

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Νοεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 20.10.2022 με ΓΑΚ 1476/21.10.2022 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 και η άρνηση της να κοινοποιήσει την αιτιολόγηση του προσωρινού αναδόχου καθώς και η παράλειψή της να την αναρτήσει στον ιστότοπο του διαγωνισμού.

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 κατεβλήθη 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 ... -07-14 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 φάκελο προσφοράς.

Αριθμός απόφασης: 1792/2022

Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίσθηκε 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 διαγωνόμενης 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 1^ο 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 δαπάνη»* και εισηγήθηκε την ανάδειξη της εταιρείας «...» ως προσωρινής αναδόχου. Το ως άνω πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 583/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 10.10.2022, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 20.10.2022, 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 εδ. α και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον

Αριθμός απόφασης: 1792/2022

καθόσον η προσφεύγουσα προσδοκά την ακύρωση αυτής προς το σκοπό να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «...» και να της ανατεθεί η σύμβαση.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 21.10.2022 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. 32664/ 01.11.2022 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η τελευταία κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 04.11.2022 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 της ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί διότι έκανε δεκτή την αιτιολόγηση του προσωρινού αναδόχου, αποδεχόμενη το 1ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, χωρίς καμία περαιτέρω αιτιολογία, δηλαδή χωρίς να αναφέρει τους λόγους αποδοχής της αιτιολόγησης του προσωρινού αναδόχου, ποίο το άμεσο κόστος του έργου που αναφέρει, ποίο το έμμεσο κόστος του έργου, είναι κερδοφόρος ή μη η προσφορά του κλπ. Για να διαπιστωθεί η κερδοφορία ή η ζημία της προσφοράς όφειλε η επιτροπή διαγωνισμού που είναι επιφορτισμένη με την αξιολόγηση της προσφοράς να ελέγξει τα κονδύλια που επικαλείται ο διαγωνιζόμενος και αιτιολογημένα είτε να τα αποδεχθεί είτε εφόσον διαφωνεί να διατυπώσει την διαφωνία της και να προσαυξήσει αναλόγως το κόστος κάθε κονδυλίου. Εάν από την αιτιολογημένη

επιβάρυνση με συγκεκριμένα ποσά η προσφορά καθίσταται ζημιογόνος, δηλαδή η επιβάρυνση από την επιτροπή είναι μεγαλύτερη του ποσού της κερδοφορίας που αναφέρει ο διαγωνιζόμενος, τότε η προσφορά απορρίπτεται ως ασυνήθιστα χαμηλή και ζημιογόνος.

8. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Η αναθέτουσα αρχή έχει διακριτική ευχέρεια να εντοπίσει τις προσφορές, οι οποίες φαίνονται ως ασυνήθιστα χαμηλές, η δε έκταση της υποχρέωσης αιτιολόγησης, την οποία υπέχει σε περίπτωση που εκτιμά ότι η οικονομική προσφορά δεν φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, είναι περιορισμένη και, εντεύθεν, δεν υποχρεούται να προβεί σε διεξοδική ανάλυση της σύνθεσης κάθε προσφοράς, προκειμένου να διαπιστώσει ότι αυτή δεν αποτελεί ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. (ΣΕ ΕΑ 12/2020), εκτός εάν κάποιος διαγωνιζόμενος προβάλει ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, οπότε γεννάται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιωδών αυτών ισχυρισμών διαλαμβάνοντας ειδικά αιτιολογημένη κρίση σχετικά με το εάν η επίμαχη οικονομική προσφορά είναι ή όχι ασυνήθιστα χαμηλή, ύστερα από εκτίμηση όχι απλώς μόνο των εκ μέρους του προσφεύγοντος ισχυρισμών αλλά και της λυσιτέλειας των αναγκαίων διευκρινήσεων, κατ' εφαρμογή της προαναφερόμενης διάταξης του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016. Εν προκειμένω η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη πάσχει από έλλειψη αιτιολογίας ως προς την αποδοχή των εξηγήσεων του οικονομικού φορέα «...». Η αναθέτουσα αρχή στο σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία εκδόθηκε μετά την παροχή εξηγήσεων από την προαναφερομένη εταιρεία, αναφέρει επί λέξει ότι *«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 δαπάνη»*. Σύμφωνα με το άρθρο 88 του Ν.4412/2016, ο εντοπισμός των προσφορών, οι οποίες εμφανίζονται ως ασυνήθιστα χαμηλές, εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής. Εξ αυτού του λόγου η έκταση της υποχρέωσης αιτιολόγησης, την οποία υπέχει η αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση που εκτιμά ότι η οικονομική προσφορά δεν φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, είναι

Αριθμός απόφασης: 1792/2022

περιορισμένη και, εντεύθεν, δεν υποχρεούται να προβεί σε διεξοδική ανάλυση της σύνθεσης κάθε προσφοράς, προκειμένου να διαπιστώσει ότι αυτή δεν αποτελεί ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά (ΣΤΕ ΕΑ 12/2020). Μόνη περίπτωση κατά τη οποία νομολογιακώς αναγνωρίζεται ότι γεννάται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει με σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία, είναι η περίπτωση κατά την οποία κάποιος διαγωνιζόμενος προβάλει ενώπιον αυτής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, οπότε αφού προηγουμένως ζητήσει σχετικές διευκρινίσεις από το διαγωνιζόμενο που φέρεται ότι έχει υποβάλει την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, τότε οφείλει να απαντήσει στον έτερο συνδιαγωνιζόμενο ειδικώς αιτιολογημένα επί των προβληθέντων ουσιωδών ισχυρισμών (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 12/2020). Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή ύστερα από δική της εκτίμηση, αφού το ποσοστό εκπτώσεως της πρώτης σε σειρά μειοδοσίας διαγωνόμενης παρουσίαζε απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από το μέσο όρο των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών, που είχε καθορισθεί σε 12,23%, ζήτησε εξηγήσεις από την τελευταία. Κατόπιν των ανωτέρω και στο πλαίσιο της άσκησης της διακριτικής της ευχέρειας, η αναθέτουσα αρχή εξέτασε τις εξηγήσεις αυτές και αποτύπωσε στην προσβαλλόμενη πράξη την κρίση της, κατά την οποία μάλιστα κρίθηκαν επαρκείς και κατ' ακολουθίαν αποδέχθηκε την οικονομική της προσφορά. Υπό τα δεδομένα αυτά και μη έχοντας προηγηθεί ειδικός ισχυρισμός κάποιου διαγωνιζόμενου περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς εκ μέρους της εταιρείας «...», η αναθέτουσα αρχή επαρκώς παρέθεσε την κρίση της περί ικανοποιητικών εξηγήσεων από την προαναφερομένη εταιρεία, μη έχουσα υποχρέωση προς περαιτέρω ειδική αιτιολογία, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο πρώτος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι είναι παράνομη η άρνηση της αναθέτουσας αρχής να αναρτήσει την αιτιολόγηση του προσωρινού αναδόχου στο ΕΣΗΔΗΣ και να ικανοποιήσει το αίτημα της περί κοινοποίησης σε αυτήν των εξηγήσεων. Ειδικότερα αναφέρει ότι η αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και διάταξης της διακήρυξης όχι μόνο δεν της παρείχε πρόσβαση στα στοιχεία αυτά, παρεμποδίζοντάς την από το να λάβει γνώση των εξηγήσεων του προσωρινού

Αριθμός απόφασης: 1792/2022

αναδόχου, αλλά, έτι περαιτέρω μη νόμιμα, δεν ικανοποίησε και το νομίμως υποβληθέν μέσω του ΕΣΗΔΗΣ έγγραφο αίτημά της, για την χορήγηση της αιτιολόγησης, που αποτελεί μέρος της οικονομικής προσφοράς του προσωρινού αναδόχου.

10. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι δεν ορίζεται από τη νομοθεσία και τη διακήρυξη η υποχρέωσή της να αναρτήσει τις παρασχεθείσες εξηγήσεις στο πλαίσιο ελέγχου περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, πλην όμως ο ισχυρισμός της αυτός απορρίπτεται ως αβάσιμος διότι όπως κρίθηκε με την υπ' αριθμ. Α352/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά (σκέψη 14 αυτής), η οποία ακύρωσε την επικαλούμενη από την αναθέτουσα αρχή υπ' αριθμ. 210/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η αναθέτουσα αρχή έχει την υποχρέωση κοινοποίησης στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς των εξηγήσεων περί δικαιολόγησης ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Ειδικότερα η απόφαση του Δικαστηρίου έκρινε επί λέξει ότι: *«Επομένως, λόγω της μη έγκαιρης κοινοποίησης των εξηγήσεων της παρεμβαίνουσας σύμφωνα με τον όρο 4.1 της διακήρυξης, η αιτούσα στερήθηκε της δυνατότητας να προβάλει με την από 20-12-2021 προδικαστική της προσφυγή ειδικούς και συγκεκριμένους λόγους ως προς την επάρκεια των εξηγήσεων της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ενόψει του ότι η προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής έληξε στις 20-12-2021 κατ' άρθρο 361 παρ.1 του ν.4412/2016. Κατόπιν αυτών, η ΑΕΠΠ με την προσβαλλόμενη απόφασή της μη νομίμως δέχθηκε ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν υποχρεούτο καταρχήν να κοινοποιήσει τις παρασχεθείσες εξηγήσεις στους συμμετέχοντες φορείς.»*. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή είχε υποχρέωση να κοινοποιήσει στην προσφεύγουσα τις εξηγήσεις του οικονομικού φορέα «...», ώστε αυτή να λάβει γνώση του ακριβούς περιεχομένου αυτών ως δεσμευτικών στοιχείων της οικονομικής προσφοράς και να έχει τη δυνατότητα να προβάλει ειδικούς λόγους ως προς την επάρκεια των εξηγήσεων αυτών. Ως εκ τούτου ο δεύτερος λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η άρνηση της αναθέτουσας αρχής να κοινοποιήσει την αιτιολόγηση της προσωρινής αναδόχου.

11. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

Αριθμός απόφασης: 1792/2022

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την άρνηση της αναθέτουσας αρχής να κοινοποιήσει την αιτιολόγηση της προσωρινής αναδόχου, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 19 Δεκεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ