

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση:
Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 11.04.2022 με ΓΑΚ 567/18.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 26.04.2022 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 97/2022 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... ποσού €15.000,00.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου:

«ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΑΓΡΟΤΙΚΗΣ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ ΔΗΜΟΥ ...», με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Τεχνικό αντικείμενο του έργου είναι η εκτέλεση εργασιών κατασκευής και βελτίωσης τμημάτων του αγροτικού οδικού δικτύου στις κτηματικές περιφέρειες όλων των οικισμών του Δήμου ..., στις οποίες εργασίες περιλαμβάνεται η χαλικόστρωση οδών σε συνολικό μήκος περίπου 298.500 μ. και η ασφαλτόστρωση οδών σε συνολικό μήκος 38.090 μ. Ο εν λόγω διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

3. Επειδή, στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορές, που κρίθηκαν παραδεκτές, έξι (6) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας ήταν η πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας, με ποσοστό έκπτωσης 42,40%. και με την υπ' αριθ. 359/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού. Η προσφεύγουσα άσκησε κατά της ανωτέρω απόφασης προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., η οποία έγινε δεκτή με την 136/2022 απόφαση του 3ου Κλιμακίου, που ακύρωσε την προσβληθείσα απόφαση καθ' ο μέρος έκανε δεκτές άνευ ετέρου και άνευ κλήσης τους προς παροχή εξηγήσεων ως προς το ύψος της προσφερθείσας έκπτωσης, κατ' άρθρο 88 παρ. 5 α, όπως ισχύει, τις προσφορές των δύο πρώτων σε σειρά μειοδοσίας εταιρειών, ήτοι της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας ..., για το λόγο ότι οι προσφορές αυτές παρουσίαζαν απόκλιση μεγαλύτερη των 10 ποσοστιαίων μονάδων σε σχέση με τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των υποβληθεισών παραδεκτών προσφορών. Ακολούθησε η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 97/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθ. ... ΕΣΗΔΗΣ Πρακτικό II της Επιτροπής Διαγωνισμού και αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος του υπόψη διαγωνισμού, αφού εκλήθη για παροχή εξηγήσεων σχετικά με την προσφορά της.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες την 01.04.2022 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 11.04.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I 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 άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα προσδοκά την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προς το σκοπό να αναδειχθεί η ίδια οριστική ανάδοχος της σύμβασης.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την 12.04.2022 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. 6693/26.04.2022 απόψεις της σχετικά με αυτήν, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 12.04.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 26.04.2022 (την πρώτη εργάσιμη μετά τις αργίες του Πάσχα), με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει δεκτή η προσφορά της και έχει αναδειχθεί οριστική ανάδοχος.

7. 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 δε 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).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί διότι η αιτιολογία αποδοχής των εξηγήσεων της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας ... και συνακόλουθα των προσφορών τους δεν είναι πλήρης ούτε επαρκής διότι δεν γίνεται αναφορά γίνεται στα στοιχεία που υποβλήθηκαν προς αιτιολόγηση των υπερβολικά χαμηλών προσφορών ούτε σημειώνεται πώς από τα «παρεχόμενα στοιχεία» εξηγείται κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο των επίμαχων προσφορών.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά <https://www.prevedourou.gr>). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά

χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣΤΕ 2418/1976, 1061/1981).

Εν προκειμένω με το υπ' αριθ. ... ΕΣΗΔΗΣ Πρακτικό II η Επιτροπή του διαγωνισμού αποδέχτηκε τις εξηγήσεις σχετικά με την προσφορά της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας «...» αναφέροντας ως μοναδική αιτιολογία επί λέξει ότι *«αξιολόγησε τις παρεχόμενες πληροφορίες και διαπίστωσε ότι τα παρεχόμενα στοιχεία εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό την χαμηλή προσφορά»*. Περαιτέρω, με τις υποβληθείσες απόψεις της επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, δεν προέβη σε πλήρη και σαφή συμπληρωματική αιτιολογία αλλά αντιθέτως ανέφερε επί λέξει ότι *«1. η αιτιολόγηση του οικονομικού φορέα ανέλυε το κόστος των υλικών με προσκόμιση προσφορών προμηθευτών 2. ως προς τον υπολογισμό των «Γενικών Εξόδων και εργολαβικού οφέλους» ο οικονομικός φορέας έκανε χρήση της εγκυκλίου 9/2017 του Υ.ΥΠΟ.ΜΕ και έκανε ανάλυση των πραγματικών κόστων για το σύνολο των εργασιών των ομάδων»*. Επίσης, συνομολογεί ότι δεν υπήρχαν σαφείς κατευθύνσεις στην υπ' αριθμ. 97/2022 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής για τον τρόπο και των σημείων αιτιολόγησης. Όμως, οι διατάξεις του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 που αφορούν τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, επιβάλλουν, όπως έχει κριθεί (ΣΤΕ 199/2021), *«στις αναθέτουσες αρχές να ζητούν από τους διαγωνιζόμενους, οι οποίοι υποβάλλουν τέτοιες προσφορές, να προσκομίζουν τα αναγκαία δικαιολογητικά στοιχεία, για να αποδείξουν ότι οι προσφορές του είναι σοβαρές. Στο πλαίσιο αυτό, απαιτείται να διασφαλίζεται*

πραγματικός κατ' αντιπαράσταση διάλογος, ο οποίος διεξάγεται σε κατάλληλο χρονικό σημείο, διαρκούσης της 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. Εξ άλλου, προκειμένου να επιτευχθεί η απαραίτητη αποτελεσματικότητα των ως άνω διατάξεων, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να διατυπώνει με σαφήνεια το απευθυνόμενο στους διαγωνιζόμενους αίτημα, ώστε αυτοί να είναι σε θέση να αποδείξουν κατά τρόπο πλήρη και λυσιτελή τη σοβαρότητα των προσφορών τους. [...] 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 προσέφερε για κάθε ομάδα ομοειδών εργασιών. [...] 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».

Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η αιτιολογία αποδοχής των εξηγήσεων της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας «...» δεν είναι ούτε πλήρης ούτε επαρκής. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή όφειλε με την προσβαλλόμενη απόφαση να αναφέρει λεπτομερώς τα στοιχεία στα οποία στηρίχτηκε προκειμένου να κάνει δεκτές τις εξηγήσεις. Περαιτέρω δε, η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να εξασφαλισθεί πραγματικός κατ' αντιπαράσταση διάλογος με την παρεμβαίνουσα και την εταιρεία «...», όφειλε να προβεί σε συγκεκριμένο γραπτό αίτημα για παροχή διευκρινίσεων, πληροφοριών και στοιχείων επί συγκεκριμένων ερωτημάτων αφορώντων την οικονομική προσφορά τους, η οποία θα πρέπει να περιέχει σαφή και συγκεκριμένο προσδιορισμό των επί μέρους κονδυλίων της προσφοράς τους, που χρήζουν αιτιολόγησης προκειμένου να αποδειχθεί κατά τρόπο πλήρη και λυσιτελή ότι η προσφορά τους καλύπτει πλήρως το έμμεσο και άμεσο κόστος εκτέλεσης του έργου και καταλείπει εύλογο εργολαβικό κέρδος. Η τήρηση της ανωτέρω διαδικασίας είναι αναγκαία για να είναι σύνομη η εκδοθησόμενη νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής και σύμφωνη με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, που ορίζει το περιεχόμενο των εξηγήσεων που ζητούνται από τους διαγωνιζόμενους για την αιτιολόγηση της προσφοράς τους και της παρ. 3 του ίδιου άρθρου, που ορίζει ότι «Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες σε συνεννόηση με τον προσφέροντα», σε αντίθεση με την υπ' αρ. πρωτ. ... πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής προς τις ανωτέρω εταιρείες, η οποία ήταν αόριστη και δεν πληρούσε τις απαιτήσεις του άρθρου 88 του ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου συνάγεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί, γενομένου δεκτού του υπό κρίση πρώτου λόγου, προκειμένου να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή και να εκδοθεί αιτιολογημένη απόφαση κατόπιν τήρησης της νόμιμης ως άνω διαδικασίας.

10. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα με τους υπόλοιπους λόγους προβάλλει περαιτέρω αιτιάσεις για την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, η εξέταση των οποίων όμως παρέλκει ως αλυσιτελής διότι αυτή κρίθηκε ήδη ακυρωτέα σύμφωνα με τα όσα εκτέθηκαν στην ανωτέρω σκέψη 9.

11. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση.

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 την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 09 Ιουνίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ