

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 02.01.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 19/04.01.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 583/2022 απόφαση 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 15.000,00 €.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό με διακήρυξη που αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και έλαβε αριθμό ΑΔΑΜ ... για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του έργου με τίτλο «...», εκτιμώμενης αξίας 3.616.935,48 €, πλέον ΦΠΑ, και κάλεσε τους οικονομικούς φορείς που πληρούσαν τις τασσόμενες από το νόμο και τη διακήρυξη τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις συμμετοχής να υποβάλουν φάκελλο προσφοράς. Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και ως καταληκτικός χρόνος υποβολής των προσφορών η

8.8.2022 (άρθρα 14 και 18 της διακήρυξης).

3. Επειδή, στον εν λόγω διαγωνισμό έλαβαν μέρος πέντε οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα. Η επιτροπή διαγωνισμού κατήρτισε πίνακα μειοδοσίας στον οποίο κατέταξε πρώτη την προσφορά της εταιρείας «...» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 23,07% και στη δεύτερη θέση την προσφορά της προσφεύγουσας. Ακολούθως η επιτροπή του διαγωνισμού ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή ότι θα πρέπει να κινηθεί η διαδικασία του άρθρου 4.1 της διακήρυξης και του άρθρου 88 του Ν.4412/2016 δεδομένου ότι το ποσοστό εκπτώσεως της πρώτης σε σειρά μειοδοσίας διαγωνιζόμενης παρουσίαζε απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από το μέσο όρο των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών, που είχε καθορισθεί σε 12,23%. Η επιτροπή διαγωνισμού κάλεσε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ την εταιρεία «...» να αιτιολογήσει την κατά τεκμήριο ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση. Η ως άνω εταιρεία, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση, ανταποκρίθηκε στην πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής υποβάλλοντας την αιτιολόγηση της προσφοράς της. Ακολούθως, η επιτροπή διαγωνισμού εξέτασε την κατατεθείσα από την εταιρεία «...» αιτιολόγηση και τη θεώρησε ως επαρκή καθώς όπως αναφέρει στο 1ο πρακτικό της «Στην αιτιολόγηση γίνεται σαφής αναφορά στα οικονομικά στοιχεία της μεθόδου κατασκευής. Προσκομίσθηκε πίνακας σε σχέση με το προτεινόμενο κόστος εκτέλεσης του έργου που να αφορά την αγορά των υλικών και την εργατοτεχνική δαπάνης» και εισηγήθηκε την ανάδειξη της εταιρείας «...» ως προσωρινής αναδόχου. Το ως άνω πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 583/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Αντίγραφο της άνω αποφάσεως της οικονομικής επιτροπής κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στους διαγωνιζόμενους στις 10.10.2022. Η προσφεύγουσα ζήτησε μέσω ΕΣΗΔΗΣ από την αναθέτουσα αρχή να αναρτηθεί και να της κοινοποιηθεί η αιτιολόγηση της προσωρινής αναδόχου προκειμένου να λάβει πλήρη γνώση της υπ' αριθμ. 583/2022 αποφάσεως της οικονομικής επιτροπής και να ασκήσει κατ' αυτής τα προβλεπόμενα ένδικα μέσα και βοηθήματα εφόσον διαπίστωνε σφάλματα στην υποβληθείσα αιτιολόγηση. Στις 19.10.2022 η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε μήνυμα στο ΕΣΗΔΗΣ, με το οποίο αρνείτο να αναρτήσει και να κοινοποιήσει την αιτιολόγηση της εταιρείας «...». Κατά της άρνησης της αναθέτουσας αρχής να χορηγήσει αντίγραφο της

Αριθμός απόφασης: 347/2023

υποβληθείσης αιτιολογήσεως της εταιρείας «...» καθώς και κατά της υπ' αριθμ. 583/2022 αποφάσεως κατά το μέρος που ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο, η προσφεύγουσα άσκησε την από 20.10.2022 και με αριθμ. καταθ. ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1476/21.10.2022 προδικαστική προσφυγή, ζητώντας τόσο την ακύρωση της άρνησης της αναθέτουσας αρχής να της χορηγήσει αντίγραφο της αιτιολόγησης όσο και της υπ' αριθμ. 583/2022 αποφάσεως μόνο για έλλειψη αιτιολογίας ως προς την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...». Επί της άνω προδικαστικής προσφυγής εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1792/2022 απόφαση του 2ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, με την οποία έγινε εν μέρει δεκτή η προσφυγή και ακυρώθηκε η άρνηση της αναθέτουσας αρχής να χορηγήσει αντίγραφο της αιτιολόγησης της εταιρείας «...». Με την αυτή 1792/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ απερρίφθη η προσφυγή κατά της υπ' αριθμ. 583/2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής για έλλειψη αιτιολογίας καθώς κρίθηκε ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αιτιολογήσει την απόφασή της περί αποδοχής της αιτιολόγησης μόνο εάν κάποιος διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιόν της ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζόμενου. Ακολούθως, σε συμμόρφωση με την προαναφερθείσα απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στις 21.12.2022 στο ΕΣΗΔΗΣ και στον ιστότοπο του διαγωνισμού την αιτιολόγηση της εταιρείας «...».

4. Επειδή, κατόπιν της ανωτέρω γνωστοποίησης της αιτιολόγησης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 21.12.2022, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή κατά της υπ' αριθμ. 583/2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής στις 02.01.2023, 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 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.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 03.01.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../17.01.2023 απόψεις της, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και παραδεκτως στις 23.01.2023, ημέρα Δευτέρα, το με ίδια ημερομηνία

υπόμνημά της.

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 ισχυρίζεται ότι η προσφορά της εταιρείας «...» πρέπει να απορριφθεί διότι παρανόμως και σε αντίθεση με τους όρους της διακήρυξης δεν συμπλήρωσε το πεδίο του ΕΕΕΣ που αφορά τους υπεργολάβους, Μέρος II, Ενότητα Δ, παρόλο που ήταν γνωστοί καθόσον τους δήλωσε στην αιτιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι στην από 31.8.2022 αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της η εταιρεία «...» όχι μόνο υπέβαλε προσφορές υπεργολάβων που θα χρησιμοποιήσει στην εκτέλεση των εργασιών, αλλά ανέφερε και ρητά ότι πρόθεσή της είναι η ανάθεση εκτέλεσης εργασιών σε υπεργολάβους, υποβάλλοντας μάλιστα και προσφορές αυτών. Επομένως, προκύπτει ότι η προσφορά της «...» παρανόμως έγινε δεκτή λόγω μη δήλωσης στο ΕΕΕΣ της πρόθεσής της να προσφύγει σε υπεργολάβους (τους ανωτέρω που δήλωσε στην αιτιολόγησης της), προεχόντως δε λόγω της παραλείψεως να υποβάλλει ξεχωριστά ΕΕΕΣ για τους ως άνω υπεργολάβους που προτίθεται να χρησιμοποιήσει.

8. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο: Στην από 31.8.2022 αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της η εταιρεία «...» αναφέρει επί λέξει (σελίδα 3 αυτής) ότι *«Όλοι οι υπεργολάβοι που επιλέγονται είναι χρόνια συνεργάτες της εταιρίας η οποία δραστηριοποιείται στο*

Αριθμός απόφασης: 347/2023

συγκεκριμένο χώρο πλέον των 20 ετών». Επίσης, στο παράρτημα της αιτιολόγησής της η εταιρεία «...» υπέβαλε προσφορές με αναλυτικά ποσά για τις εργασίες που θα εκτελεσθούν κατά την εκτέλεση του έργου των εξής υπερβολών της: α) την από 02.08.2022 προσφορά του «...», β) την ανυπόγραφη προσφορά του «...», γ) την προσφορά του ελαιοχρωματιστή «...», δ) την προσφορά της εταιρείας «...», ε) την προσφορά του ηλεκτρολόγου – μηχανολόγου Τ.Ε. «...», στ) την προσφορά του «...». Εκ των ανωτέρω προσφορών που υπέβαλε η εταιρεία «...» προκύπτει σαφώς ότι σκοπεύει να αναθέσει υπερβολικά σε αυτούς τις αναλυτικά εκεί περιγραφόμενες εργασίες της υπό ανάθεση σύμβασης, πλην όμως η ίδια στο μέρος II της ενότητας «Δ: Πληροφορίες σχετικά με υπερβολικούς στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας» του υποβληθέντος ΕΕΕΣ της απάντησε ότι δεν βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων και ότι δεν προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπερβολίας. Επομένως, η μη δήλωση των εν λόγω υπερβολών αυτής στο ΕΕΕΣ της, καθώς και η μη προσκόμιση εξ' αυτών ξεχωριστών ΕΕΕΣ, αποτελούν πλημμέλειες που οδηγούν στην απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας «...» χωρίς να υπάρχει δυνατότητα συμπλήρωσης ή παροχής διευκρινήσεων κατ' άρθρο 102 του Ν.4412/2016. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρείας «...» και ανέδειξε αυτή ανάδοχο.

9. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα προβάλλει έναν επιπλέον λόγο κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας «...» ισχυριζόμενη ότι είναι ζημιογόνος και ως εκ τούτου απορριπτέα, πλην όμως η εξέταση αυτού παρέλκει ως αλυσιτελής διότι όπως εκτέθηκε στην ανωτέρω σκέψη 8, η προσφορά αυτής κρίθηκε ήδη απορριπτέα.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 347/2023

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της προσωρινής αναδόχου «...», σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 02 Μαρτίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ