

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 15 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Αικατερίνη Ζερβού, Μέλη.

Για να εξετάσει από 07.11.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1567/10.11.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα») που εδρεύει στο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση α) της υπ' αρ. .../11.10.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (θέμα εκτός ημερησίας διάταξης) «Έγκριση Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή προσωρινού αναδόχου προμήθειας με τίτλο «Σίτιση μαθητών Μουσικού Σχολείου Δήμου ... για το Νοέμβριο 2022-Μάιο 2023», η οποία ελήφθη κατά τη συνεδρίασή της στις 11.10.2022 (πρακτικό 69), β) η υπ' αρ. .../25.10.2022 απόφαση του ιδίου οργάνου της αναθέτουσας αρχής (θέμα εκτός ημερησίας διάταξης) «Έγκριση 2ου Πρακτικού Ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης για την επιλογή αναδόχου της προμήθειας “ΣΙΤΙΣΗ ΜΑΘΗΤΩΝ ΜΟΥΣΙΚΟΥ ΣΧΟΛΕΙΟΥ ... ΓΙΑ ΤΟ ΝΟΕΜΒΡΙΟ 2022 - ΜΑΪΟ 2023”» (εφεξής η «προσβαλλομένη»), η οποία ελήφθη κατά την συνεδρίασή της στις 25.10.2022 (πρακτικό 72), καθώς και γ) κάθε άλλης συναφούς διοικητικής πράξης και παράλειψης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το οφειλόμενο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, η προσβαλλόμενη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. πρωτ. .../09.09.2022 Διακήρυξης ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού μέσω ΕΣΗΔΗΣ για τη «ΣΙΤΙΣΗ ΜΑΘΗΤΩΝ ΜΟΥΣΙΚΟΥ ΣΧΟΛΕΙΟΥ ... ΓΙΑ ΤΟ ΝΟΕΜΒΡΙΟ 2022 – ΜΑΙΟ 2023» εκτιμώμενης αξίας 103.225,50€ με ΦΠΑ 13% (CPV : 15894210-6 - Σχολικά γεύματα) και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 09.09.2022, έλαβε ΑΔΑΜ ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ, που έλαβε συστημικό α/α

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή με την κρινόμενη προσφυγή προσβάλλεται παραδεκτώς μόνο η υπ' αρ. .../25.10.2022 απόφαση, στην οποία ενσωματώνεται η υπ' αρ. .../11.10.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής. Η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 26.10.2022 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η δε υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017, κατατέθηκε με ανάρτηση αυτής ομοίως μέσω της λειτουργικότητας

«Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ εμπρόθεσμα στις 07.11.2022, δοθέντος ότι η δέκατη ημέρα της προθεσμίας άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, ήτοι η 5η.11.2022 ήταν ημέρα Σάββατο, η δε επόμενη, 06.11.2022, ημέρα Κυριακή. Μετ' εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθότι υπέβαλε παραδεκτή προσφορά, κατετάγη δε δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας, όπως αυτό εμφανίζεται στο πρακτικό που ενεκρίθη με την υπ' αρ. .../11.10.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής. Η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης της με τον διακριτικό τίτλο «...» που αναδείχθηκε προσωρινή μειοδότης, δυνάμει της ως άνω προσβαλλομένης και οριστική ανάδοχος, δυνάμει της προσβαλλομένης υπ' αρ. .../25.10.2022 απόφασης του ιδίου ως άνω οργάνου της αναθέτουσας αρχής, επιδιώκοντας ευλόγως την ανάθεση σε εκείνη της σύμβασης, άλλως, τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την επαναπροκήρυξη της σύμβασης με όμοιο αντικείμενο και όρους, προκειμένου εκ νέου να συμμετάσχει και να τη διεκδικήσει.

5. Επειδή στις 08.11.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή διά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους ενδιαφερόμενους, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 2209/2022 Πράξη του Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να καταθέσει τις απόψεις της.

7. Επειδή στις 22.11.2022 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το 3ο πρακτικό Επιτροπής Διαγωνισμών και Αξιολόγησης Προσφορών με θέμα «Έκθεση απόψεων επί της προσφυγής αρ. πρωτ. ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1567/10-11-2022 του οικονομικού φορέα «...» κατά της υπ' αριθμ. .../2022 απόφασης Οικονομικής Επιτροπής Δήμου ...».

8. Επειδή με την υπ' αρ. .../11.10.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (θέμα εκτός ημερησίας διάταξης) «Έγκριση Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή προσωρινού αναδόχου προμήθειας με τίτλο «Σίτιση μαθητών

Μουσικού Σχολείου Δήμου ... για το Νοέμβριο 2022-Μάιο 2023», η οποία ελήφθη κατά τη συνεδρίασή της στις 11.10.2022 (πρακτικό 69) αποφασίστηκε η έγκριση του από 29.09.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή προσωρινού αναδόχου και η ανακήρυξη ως προσωρινού μειοδότη του οικονομικού φορέα «...» με τον διακριτικό τίτλο «...» με αριθμό προσφοράς συστήματος ..., που υπέβαλε τη χαμηλότερη προσφορά, ήτοι 74.092,97€ με ΦΠΑ. Με την προσβαλλομένη υπ' αρ. .../25.10.2022 απόφαση του ιδίου οργάνου της αναθέτουσας αρχής (θέμα εκτός ημερησίας διάταξης) «Έγκριση 2ου Πρακτικού Ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης για την επιλογή αναδόχου της προμήθειας "ΣΙΤΙΣΗ ΜΑΘΗΤΩΝ ΜΟΥΣΙΚΟΥ ΣΧΟΛΕΙΟΥ ... ΓΙΑ ΤΟ ΝΟΕΜΒΡΙΟ 2022 - ΜΑΪΟ 2023"», η οποία ελήφθη κατά την συνεδρίασή της στις 25.10.2022 (πρακτικό 72) αποφασίστηκε η έγκριση του 2ου Πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης και η κατακύρωση της σύμβασης με το ως άνω αντικείμενο στον προσωρινό ανάδοχο με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...».

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρ. 2.4.6 της Διακήρυξης «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: ... η) για την οποία ο προσφέρων δεν παράσχει, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής, εξηγήσεις αναφορικά με την τιμή ή το κόστος που προτείνει σε αυτήν, στην περίπτωση που η προσφορά του φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή σε σχέση με τα αγαθά, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 88 του ν.4412/2016, θ) εφόσον διαπιστωθεί ότι είναι ασυνήθιστα χαμηλή διότι δε συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18 του ν.4412/2016,...», στο δε άρ. 3.1.2.1 της Διακήρυξης ορίζεται ότι «...Εάν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής

πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 ν. 4412/2016. Εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, η προσφορά απορρίπτεται ως μη κανονική. Σε κάθε περίπτωση η κρίση της Α.Α. σχετικά με τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και την αποδοχή ή όχι των σχετικών εξηγήσεων εκ μέρους των προσφερόντων ενσωματώνεται στην κατωτέρω ενιαία απόφαση....». Σύμφωνα με το άρ. 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 παράγραφο 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....», στο δε άρ. 18 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. ... 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'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους. ...».

10. Επειδή, μετά την σχετική κλήση προσφέροντος προς εξήγηση της υποβληθείσας οικονομικής προσφοράς της κατ' άρ. 88 του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αξιολογήσει το σύνολο των υποβαλλόμενων στοιχείων και να κρίνει επ' αυτών με αιτιολογημένη κρίση, πριν την απόφασή της για την αποδοχή ή την απόρριψη της προσφοράς, η δε αξιολογική κρίση ως προς τις παρασχεθείσες εξηγήσεις επί της εκάστοτε κατατεθείσας προσφοράς διαγωνιζομένου πρέπει να γίνεται πρωτογενώς από την αναθέτουσα αρχή, η οποία οφείλει να προβεί σε ευρύ έλεγχο ουσίας των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ενώ οι κρίσεις της υπόκεινται σε έλεγχο αιτιολογίας από τα αρμόδια όργανα, όπως εν προκειμένω η ΕΑΔΗΣΥ (πρβλ. ΕΛΣυν Μειζ. 804/2018). 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 υποχρέωσή της 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 ΕΑΔΗΣΥ (βλ. ΣτΕ 7μ 726/2022, ΣτΕ 199/2021, 154/2021, ΕΑ ΣτΕ 12/2020). Ωστόσο, οι διαγωνιζόμενοι δεν εμποδίζονται να προβάλουν το πρώτον ισχυρισμούς περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών έτερων προσφερόντων,

με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, τους ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ (πρβλ. ΣτΕ 7μ 726/2022, σκ. 32, ΑΕΠΠ 1554/2021, σκ. 11), προς την οποία, άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται κατ' άρ. 365 παρ. 1 περ. β' Ν. 4412/2016 να υποβάλει απόψεις, με τις οποίες έχει τη δυνατότητα να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία, στην περίπτωση αυτή, μπορεί να αναφέρεται ιδίως στις αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών έτερων προσφερόντων. Στην περίπτωση αυτή, εφόσον διαπιστωθεί από την ΕΑΔΗΣΥ, κατά την εξέταση προβαλλόμενων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών του προσφεύγοντος, ότι ένας προσφέρων υπολόγισε κονδύλια για την εκτέλεση της σύμβασης, το ύψος των οποίων κρίνεται ανεπαρκές, ο αποκλεισμός του διαγωνιζομένου από τη διαδικασία ανάθεσης αποτελεί αποκλειστική αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, αφού αυτή κρίνει αιτιολογημένα ότι τα στοιχεία που παρείχε ο διαγωνιζόμενος δεν εξηγούν ικανοποιητικά την προσφερόμενη τιμή και ότι αυτή δεν επαρκεί για την υλοποίηση της συγκεκριμένης σύμβασης, της ΕΑΔΗΣΥ μη δυνάμενης να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή ως προς την άσκηση της συγκεκριμένης αρμοδιότητας (πρβλ. ΣτΕ 602/2021, ΕΑ ΣτΕ 288/2020).

11. Επειδή, από το φάκελο του επίμαχου διαγωνισμού προκύπτει ότι ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...» υπέβαλε προσφορά ποσού 65.569,00€ χωρίς ΦΠΑ και με ΦΠΑ 13% ποσού 74.092,97€, σύμφωνα με τις προσβαλλόμενες. Ακολούθως, στις 30.09.2022 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τον ως άνω οικονομικό φορέα το κάτωθι μήνυμα *«Καλησπέρα σας. Κατά την εξέταση της προσφοράς σας, διαπιστώσαμε στη συνολική προσφερόμενη τιμή σας, απόκλιση κατά 28,22% από την τιμή του προϋπολογισμού της μελέτης. Παρακαλούμε να μας εξηγήσετε την τιμή που προσφέρετε στη προσφορά σας, έως την ερχόμενη Πέμπτη 6/10/2022 και ώρα 13.00, σύμφωνα με το άρθρο (γ) παράγραφος 3.1.2.1. της υπ'αρθ. πρωτ. .../9-9-2022 Διακήρυξης Δήμου ... (σελ36). Με εκτίμηση, Δήμος ...»*. Σε απάντηση αυτού, ο ως άνω διαγωνιζόμενος απάντησε την 01.10.2022 αποστέλλοντας ομοίως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του

ΕΣΗΔΗΣ το με ίδια ημερομηνία έγγραφό του με θέμα «εξηγήσεις σχετικά με την τιμή Προσφοράς (παρ. 3.1.2.1 περ. γ της υπ' αριθ. .../9-9-2022 Διακήρυξης του Δήμου « Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την Προμήθεια Σίτιση μαθητών μουσικού σχολείου ... για το Νοέμβριο 2022 – Μάιο 2023» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.», επισύναψε δε και τα έντυπα Ε3 των ετών 2019, 2020 και 2021. Εν συνεχεία, επί των ως άνω εξηγήσεων, αναφέρεται στο εγκριθέν με την υπ' αρ. .../11.10.2022 προσβαλλομένη 1ο πρακτικό ότι «Η επιτροπή μελετώντας τα υποβληθέντα παραπάνω δικαιολογητικά και λαμβάνοντας υπόψη κυρίως τα εξής: - Η εταιρεία ως ομόρρυθμη εταιρεία έχει περιορισμένα λειτουργικά έξοδα σε σχέση με αυτά μίας κεφαλαιουχικής εταιρείας, (έξοδα λογιστικά, δημοσιότητας, αμοιβές των μελών του ΔΣ) και η παροχή προσωπικής εργασίας των δύο ομόρρυθμων εταίρων της για την εκτέλεση της παρούσης σύμβασης χωρίς αμοιβή περιορίζουν το κόστος παραγωγής και διακίνησης των γευμάτων. – Η επιχείρηση εκτελεί επί του παρόντος άλλες 6 παρόμοιες συμβάσεις και το γεγονός αυτό συνεκτιμήθηκε κατά τον υπολογισμό της τιμής της προσφοράς της, διότι η κάλυψη των λειτουργικών της εξόδων και των εξόδων με μισθούς εργαζομένων κλπ, επιμερίζεται και σε αυτά τα έργα και έτσι δίδεται η δυνατότητα αναλογικής μείωσης της τιμής προσφοράς. –Κατά το σχολικό έτος 2021-2022 η επιχείρηση εκτέλεσε τη σύμβαση με το δήμο ... για τη «ΣΙΤΙΣΗ ΜΑΘΗΤΩΝ ΤΟΥ ΚΑΛΛΙΤΕΧΝΙΚΟΥ ΣΧΟΛΕΙΟΥ ... ΓΙΑ ΤΟ ΣΧΟΛΙΚΟ ΕΤΟΣ 2021-2022 ΚΑΙ ΓΙΑ ΤΟ ΣΧΟΛΙΚΟ ΕΤΟΣ 2022-2023» με τιμή κατά κεφαλήν 1,49€ για 381 μαθητές ημερησίως για την προμήθεια πλήρους μεσημβρινού γεύματος. –Το μικρό εργολαβικό κέρδος που τεκμηριώνει αναλύοντας την διαμόρφωση της μέσης τιμής του κόστους κάθε γεύματος –Από τα υποβληθέντα οικονομικά στοιχεία αποδεικνύεται ότι η επιχείρηση, παρά την τιμολογιακή της πολιτική, παραμένει κερδοφόρος – Τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη πιστοποιητικά Ποιότητας διασφαλίζουν το επίπεδο ποιότητας των υπηρεσιών κατανόησε την δυνατότητα της εταιρίας να προσφέρει τιμή μονάδος με σημαντική έκπτωση.».

12. Επειδή, με τον μόνο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας, κρίνοντας ότι οι εξηγήσεις που παρέσχε η οριστική ανάδοχος δικαιολογούν επαρκώς το πολύ χαμηλό επίπεδο της τιμής που προτείνει, παραβιάζοντας, με παράνομη αιτιολογία, την παράγραφο 2.4.6 της διακήρυξης και στο άρ. 88 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, με τον πρώτο ισχυρισμό, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η οριστική ανάδοχος υποκοστολογεί δραματικά τα μεταφορικά κόστη, η οποία αναφέρει πως το μεταφορικό κόστος κάθε μερίδας (γεύματος) είναι το ποσό των 0,09 ευρώ με τον ΦΠΑ, ενώ, κατά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας, το πραγματικό κόστος είναι 0,55 ευρώ, ήτοι πολλαπλάσιο κατά έξι φορές των 9 λεπτών του ευρώ.

13. Επειδή με τον δεύτερο ισχυρισμό η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η οριστική ανάδοχος υποκοστολογεί δραματικά και το εργατικό κόστος το οποίο δηλώνει 0,184 ευρώ με τον ΦΠΑ, υπολειπόμενο του 1,19 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται από την προσφεύγουσα. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι για την παρασκευή, μεταφορά και διανομή, όπως ζητεί η διακήρυξη (σελ. 61), των 150 μερίδων ημερησίως, απαιτείται να απασχολούνται δύο μάγειροι από τους τουλάχιστον τρεις που απαιτεί η διακήρυξη, δύο συσκευαστές από τους κατ' ελάχιστον τρεις που απαιτεί η διακήρυξη, δύο τραπεζοκόμοι από τους κατ' ελάχιστον τρεις που απαιτεί η διακήρυξη και ένας οδηγός από τους κατ' ελάχιστον δύο που απαιτεί η διακήρυξη, οι οποίοι πρέπει να απασχολούνται, βάσει της δικής της πείρας, κατά προσέγγιση τέσσερις (4) ώρες ημερησίως για τις ανάγκες των 150 γευμάτων, ειδικά δε ο οδηγός θα πρέπει να οδηγήσει συνολικά 4 ώρες για τη φόρτωση και ξεφόρτωση των γευμάτων από τη διεύθυνση του ως άνω οικονομικού φορέα προς το Μουσικό Σχολείο Η προσφεύγουσα, υπολογίζοντας για κάθε μάγειρα μισθό που αντιστοιχεί σε ημερομίσθιο 39,03 ευρώ (975,98 ευρώ : 25 = 39,03 ευρώ) και για καθένα από τους υπόλοιπους πέντε υπαλλήλους (δύο συσκευαστές, δύο τραπεζοκόμοι, ένας οδηγός) μισθό που αντιστοιχεί σε ημερομίσθιο 34,87 ευρώ (871,93 ευρώ: 25 = 34,87 ευρώ), ανάγοντας το ημερομίσθιο σε ωρομίσθιο, υπολογίζει το συνολικό εργατικό

κόστος των 178,88 ευρώ για την τετράωρη απασχόληση παρασκευής, μεταφοράς και διανομής των 150 μερίδων, υπολογίζοντας ειδικότερα το εργατικό κόστος ανά μερίδα (γεύμα) στο ποσό του 1,19 ευρώ, το οποίο είναι το πηλίκο της διαίρεσης του συνολικού εργατικού κόστους των 178,88 ευρώ για την τετράωρη απασχόληση παρασκευής, μεταφοράς και διανομής των 150 μερίδων διά τις 150 αυτές μερίδες.

14. Επειδή, με τον τρίτο ισχυρισμό η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο πρώτος και δεύτερος ισχυρισμός αρκούν για να καταστήσουν παράνομη την υπ' αρ. .../11.10.2022 προσβαλλομένη ένεκα του ότι οι εξηγήσεις που προέβαλε ο οριστικός ανάδοχος ουδόλως αιτιολογούν το χαμηλό επίπεδο της τιμής που προσφέρει, διότι άγουν σε προσφορά μεγαλύτερη του προϋπολογισμού της σύμβασης και άρα την καθιστούν απορριπτέα όχι μόνον ως αντιτιθέμενη στην παράγραφο 2.4.6 της διακήρυξης και στο άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 αλλά και ως απαράδεκτη σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.4 της Διακήρυξης.

15. Επειδή, με τον τέταρτο ισχυρισμό η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η υπ' αρ. .../11.10.2022 προσβαλλομένη παρανόμως άγεται στο συμπέρασμα ότι οι εξηγήσεις που προέβαλε η οριστική ανάδοχος αιτιολογούν το χαμηλό επίπεδο της τιμής που αυτή προσφέρει βασίζοντας την κρίση αυτή, επιπλέον των ανωτέρω ισχυρισμών, διότι δεν προσδιορίζεται σε τι συνίσταται η δωρεάν προσωπική εργασία των ομορρύθμων εταίρων της και επομένως πως αυτή περιορίζει το εργατικό κόστος, διότι η παρουσιαζόμενη οικονομική ευρωστία της οριστικής αναδόχου της επιτρέπει να νοθεύσει τον ανταγωνισμό σε βάρος της προσφεύγουσας και διότι δηλώνει έτοιμη να προσκομίσει βεβαίωση καλής εκτέλεσης, ενώ το κρίσιμο εδώ είναι το επικαλούμενο απ' αυτήν κόστος, για το οποίο ουδέν προσκομίζει, ούτε δηλώνει διαθέσιμη να προσκομίσει.

16. Επειδή, με τον πέμπτο ισχυρισμό, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η οριστική ανάδοχος με το μικρό ποσοστό κέρδους που θέτει στερεί συνειδητά από τον εαυτό της το περιθώριο να παραμένει βιώσιμη γι' αυτήν η σύμβαση κατά την διάρκειά της, καθώς η ενεργειακή κρίση και η ακρίβεια στην αγορά των τροφίμων βαίνουν αυξανόμενες και πως αυτό που ενδιαφέρει την

οριστική ανάδοχο είναι, λαμβάνοντας υπόψη την οικονομική ευμάρεια που αποδεικνύεται από τα στοιχεία που η ίδια προσκόμισε, να την ανταγωνιστεί αθεμίτως και να της στερήσει κατ' ουσίαν την ανανέωση της σύμβασης που είχε έως τις 31.10.2022 με την αναθέτουσα αρχή.

17. Επειδή, επί των ως άνω πρώτου, δεύτερου, τρίτου, τέταρτου και πέμπτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας, λεκτέα τα εξής. Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, μεταξύ άλλων, αναφέρει ότι «...Κατά την εξέταση των προσφορών, η επιτροπή διαπίστωσε ότι η συνολικά προσφερόμενη τιμή της επιχείρησης ... ήταν χαμηλότερη κατά 28,22% (έκπτωση) από την τιμή του προϋπολογισμού της μελέτης. Η επιτροπή απέστειλε άμεσα, μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ στις 30/09/2022, e-mail στον υποψήφιο ανάδοχο προκειμένου να εξηγήσει την προσφερόμενη τιμή, σύμφωνα με το άρθρο (γ) παράγραφος 3.1.2.1 της υπ'αρθ. Πρωτ. .../9-9-2022 Διακήρυξης Δήμου Σπάρτης (σελ36) κατ' εφαρμογή των άρθρων 88 και 89 του ν.4412/2016. Το σχετικό e-mail απαντήθηκε από τον υποψήφιο ανάδοχο μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στις 01/10/2022. Η επιτροπή διαγωνισμού: - Για τους λόγους, όπως αυτοί αναφέρονται αναλυτικά στο από 29/9/2022 1ο Πρακτικό διεξαγωγής ηλεκτρονικού διαγωνισμού προμήθειας της επιτροπής –Λαμβάνοντας υπόψη τα πιστοποιητικά ποιότητας κατά ISO 9001, ISO 22000, ISO 45001, ISO 14001, ISO 22005 και βεβαίωση HACCP που έχουν υποβληθεί από την επιχείρηση και διασφαλίζουν την ποιότητα του τελικού προϊόντος – Λαμβάνοντας υπόψη την υποχρέωση των υποψήφιων αναδόχων να υποβάλλουν αληθή δικαιολογητικά και στοιχεία, ειδάλλως, αντιμετωπίζουν τις συνέπειες του νόμου κατανόησε την δυνατότητα της εταιρίας να προσφέρει τιμή μονάδος με σημαντική έκπτωση και έκρινε ότι η προσφερόμενη από το μειοδότη τιμή είναι η πλέον συμφέρουσα για το Δήμο.» Κατά συνέπεια, κατά την άποψή μας, ορθώς η αναθέτουσα αρχή προέβη στην έγκριση του από 29/9/2022 1ου πρακτικού της επιτροπής διαγωνισμού, με την υπ'αρθ. .../2022 απόφαση Οικονομικής Επιτροπής Δήμου Σπάρτης».». Δοθέντος ότι με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή προβάλλονται ειδικοί και συγκεκριμένοι ισχυρισμοί ως προς το πολύ μικρό ύψος του ποσού που έχει δηλώσει η αναδειχθείσα οριστική ανάδοχος «....» αναφορικά με το εργατικό κόστος, και

το οποίο καθιστά την προσφορά της ασυνήθιστα χαμηλή, ως προς τα κονδύλια αυτό, σε αυτήν την περίπτωση ανακύπτει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αιτιολογήσει την απόφασή της πλήρως, ειδικώς και σαφώς περί ύπαρξης έγκυρης προσφοράς (ΔΕφΘεσσαλονίκης 167/2019). Ωστόσο, ουδόλως η αναθέτουσα αρχή προέβη, αν και ηδύνατο παραδεκτώς, σε συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης κατ' άρ. 365 του Ν. 4412/2016, ως προς το μη ασυνήθιστα χαμηλό ύψος της οικονομικής προσφοράς της αναδόχου, συνεπώς η κρίση της ότι η προσφορά της δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλή είναι ανατιολογήτη και διαμορφώθηκε κατά κακή χρήση της διακριτικής της ευχέρειας (ΔΕφΧανίων 28/2021, σκ. 12). Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ανακύπτει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να εξετάσει ενδελεχώς τα τιθέμενα προς αμφισβήτηση κονδύλια της οικονομικής προσφοράς της οριστικής αναδόχου και να απαντήσει επί των σχετικών ισχυρισμών, οι οποίοι παρίστανται ως ειδικοί, συγκεκριμένοι και ουσιώδεις, τουλάχιστον κατά το μέρος με το οποίο τίθεται υπό αμφισβήτηση η ικανότητα του αναφερόμενου στην προσφορά της οριστικής αναδόχου ποσού να καλύψει συγκεκριμένα κονδύλια τα οποία συγκαταλέγονται στο διοικητικό (ΣτΕ ΕΑ 19/2020), το εργατικό κόστος αλλά και όσον αφορά το αποκομίζον κέρδος της. Δεδομένου δε ότι η ΕΑΔΗΣΥ δεν μπορεί να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή και να ασκήσει η ίδια το πρώτον την αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την κρίση περί του ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα της επίμαχης προσφοράς, χωρίς να έχει δοθεί στον οικονομικό φορέα προηγουμένως η δυνατότητα να παράσχει τις απαιτούμενες διευκρινίσεις επί των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής (ΣτΕ 54/2018), η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται όπως αιτηθεί διευκρινίσεις που θεωρεί ενδεδειγμένες ως προς τη σύνθεση της προσφοράς της οριστικής αναδόχου οι οποίες αφορούν στις προβαλλόμενες με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή αιτιάσεις δυνάμει των άρ. 3.1.2.1 της Διακήρυξης και 88 του Ν. 4412/2016, η οποία (αναθέτουσα αρχή), μόνη αυτή δύναται να ασκήσει την οικεία αρμοδιότητα περί του ουσιαστικού ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών (πρβλ. ΣτΕ 602/2021, ΕΑ ΣτΕ 288/2020, ΕΑ ΣτΕ 184/2020). Δοθέντος ότι ο μόνος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής γίνεται

δεκτός ως βάσιμος, αμφότερες οι προσβαλλόμενες καθίστανται ακυρωτές, ειδικότερα ακυρώνεται τόσο η υπ' αρ. .../11.10.2022 προσβαλλομένη όσο και η υπ' αρ. .../25.10.2022 προσβαλλομένη, ως ερειδόμενη επί ακυρωτέας πράξης.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και το παράβολο να επιστραφεί.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη υπ' αρ. .../25.10.2022 απόφαση, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15.12.2022 και εκδόθηκε στις 04.01.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ