλήρη και λυσιτελή τη σοβαρότητα της προσφοράς της. Όπως ειδικότερα έχει δεχθεί το Δ.Ε.Ε., είναι σημαντικό να μπορεί κάθε υποψήφιος για τον οποίο υπάρχει υπόνοια ότι υπέβαλε προσφορά ασυνήθιστα χαμηλή να προβάλλει 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 χρονικό σημείο επόμενο, κατ' ανάγκην, του ανοίγματος του συνόλου των φακέλων, στο οποίο να γνωρίζει όχι μόνο το κατώφλι της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, αλλά και τα συγκεκριμένα σημεία της προσφοράς που δημιούργησαν ερωτηματικά στην αναθέτουσα αρχή. (βλ. Δ.Ε.Ε. αποφάσεις της 27.11.2001, C-285/1999 και 286/1999, ..., σκ. 53, 55, 57-59, και της 29.3.2012, C-599/10, .. κλπ., σκ. 28-32, βλ. επίσης ΣτΕ 2181/2004 επτ. σκ. 17, Ε.Α. 197/2015, Ε.Α. 643/2004 σκ. 22). Επιπροσθέτως, το Δ.Ε.Ε., το οποίο κλήθηκε να ερμηνεύσει διατάξεις προϊσχυσασών οδηγιών (άρθρα 30 παρ. 4 της οδηγίας 93/37, 55 της οδηγίας 2004/18) αντίστοιχες προς τις διατάξεις του άρθρου 69 της οδηγίας 2014/24 και του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, έχει κρίνει ότι απαιτείται να διασφαλίζεται πραγματικός “κατ’ αντιπαράθεση” διάλογος, ο οποίος διεξάγεται σε κατάλληλο χρονικό σημείο, διαρκούσης της διαδικασίας εξέτασης 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. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να ζητήσει συγκεκριμένα στοιχεία από την προσφεύγουσα σχετικά με την προσφορά της και ως εκ τούτου ο σχετικός λόγος πρέπει να γίνει δεκτός και να αναπεμφθεί η

Αριθμός απόφασης: 1378/2023

υπόθεση προκειμένου να τηρηθεί η σωστή διαδικασία.

11. Επειδή, με τον τρίτο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις δεν έχουν επαρκή αιτιολογία ως προς την απόρριψη της προσφοράς της σχετικά με την αιτιολόγηση που έδωσε με τις διευκρινήσεις. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι τα επιχειρήματα με τα οποία η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την αιτιολόγηση της προσφοράς της δεν είναι επαρκή και πλήρη.

12. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ως άνω ισχυρισμούς: Όπως εκτέθηκε αναλυτικά στη σκέψη 10 της παρούσας, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να έρθει σε διάλογο με την προσφεύγουσα σχετικά με την αιτιολόγηση της προσφοράς της τελευταίας, προτού προβεί στην απόρριψη αυτής. Επομένως η αιτιολογία των προσβαλλόμενων πράξεων, με την οποία απέρριψε την προσφορά της, παρίσταται ελλιπής και αναιτιολόγητη και ως εκ τούτου ο τρίτος λόγος πρέπει να γίνει επίσης δεκτός και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να λάβει χώρα η προαναφερομένη ενέργεια.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες πράξεις και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 15^η Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 05^η Οκτωβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1378/2023

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ