

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Ιουνίου 2022 υπό την Μαργαρίτα Κανάβα Μέλος ΑΕΠΠ, κατόπιν της υπ' αριθμ. 1030/2022 Πράξης.

Για να εξετάσει την από 19.05.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 698/19.05.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στ... .., οδός ..., αριθμ.

Κατά της Περιφέρειας ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 166/29.04.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του υπ' αριθμ. 2/31.03.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο και αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που δεν κλήθηκε σε παροχή εξηγήσεων λόγω ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς η ένωση οικονομικών φορέων «...».

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 17.05.2022 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της

Αριθμός απόφασης: 965/2022

σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 48.148,74 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για το έργο «Μελέτη Βελτίωσης Επαρχιακού Οδικού Δικτύου ...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 28.12.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 19.05.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 9.05.2022 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, 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.

6. Επειδή στις 20.05.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 2.06.2022 στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

Αριθμός απόφασης: 965/2022

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Μονομέλους Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

9. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και η ένωση οικονομικών φορέων «...», οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος 230881 προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 61/2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής αμφότερες προσφορές κρίθηκαν τεχνικά αποδεκτές και έλαβαν βαθμολογία 61,31 ο προσφεύγων και η ένωση οικονομικών φορέων «...» 61,87. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 2/31.03.2022 Πρακτικό, η οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος ανέρχεται σε 43.125€ και της ένωσης οικονομικών φορέων «...» σε 18.881,85€ και η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανακήρυξη της εν λόγω ένωσης ως προσωρινού αναδόχου με συνολική βαθμολογία 79,87, ο δε προσφεύγων κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας με βαθμολογία 63,91. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

10. Επειδή ο προσφεύγων ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της ένωσης οικονομικών φορέων «...», ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

11. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος [...]»

Αριθμός απόφασης: 965/2022

12. Επειδή το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] 5α. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, σε κάθε περίπτωση, τεκμαίρονται προσφορές που υποβάλλονται σε διαγωνισμό και εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να κρίνει ότι συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και προσφορές με μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το ως άνω όριο. Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης.[...]».

13. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «...4.1 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού [...] Μετέπειτα, σε διακριτό στάδιο, η Επιτροπή Διαγωνισμού προβαίνει στην αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, χωρίς να παρέχει στους προσφέροντες πρόσβαση στα υποβληθέντα στοιχεία των λοιπών οικονομικών φορέων. Εν συνεχεία η Επιτροπή Διαγωνισμού προβαίνει στην αξιολόγηση και βαθμολόγηση των οικονομικών προσφορών, σύμφωνα με οριζόμενα στο άρθρο 21.3 [και συντάσσει πρακτικό, με το οποίο εισηγείται εφαρμόζοντας το κριτήριο ανάθεσης του άρθρου 21 της παρούσας, την ανάθεση της σύμβασης στον προσφέροντα που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα προσφορά (ή τη ματαίωση της διαδικασίας). Το εν λόγω πρακτικό υποβάλλεται, ως “εσωτερικό”, μέσω της λειτουργίας “επικοινωνία” του υποσυστήματος, στην αναθέτουσα αρχή, προς έγκριση.

στ) Μετά την έκδοση της απόφασης έγκρισης του πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την ως άνω απόφαση σε όλους τους προσφέροντες που υπέβαλαν αποδεκτή προσφορά και παρέχει πρόσβαση σε αυτούς στις υποβληθείσες οικονομικές προσφορές των λοιπών προσφερόντων.

21.3 Βαθμολόγηση Οικονομικής Προσφοράς

Αριθμός απόφασης: 965/2022

[...] Ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, τεκμαίρονται οικονομικές προσφορές που εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να κρίνει ότι συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και προσφορές με μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το ως άνω όριο.

Για την αξιολόγηση των προσφορών που φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 ν. 4412/2016.

Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης [...].»

14. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

15. Επειδή με την παρ. 5α του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 προβλέφθηκε ότι στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, τεκμαίρονται ως

Αριθμός απόφασης: 965/2022

ασυνήθιστα χαμηλές, σε κάθε περίπτωση, οι προσφορές που υποβάλλονται σε διαγωνισμό και εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Περαιτέρω δε, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του άρθρου 88 του ν. 4782/2021: *«Καθορίζεται ένα συνδυασμένο όριο έκπτωσης άνω του οποίου ο οικονομικός φορέας υποχρεούται μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής να υποβάλλει έγγραφες εξηγήσεις, τυχόν δε άρνησή του επάγεται την κήρυξη της προσφοράς του ως απαράδεκτης και καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Τα δε οικονομικά στοιχεία των εξηγήσεων που παραθέτει ο οικονομικός φορέας προς την αναθέτουσα αρχή αποτελούν δεσμευτική συμφωνία και τα εν λόγω στοιχεία δεν δύνανται να μεταβληθούν σε μεταγενέστερο χρόνο»*. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι υπό το νέο αυτό νομικό πλαίσιο, το οποίο αποτελεί δυνάμει του άρθρου 4.1.η της διακήρυξης και το κανονιστικό πλαίσιο του υπό κρίση διαγωνισμού, θεσπίζεται το τεκμήριο της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, το οποίο είναι μαχητό και άρα ο αναθέτων φορέας έχει δέσμια αρμοδιότητα να καλέσει τον οικονομικό φορέα, για την προσφορά του οποίου συντρέχει «καταρχήν» το εν λόγω τεκμήριο, προκειμένου να δώσει εξηγήσεις επί της προσφοράς του και, έτσι, να του δώσει τη δυνατότητα να ανατρέψει το σε βάρος του συντρέχον τεκμήριο.

16. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση του όρου 21.3 της διακήρυξης και του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 η αναθέτουσα αρχή έκρινε αποδεκτή την προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων «...», καθώς η προσφορά της εμφανίζει απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα ποσοστιαίων μονάδων από τη δική του και άρα όφειλε να την καλέσει να αιτιολογήσει την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας δεν κάλεσε της ως άνω ένωση σε διευκρινίσεις σχετικά με την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της.

16. Επειδή, δοθέντος ότι σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 9, η οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος ανέρχεται σε 43.125€ και της ένωσης οικονομικών φορέων «...» σε 18.881,85€, ήτοι η προσφορά της ως

Αριθμός απόφασης: 965/2022

άνω ένωσης εμφανίζει απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα ποσοστιαίων μονάδων από την προσφορά του προσφευγοντος, η αναθέτουσα αρχή ήταν υποχρεωμένη, κατ' εφαρμογήν του τεκμηρίου του όρου 21.3 της διακήρυξης και του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 να καλέσει την ως άνω ένωση σε παροχή εξηγήσεων, το οποίο ωστόσο δεν έπραξε. Αβασίμως δε η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι αποτελεί διακριτική της ευχέρεια να κάλεσει τον προσφεύγοντα σε εξηγήσεις δοθέντος ότι, εφόσον συντρέχει εφαρμογή του τεκμηρίου του όρου 21.3 της διακήρυξης και του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, ως εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή οφείλει κατά δεσμία αρμοδιότητα να καλέσει τον συμμετέχοντα σε εξηγήσεις και δεν διαθέτει διακριτική ευχέρεια, ενώ για τον ίδιο λόγο ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Αλυσιτελώς η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της προβάλλει ότι η προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων «...» δεν πρόκειται να αποβεί σε βάρος της μελέτης καθώς η αναθέτουσα αρχή, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 14-15, δεσμεύεται από τους όρους της διακήρυξης που η ίδια θεσπίζει αλλά και το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και άρα δεν εδύνατο νομίμως να αποστεί εκ της υποχρέωσης της, λόγω της συνδρομής εν προκειμένω του τεκμηρίου ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς του όρου 21.3 της διακήρυξης και του άρθρου 88 παρ. 5α να κάλεσει την ως άνω ένωση σε παροχή εξηγήσεων. Σημειωτέον δε ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την ανάθεση της σύμβασης σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο. Επομένως, βάσει των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση των διατάξεων του όρου 21.3 της διακήρυξης και του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 έκρινε αποδεκτή την προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων «...», χωρίς προηγουμένως να καλέσει αυτή σε παροχή εξηγήσεων, ο δε σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή ώστε να πράξει τα νόμιμα.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή

18. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 166/29.04.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που δεν κλήθηκε σε παροχή εξηγήσεων κατά τον όρο 21.3 της διακήρυξης η ένωση οικονομικών φορέων «...» και αναπέμπει στην αναθέτουσα αρχή ώστε να πράξει τα νόμιμα.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 600 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 27 Ιουνίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

ΤΟ ΜΕΛΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ