

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 21^η Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.03.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 325/14.03.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά της «.../Περιφερειακή Ενότητα ...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 267/2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της.

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 1.814,52 €.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθ. ΑΔΑΜ ... 2022-12-14 διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσης της σύμβασης του έργου με τίτλο «...». Ο εν λόγω διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και άλλοι οκτώ οικονομικοί φορείς. Μετά την ολοκλήρωση της διαδικασίας ελέγχου των δικαιολογητικών και των εγγυητικών, οι οκτώ (8) οικονομικές προσφορές που έγιναν δεκτές κατατάχθηκαν κατά σειρά μειοδοσίας, σύμφωνα δε με το σχετικό πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού η προσφορά της προσφεύγουσας (έκπτωση 59,00%) κατατάχθηκε δεύτερη, με πρώτη την

Αριθμός απόφασης: 681/2023

προσφορά της ... (έκπτωση 64,00%). Όπως διαπιστώθηκε από την επιτροπή διαγωνισμού, οι τέσσερις πρώτες κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικές προσφορές, ήτοι της ... (έκπτωση 64,00%), της προσφεύγουσας (έκπτωση 59,00%), της εταιρείας «...» (έκπτωση 52,00%) και της εταιρείας «...» (έκπτωση 46,00%,) απέκλιναν πέραν των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από το μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν (35,00%). Για τον λόγο αυτό κλήθηκαν, στις 19-01-2023, μέσα από την λειτουργία επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ, να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος των οικονομικών προσφορών τους εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών. Όλες οι αιτιολογήσεις των προσφορών υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα και μετά τον έλεγχό τους η επιτροπή διαγωνισμού εισηγήθηκε, με το από 18-01-2023 έως 15-02-2023 1ο πρακτικό της, την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας καθώς και εκείνης της πρώτης μειοδότριας ..., την αποδοχή των αιτιολογήσεων των εταιρειών «...» και «...» και την ανάθεση της σύμβασης στην πρώτη εξ αυτών. Το ως άνω πρακτικό εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 267/28. 2. 2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 02.03.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 13.03.2023, ημέρα Δευτέρα, 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 και με προφανές έννομο συμφέρον, καθότι η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 14.03.2023 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. .../21.03.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες στις 27.03.2023, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε κάποιο υπόμνημα.

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 η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί διότι η πρόσκληση για την αιτιολόγηση της προσφοράς της δεν ήταν ειδική και ορισμένη. Εν συνεχεία με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι δεν έλαβε χώρα πραγματικός διάλογος σχετικά με τα αμφισβητούμενα κονδύλια.

8. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους άνω λόγους της υπό κρίση προσφυγής: όπως έχει δεχθεί το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δ.Ε.Ε.), το οποίο κλήθηκε να ερμηνεύσει διατάξεις προϋσχυσασών οδηγιών (άρθρα 30 παρ. 4της οδηγίας 93/37, 55 της οδηγίας 2004/18) αντίστοιχες προς τις διατάξεις άρθρου 69 της οδηγίας 2014/24 και του άρθρου 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 αυτό, 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. Εξάλλου, 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 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 δικαιολογητικά 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 (εφόσον προβλέπεται τέτοιο στη συγκεκριμένη διαδικασία) και ότι σε σχέση με αυτό η προσφορά του είναι ασυνήθιστα χαμηλή, αλλά και τα συγκεκριμένα σημεία της προσφοράς που δημιούργησαν ερωτηματικά στην αναθέτουσα αρχή. Το Δ.Ε.Ε. έκρινε, επίσης, ότι κατά το χρόνο κατάθεσης της προσφοράς, ακόμη και στην περίπτωση που η διακήρυξη επιβάλλει στο διαγωνιζόμενο την εκ των προτέρων δικαιολόγηση μέρους της “τιμής βάσεως” 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 (βλ. Δ.Ε.Ε. αποφάσεις της 27.11.2001, C- 285/1999 και 286/1999, Lombardini και Mantovani, σκ. 53, 55, 57-59, και της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko κλπ., σκ. 28-32, βλ. επίσης ΣτΕ 2181/2004 επτ. σκ. 17, Ε.Α. 197/2015, Ε.Α. 643/2004 σκέψη 22). Επομένως, στη γραπτή πρόσκληση που η αναθέτουσα αρχή απευθύνει σε διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα, προκειμένου να είναι σύμφωνη προς τις προαναφερθείσες απαιτήσεις, πρέπει να περιέχεται σαφής καθορισμός των συγκεκριμένων επί μέρους ποσοστών, ανά ομάδα εργασιών, που της προκαλούν αμφιβολίες. Στο πλαίσιο αυτό δεν αποκλείεται η ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, εφόσον θεωρεί ότι χρήζει διευκρίνισης το σύνολο της οικονομικής προσφοράς, να υποβάλει αντίστοιχο αίτημα στον οικονομικό φορέα, υπό την προϋπόθεση ότι και στην περίπτωση αυτή θα του απευθύνει σαφή και αδιαμφισβήτητη πρόσκληση να αιτιολογήσει, ένα προς ένα, το σύνολο των επί μέρους ποσοστών έκπτωσης που πρόσφερε για κάθε ομάδα ομοειδών

Αριθμός απόφασης: 681/2023

εργασιών. Η αναθέτουσα αρχή, πάντως, δεν είναι υποχρεωμένη να καθορίσει με την πρόσκληση και το όριο της έκπτωσης που η ίδια θεωρεί εύλογο, δεδομένου ότι η εκτίμησή της για την αξία της σύμβασης εμπεριέχεται στον προϋπολογισμό της υπηρεσίας, ο οποίος περιλαμβάνει κατά νόμο κάθε σχετική δαπάνη, καθώς και τα γενικά έξοδα και το όφελος της εργοληπτικής επιχείρησης, απόκειται δε περαιτέρω στους οικονομικούς φορείς να καθορίσουν, σύμφωνα με τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, το ύψος των προσφορών τους σε σχέση με ως άνω προϋπολογισμό. Τα ανωτέρω ισχύουν και για την αιτιολόγηση των κονδυλίων 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 ανενδοίαστο, να τα αιτιολογήσει στο σύνολό τους, έχοντας και στην τελευταία περίπτωση την υποχρέωση να προσδιορίσει πλήρως κατά το είδος τους όλα τα επί μέρους κονδύλια γενικών εξόδων, στα οποία πρέπει να αναφερθεί ο οικονομικός φορέας με την αιτιολόγηση που θα υποβάλει. Εφόσον η πρόσκληση είναι διατυπωμένη με τον τρόπο αυτό, καθίσταται απολύτως σαφές στον καλούμενο φορέα το περιεχόμενο της αιτιολόγησης που οφείλει να υποβάλει είτε για συγκεκριμένα σημεία είτε για το σύνολο της προσφοράς του (πρβλ. ΣτΕ 2181/2004 επτ.). Δεν αποκλείεται πάντως, εφόσον η πρόσκληση που απευθύνθηκε αρχικά στους οικονομικούς φορείς δεν ήταν αρκούντως σαφής, να κληθούν αυτοί εκ νέου - μετά και από εκτίμηση των απαντήσεων που δόθηκαν στο μεταξύ - με νέα και συγκεκριμένη πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής να αιτιολογήσουν τα σημεία των προσφορών τους που εξακολουθούν να της προκαλούν αμφιβολίες (πρβλ. ΣτΕ 199/2021). Συνεπώς, η ανωτέρω διαδικασία διαλόγου ολοκληρώνεται νομίμως οποτεδήποτε πληρωθούν, σωρευτικώς, οι εξής δύο αναγκαίες συνθήκες: αφ' ενός δόθηκε η δυνατότητα στον προσφέροντα να υποστηρίξει την προσφορά του κατά τρόπο πλήρη και λυσιτελή ως προς όλα τα σημεία που δημιούργησαν επιφυλάξεις και αφ' ετέρου η αναθέτουσα αρχή διαμόρφωσε ασφαλή κρίση ως προς το παραδεκτό της προσφοράς κατόπιν αποσαφήνισης όλων των κρίσιμων στοιχείων που τη συνθέτουν. Η μη πλήρωση έστω και μίας εκ των ανωτέρω συνθηκών καθιστά τη διαδικασία ελέγχου της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς πλημμελή (πρβλ. ΣτΕ 1555/2022).

Αριθμός απόφασης: 681/2023

Εν προκειμένω, με την από 19-01-2023 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής ζητήθηκε από την προσφεύγουσα και τους προαναφερομένους οικονομικούς φορείς η παροχή εξηγήσεων στο πλαίσιο της αιτιολόγησης της ιδιαίτερα χαμηλής προσφοράς τους για την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην οικονομική τους προσφορά. Οι αιτιολογήσεις των προσφορών υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα και μετά τον έλεγχο τους η επιτροπή διαγωνισμού εισηγήθηκε, με το από 18-01-2023 έως 15-02-2023 1ο πρακτικό της, την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας καθώς και εκείνης της πρώτης μειοδότης ..., την αποδοχή των αιτιολογήσεων των εταιρειών «...» και «...» και την ανάθεση της σύμβασης στην πρώτη εξ αυτών. Το ως άνω πρακτικό εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 267/28.02.2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής, πλην όμως προκύπτει ότι η απόφαση αυτή είναι μη νόμιμη, ως πλημμελώς αιτιολογημένη, καθόσον τυγχάνει γενικόλογη, ενώ δεν μνημονεύονται σε αυτήν τα κρίσιμα στοιχεία που συνθέτουν της προσφορά έκαστου διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα κατόπιν αποσαφήνισής τους, τα οποία ελήφθησαν υπόψη από την αναθέτουσα αρχή προς διαμόρφωση ασφαλούς κρίσης της ως προς το παραδεκτό ή μη της προσφοράς των εν λόγω οικονομικών φορέων, με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατός ο έλεγχος της κρίσης της αναθέτουσας. Ως εκ τούτου, ο σχετικός λόγος της προσφυγής τυγχάνει βάσιμος και θα πρέπει να γίνει δεκτός. Επιπροσθέτως, η προμνησθείσα πρόσκληση τυγχάνει αόριστη και πάσχει ακυρότητας, διότι α) αυτή απευθύνθηκε αδιακρίτως στους προαναφερθέντες οικονομικούς φορείς που είχαν υποβάλει προσφορές εμφανιζόμενες ως «ασυνήθιστα χαμηλές», δεν αναφερόταν δηλαδή σε συγκεκριμένα επί μέρους ποσοστά εκπτώσεως ή συγκεκριμένα κονδύλια γενικών εξόδων, εξαιτίας των οποίων ετίθετο υπό αμφισβήτηση η σοβαρότητα κάθε μίας από τις υποβληθείσες προσφορές, ούτε περιείχε σαφή και αδιαμφισβήτητη κλήση κάθε ενδιαφερομένου να αιτιολογήσει το σύνολο των επί μέρους ποσοστών εκπτώσεως της προσφοράς του για όλες τις ομάδες ομοειδών εργασιών του τιμολογίου και του προϋπολογισμού ή για το σύνολο των κονδυλίων των γενικών εξόδων του (με προσδιορισμό και στην περίπτωση αυτή του είδους ενός εκάστου των προς αιτιολόγηση κονδυλίων) και β) διότι η αοριστία της προσκλήσεως της αιτιολόγησης των προσφορών που θεωρήθηκαν ως ασυνήθιστα χαμηλές, δεν θεραπεύεται από την εν συνεχεία κατ' αντιπαράθεση διάλογο μεταξύ αναθέτουσας αρχής και υποψηφίων αναδόχων,

Αριθμός απόφασης: 681/2023

δεδομένου ότι η νομιμότητα της διαδικασίας αιτιολογήσεως χαμηλών προσφορών στο δεύτερο αυτό στάδιο που προβλέπεται από το άρθρο 88 του ν. 4412/2016, προϋποθέτει ειδική και ορισμένη πρόσκληση (πρβλ.ΣτΕ 199/2021). Από το συνδυασμό των ανωτέρω προκύπτει ότι στην υπό κρίση υπόθεση, προκειμένου να θεμελιωθεί το νόμιμο ή μη της επίμαχης προσφοράς της προσφεύγουσας, απαιτείται η προηγούμενη κλήση της, σύμφωνα με το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 προς παροχή διευκρινίσεων σχετικά με την αιτιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς και η διατύπωση ειδικά αιτιολογημένης κρίσης της αναθέτουσας επί αυτών.

Εν προκειμένω όμως η ΕΑΔΗΣΥ δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή και να ασκήσει η ίδια το πρώτον την αρμοδιότητα αυτής και ως εκ τούτου η υπόθεση πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, ήτοι στην επανάληψη της διαδικασίας από το στάδιο της αιτιολογήσεων των οικονομικών προσφορών με ειδική και ορισμένη πρόσκληση προς την προσφεύγουσα και κατ' ακολουθία έκδοση ειδικής και αιτιολογημένης απόφασης περί του παραδεκτού ή μη της προσφοράς της,

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

10. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, 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 39/20.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει και αναπέμπει την προσβαλλόμενη απόφαση, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 21^η Απριλίου 2023 και εκδόθηκε την 09^η Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 681/2023

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ