

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 17 Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Μέλος και Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου Μέλος.

Για να εξετάσει την από 11.10.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1585/13.10.2023 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...», (εφεξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη ... , όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), κατόχου της ατομικής επιχείρησης με τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στον ... , όπως νόμιμα εκπροσωπείται, που άσκησε παρέμβαση στο πλαίσιο της προδικαστικής προσφυγής.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητεί να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες υπ' αρ. 406/2023 και 353/2023 αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, και τα συμπροσβαλλόμενα από 4/8/2023 Πρακτικά I και II της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού (ΕΔΔ) που αφορούν στον διαγωνισμό με αντικείμενο τη «...», να αναγνωρισθεί ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος είναι ασυνήθιστα χαμηλή και ν' απορριφθεί για τον λόγο αυτό.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το οφειλόμενο παράβολο, ποσού 650,00 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε με την με αρ. πρωτ. .../13.07.2023 Διακήρυξη διαγωνισμό για την «...» (Αρ. μελέτης .../2023), συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού 125.249,20 € (110.840,0 € +Φ.Π.Α.24% 14.409,20 €) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 13.07.2023 με Α.Δ.Α.Μ ... , καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό...

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η Αναθέτουσα Αρχή ασκεί, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα απαραδέκτως στρέφεται κατά της υπ' αρ. πρωτ. 353/2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, δοθέντος ότι στην απόφαση με την οποία τελειούται η σύνθετη διοικητική ενέργεια του διαγωνισμού, ήτοι η κατακυρωτική απόφαση, που εν προκειμένω είναι η προσβαλλομένη υπ' αρ. 406/2023, ενσωματώνονται όλες οι προηγούμενες εκτελεστές διοικητικές πράξεις, αυτή δε είναι η μόνη παραδεκτώς προσβαλλομένη (βλ. *Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 227). Ομοίως απαραδέκτως στρέφεται αυτοτελώς και κατά των από 4/8/2023 Πρακτικών I και II της Επιτροπής Διαγωνισμού, τα οποία στερούνται εκτελεστότητας ως γνωμοδοτικού χαρακτήρα. Η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 11.10.2023 με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του π.δ. 39/2017 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, δοθέντος ότι η παραδεκτώς προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στις 02.10.2023, ομοίως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

ΕΣΗΔΗΣ. Μετ' εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, δοθέντος ότι η προσφορά της έγινε δεκτή, κατετάγη, δε, δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας και στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος που, δυνάμει της παραδεκτώς προσβαλλόμενης, αναδείχθηκε οριστικός ανάδοχος, επιδιώκοντας την ανάθεση σε αυτήν της σύμβασης.

5. Επειδή, στις 12.10.2023 η Αναθέτουσα Αρχή, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, κοινοποίησε προς τους ενδιαφερόμενους την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 1905/2023 Πράξη του Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης.

7. Επειδή, στις 16.10.2023 και, εν συνεχεία, στις 17.10.2023, ο παρεμβαίνων κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, έγγραφο σε ορθή επανάληψη που τιτλοφορεί «ΥΠΟΜΝΗΜΑ» το οποίο, κατ' ορθή ερμηνεία αυτού, εκλαμβάνεται και εξετάζεται ως παρέμβαση, η οποία ασκήθηκε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς από τον αναδειχθέντα, δυνάμει της προσβαλλόμενης, οριστικό ανάδοχο.

8. Επειδή, στις 23.10.2023 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α978/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ η οποία απέρριψε το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

9. Επειδή, στην παρ. 1 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή διαβιβάζει στην ΕΑΔΗΣΥ, το αργότερο εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής, μαζί με τον πλήρη φάκελο της υποθέσεως, μεταξύ άλλων, τις απόψεις της επί της προσφυγής, με τις οποίες μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξεως. Στην ίδια παράγραφο του άρθρου αυτού ορίζεται, ακόμη, ότι συμπληρωματικά υπομνήματα κατατίθενται από οποιοδήποτε από τα μέρη, το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών από τη

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Στην παράγραφο 8 του ίδιου άρθρου ορίζεται ρητώς, ότι οι προθεσμίες του άρθρου αυτού είναι αποκλειστικές. Οι ως άνω αποκλειστικές προθεσμίες, σε συνδυασμό με την, επίσης, αποκλειστική προθεσμία του ίδιου άρθρου, για ορισμό ημέρας εξετάσεως της προσφυγής, η οποία δεν μπορεί να απέχει περισσότερο από σαράντα (40) ημέρες από την ημερομηνία καταθέσεώς της, καθώς και την, ομοίως, αποκλειστική προθεσμία για έκδοση αποφάσεως εντός είκοσι ημερών από την εξέτασή της, που προβλέπεται στο άρθρο 367 παρ. 1 του ίδιου Ν. 4412/2016, εξυπηρετούν την έγκαιρη συμπλήρωση του φακέλου της υπόθεσης, παρεχόμενης, βεβαίως, προς όλες τις πλευρές της δυνατότητας αντικρούσεως των εκατέρωθεν προβαλλομένων. Περαιτέρω, κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, η αντίκρουση της παρεμβάσεως, με συμπληρωματικό υπόμνημα του προσφεύγοντος δεν συνδέεται αναγκαίως με προηγούμενη αποστολή των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, αλλά, απλώς, καθορίζεται ο χρόνος κατάθεσής του. Ενόψει τούτων, στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δεν αποστείλει απόψεις, αλλά κατατεθεί παρέμβαση, το συμπληρωματικό υπόμνημα του προσφεύγοντος προς αντίκρουση της παρεμβάσεως, υποβάλλεται παραδεικτώς, εντός ευλόγου χρόνου από την κατάθεση της παρεμβάσεως, ο οποίος δεν θα πρέπει να υπερβαίνει τις πέντε ημέρες, ώστε να καθίσταται εγκαίρως ώριμη η υπόθεση προς συζήτηση, για να είναι δυνατή, στη συνέχεια, η τήρηση των αποκλειστικών προθεσμιών για την εξέταση της προσφυγής και για την έκδοση αποφάσεως επ' αυτής. Σε αντίθετη περίπτωση, αν, δηλαδή, η κατάθεση του συμπληρωματικού υπομνήματος του προσφεύγοντος προς αντίκρουση της παρεμβάσεως προϋπέθετε την προηγούμενη, σε κάθε περίπτωση, αποστολή απόψεων της αναθέτουσας αρχής, ο προσφεύγων δεν θα είχε τη δυνατότητα αντικρούσεως της παρεμβάσεως, κατά παράβαση βασικού δικαιώματός του προς αντίκρουση των προβαλλομένων από άλλο πρόσωπο της υποθέσεως. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, στις 15.11.2023, κοινοποίησε το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της προς αντίκρουση των περιλαμβανομένων στην ασκηθείσα παρέμβαση. Ωστόσο, ενόψει των ανωτέρω, αυτό δεν λαμβάνεται υπόψη από

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

το Κλιμάκιο, ως κατατεθέν εκτός του παραπάνω ευλόγου χρόνου, ήτοι υπερβαίνει τις πέντε ημέρες από την κατάθεση της παρέμβαση.

10. Επειδή, με την παραδεκτώως προσβαλλόμενη απόφαση αποφασίστηκε η έγκριση του αποτελέσματος του από 18.09.2023 Πρακτικού ΙΙΙ Ελέγχου Κατάθεσης των Δικαιολογητικών του προσωρινού μειοδότη και η κατακύρωση του αποτελέσματος του επίμαχου διαγωνισμού στον παρεμβαίνοντα με ποσό προσφοράς πενήντα χιλιάδων ενενήντα εννέα ευρώ και εξήντα οχτώ λεπτά (50.099,68€) συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 13%.

11. Επειδή, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντας τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.).

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρ. 88 «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές (άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) - Εξουσιοδοτική διάταξη», «1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. Αν οικονομικός φορέας δεν ανταποκριθεί στη σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής εντός της άνω προθεσμίας και δεν υποβάλλει εξηγήσεις, η προσφορά του απορρίπτεται ως μη κανονική και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. 2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφος 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

την παράγραφο 1 του άρθρου 89. 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18....». Στο άρ. 3.1.2.1 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι «...Εάν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 ν. 4412/2016. Εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, η προσφορά απορρίπτεται ως μη κανονική....».

13. Επειδή, με τον μόνο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει πως από τον ενδεικτικό υπολογισμό του κόστους κάποιων μόνο από τα προϊόντα και τις πρώτες ύλες, που απαιτούνται για την εκτέλεση της σύμβασης προκύπτει ότι το κόστος μόνο των τεσσάρων συγκεκριμένων πρώτων υλών (...) ανέρχονται στο ποσό των 16.807,07 €, δηλαδή στο ένα τρίτο περίπου του προϋπολογισμού της προσφοράς και απομένουν για την εκτέλεση του έργου προϊόντα όπως ... (...κόστος συσκευασίας και μεταφοράς). Περαιτέρω, αναφέρει πως η προσφορά του παρεμβαίνοντος ανέρχεται στο ποσό των 1,60 € ανά γεύμα, ενώ η δική της προσφορά στο ποσό των 3,33 € και η προσφορά της ... εταιρίας με την επωνυμία «...» στα 3,90 €, εκ των οποίων προκύπτει ότι η έκπτωση του παρεμβαίνοντος ανέρχεται σε ποσοστό 60%, η έκπτωση της δικής της προσφοράς σε ποσοστό 16,75 % και η έκπτωση της τρίτης προσφέρουσας σε ποσοστό 2,5 %, επομένως, ο μέσος όρος έκπτωσης των

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

υπόλοιπων προσφορών, πέραν της προσφοράς της προσφεύγουσας είναι 39,625 % και η διαφορά μεταξύ του μέσου όρου έκπτωσης των υπόλοιπων προσφορών και της έκπτωσης αυτής είναι 20,375 %. Ακολούθως, υποστηρίζει πως η Διακήρυξη παραπέμπει στις καταργηθείσες διατάξεις της με αριθμό 14/1989 Αγορανομικής Διάταξης, τις οποίες κατήργησε η Διάταξη 7/2009 που, ακολούθως, καταργήθηκε το έτος 2014 και πως σήμερα αντίστοιχες διατάξεις αυτών των παραπάνω αγορανομικών διατάξεων έχουν τεθεί με την με αριθμό 91354/24-8-2017 ΥΑ (ΦΕΚ Β' 2983/30.08.2017) με τίτλο «Κωδικοποίηση Κανόνων Διακίνησης και Εμπορίας Προϊόντων και Παροχής Υπηρεσιών (Κανόνες Δι.Ε.Π.Π.Υ.)», στην οποία όμως δεν περιλαμβάνονται κανόνες, που να καθορίζουν το βάρος μερίδας. Περαιτέρω, αναφέρει πως θα πρέπει να θεωρηθεί ότι το βάρος μερίδας, που ορίζει η Διακήρυξη, εφόσον στην ίδια δεν γίνεται αναφορά, είναι αυτό, που οριζόταν στις καταργημένες διατάξεις της αγορανομικής διάταξης 14/1989, με βάση το άρθρο 212 της οποίας προβαίνει στον υπολογισμό του κόστους των προσφερόμενων προϊόντων εκ μέρους του παρεμβαίνοντος, ώστε να καταδειχθεί ότι η προσφορά της είναι ασυνήθιστα χαμηλή. Ειδικότερα, για το ... , αναφέρει πως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 212 της ΑΔ 14/1989 η ... καθορίζεται σε 65 γραμμάρια, παραθέτει, δε, πίνακα που περιλαμβάνει στήλες με τίτλους «Μερίδες» «Ημέρες» «Βάρος μερίδας» «Συνολικό βάρος για όλη την σύμβαση σε γραμμάρια» «Βάρος σε κιλά» «Μέση τιμή ανά κιλό χονδρικής» και «Σύνολο πρώτων υλών», όπου, στην τελευταία στήλη αναγράφει το ποσό των «12.608,05 €». Αναφέρει, δε, ότι, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι η μερίδα των 65 γραμμαρίων είναι υπερβολική και υπολογιστεί το ήμισυ αυτής, τότε το κόστος προμήθειας για το σύνολο της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 6.304,03 €. Δηλαδή μόνο το ... κοστίζει ανά γεύμα (6.304,03 € / 27710 γεύματα =) 0,23 €, συνεπώς, από το συνολικό ποσό της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ανά γεύμα, που ανέρχεται σε 1,60 €, ποσοστό 14% αφορά στην προμήθεια ... υπολογισμένο με ποσότητα στο ήμισυ της ποσότητας που ορίζει η Διακήρυξη του διαγωνισμού, δηλαδή, εάν ο υπολογισμός γίνει με την ποσότητα που ορίζει η Διακήρυξη του διαγωνισμού, τότε μόνο η προμήθεια επαρκούς ποσότητας ... αναλώνει το 28% του

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

συνολικού προϋπολογισμού της προσφοράς του ανωτέρω. Ως προς το ... , αναφέρει πως, σύμφωνα με το άρθρο 8 του Παρατήματος Ι της Διακήρυξης και το εβδομαδιαίο διαιτολόγιο (μενού) σ' αυτό περιλαμβάνονται πέντε (5) μερίδες γευμάτων ... και πως, κατ' άρ. 212 της ΑΔ 14/1989, μία μερίδα ... ορίζεται σε 125 γραμμάρια, σύμφωνα, δε, με το Δελτίο Πιστοποίησης τιμών πώλησης ... Αυγούστου 2023 του Τμήματος Εμπορίου της Π.Ε. ... (βλ. έγγραφο με αρ. πρωτ. Οικ. .../1-8-2023) η τιμή του ... ανερχόταν σε 3,65 €, συνεπώς, εφόσον κατά την περίοδο των πέντε εβδομάδων, δηλαδή των τριάντα πέντε ημερών πέντε γεύματα περιλαμβάνουν ... δηλαδή το 1/7 των συνολικών γευμάτων, τότε συνολικά ... περιλαμβάνουν τα γεύματα είκοσι τρεις (23) ημέρες κατά την διάρκεια της σύμβασης. Εν συνεχεία, παραθέτει πίνακα που περιλαμβάνει στήλες με τίτλους «Μερίδες» «Ημέρες» «Βάρος μερίδας» «Συνολικό βάρος για όλη την σύμβαση σε γραμμάρια» «Βάρος σε κιλά» «Μέση τιμή ανά κιλό» και «Σύνολο πρώτων υλών», όπου, στην τελευταία στήλη αναγράφει το ποσό των «1.739,95 €». Ακολούθως, αναφέρει, ως προς το ότι, σύμφωνα με το άρθρο 8 του Παρατήματος Ι της Διακήρυξης και το εβδομαδιαίο διαιτολόγιο (μενού) σ' αυτό περιλαμβάνονται έξι (6) μερίδες γευμάτων ... και πως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 212 της ΑΔ 14/1989 μία μερίδα ... ορίζεται σε 125 γραμμάρια. Σύμφωνα με το Δελτίο Πιστοποίησης τιμών πώλησης – ... Αυγούστου 2023 του Τμήματος Εμπορίου της ... (βλ. έγγραφο με αρ. πρωτ. Οικ. 126761/1-8-2023) η τιμή του ανερχόταν σε 12,22 € (...), 13,65 € (...) και 12,64 € (...) και η τιμή του σε 7,53 € (...), 8,05 € (...) και 7,45 € (...). Περαιτέρω, αναφέρει πως, η Διακήρυξη, μόνο για ένα από τα παραπάνω γεύματα ορίζει ότι πρόκειται για (... κοκκινιστό), ενώ για τα άλλα δεν ορίζεται η προέλευση του ..., επομένως υπολογίζει τον μέσο όρο των χαμηλότερων από τις παραπάνω τιμές (... και ... κρεάτος) ήτοι $(12,22 \text{ €} + 7,45 \text{ €} = 19,67 \text{ €} / 2 =) 9,84 \text{ €}$ ανά κιλό. Ακολούθως, παραθέτει πίνακα που περιλαμβάνει στήλες με τίτλους «Μερίδες» «Ημέρες» «Βάρος μερίδας» «Συνολικό βάρος για όλη την σύμβαση σε γραμμάρια» «Βάρος σε κιλά» «Μέση τιμή ανά κιλό» και «Σύνολο πρώτων υλών», όπου, στην τελευταία στήλη αναγράφει το ποσό των «5.436,60 €». Εν συνεχεία, για το ..., αναφέρει πως, σύμφωνα με την § 8 του άρθρου 8 του Παρατήματος Ι

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

της Διακήρυξης ο προσφερόμενος ... πρέπει να έχει βάρος ανά μερίδα 70 γραμμάρια και πως, σύμφωνα με δημοσιεύσεις στον ηλεκτρονικό τύπο, η τιμή του ... έχει διαμορφωθεί από τον Μάρτιο του 2022 σε 1,10 € έως 1,30 € το μισό κιλό, δηλαδή η τιμή του κιλού κατά το κατώτατο όριο έχει διαμορφωθεί σε 2,20 €, η δε τιμή χονδρικής μπορεί να υπολογιστεί σε περίπου 1,70 € ανά κιλό. Συνεπώς, υποστηρίζει ότι, εφόσον κάθε μερίδα γεύματος περιλαμβάνει ποσότητα ... 70 γραμμαρίων, η συνολική ποσότητα ... ανέρχεται σε 1.939,70 κιλά ..., στον δε πίνακα που παραθέτει, ο οποίος περιλαμβάνει στήλες με τίτλους «Μερίδες» «Ημέρες» «Βάρος μερίδας» «Συνολικό βάρος για όλη την σύμβαση σε γραμμάρια» «Βάρος σε κιλά» «Μέση τιμή ανά κιλό χονδρικής» και «Σύνολο πρώτων υλών», στην τελευταία στήλη αναγράφει το ποσό των «3.297,49 €». Από τον παραπάνω ενδεικτικό υπολογισμό κόστους που παραθέτει στην προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται πως προκύπτει ότι, μόνο από τα είδη ..., ... και ..., το κόστος προμήθειας μόνο των πρώτων υλών ανέρχεται σε 16.870,07 €, δηλαδή σε ποσοστό 38 % της συνολικής αξίας της προσφοράς και πως, εάν υπολογιστεί μόνο το κόστος των πρώτων υλών, τότε αποδεικνύεται ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος είναι ασυνήθιστα χαμηλή και θα έπρεπε η Αναθέτουσα Αρχή να αιτιολογήσει ειδικά την επιλογή της προσφοράς του. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει πως, για την εκτέλεση της σύμβασης απαραίτητα είναι τα υλικά συσκευασίας, με ελάχιστο κόστος 0,10 € ανά μερίδα φαγητού και συνολικό κόστος 2.771,00 €, καθώς και η αγορά ... Συνεπώς, ισχυρίζεται πως η Αναθέτουσα Αρχή παραβίασε τις διατάξεις του άρθρου 88 Ν. 4412/2016 καθώς παρέλειψε να ζητήσει πρόσθετες επεξηγήσεις του τρόπου κοστολόγησης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και την απόδειξη της σοβαρότητας και φερεγγυότητας της προσφοράς του, προκειμένου να κρίνει αν είναι η προσφορά αυτή ασυνήθιστα χαμηλή και να την απορρίψει ή όχι.

14. Επειδή, ο παρεμβαίνων υποστηρίζει πως, για την αγορά των εμπορευμάτων, που αφορούν στην υλοποίηση της συγκεκριμένης σύμβασης, έχει επιτύχει τη διαμόρφωση συμφωνιών, ειδικών ως προς αυτόν, με την αγορά, για παράδειγμα ... (... ..), ... και άλλων εμπορευμάτων, σε τιμές χαμηλότερες από την τιμή προσφοράς του ραφίου και πως, κατ' αυτόν τον

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

τρόπο, επιτυγχάνει τη μείωση του κόστους παραγωγής των τελικών προϊόντων. Ακολούθως, προβαίνει σε ενδεικτικό υπολογισμό κόστους των ανωτέρω ειδών και δη της, ... και ... και σημειώνοντας ότι, σε κάθε περίπτωση, το προτεινόμενο μενού από έκαστο των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό είναι ενδεικτικό και όχι περιοριστικό. Από δε τον υπολογισμό αυτό, αναφέρει πως προκύπτει ότι το κόστος προμήθειας των παραπάνω ειδών ανέρχεται σε 9.920,17€, δηλαδή σε ποσοστό σχεδόν του 1/5 της συνολικής αξίας της προσφοράς της. Συναφώς, επισυνάπτει 1) την από 13-10-2023 προσφορά ..., 2) την από 13-10-2023 προσφορά ... και 3) την από 13-10-2023 προσφορά για προμήθεια ... και αναφέρει πως το κόστος των υλικών συσκευασίας για την ίδια ανέρχεται στο ποσό των 0,06 ευρώ ανά μερίδα φαγητού, ήτοι στο συνολικό ποσό των 1.662,60 ευρώ. Περαιτέρω, ισχυρίζεται πως η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει σε αντίστοιχο ανοικτό διαγωνισμό και κρίθηκε οριστική ανάδοχος εκτελώντας το έργο της διακήρυξης «... συνολικού ποσού 42.120,74 ευρώ» του ... με προσφορά που ανέρχονταν μόλις στο ποσό των 1,42 ευρώ. Ακόμη, αναφέρει ότι, ως προς το κόστος μετακίνησης των οχημάτων, έχει μηδενικό κόστος, καθώς έχει εξασφαλίσει την προμήθεια του πετρελαίου, που απαιτείται για το σύνολο των οχημάτων μεταφοράς των προϊόντων για όλη την χρονική περίοδο υλοποίησης της σύμβασης, προσκομίζει, δε τα σχετικά τιμολόγια αγοράς συνολικής ποσότητας 5.000 λίτρων, με ημερομηνία αγοράς την 16-06-2023 και την 19-07-2023. Περαιτέρω, υποστηρίζει πως το προσωπικό απαρτίζεται από τη σύζυγό του και αντίστοιχα, από υπάλληλο, που εργάζεται για την επιχείρησή του αρκετά χρόνια, έχει εξειδικευτεί στις εγκαταστάσεις του και ο εξοπλισμός είναι απόλυτα κατάλληλος για τη γρήγορη και έγκαιρη παρασκευή των γευμάτων, ενώ αντίστοιχα η συνεργαζόμενη εταιρία «...(εξωτερικός συνεργάτης), που συνεργάζεται μαζί του, με σύμβαση έργου, παρέχει άμεσα τις υπηρεσίες του και για το λόγο αυτόν εξασφαλίζει την παροχή της καλύτερης δυνατής ποιότητας προϊόντων σε συνδυασμό με την καλύτερη δυνατή αξιοποίηση του εξοπλισμού και την πλήρη συνεργασία με το απόλυτα εξειδικευμένο προσωπικό. Περαιτέρω, αναφέρει πως προσκομίζει συμβάσεις,

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

με χαμηλές προσφορές αντίστοιχες με την προσφορά του υπό κρίση διαγωνισμού, τις οποίες έχει υλοποιήσει σε προγενέστερο χρονικό διάστημα.

15. Επειδή, επί του μόνου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Για την τεκμηρίωση της προσφερόμενης τιμής, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να αποδείξουν με κάθε πρόσφορο τρόπο, και – ενδεικτικώς, αλλά όχι αποκλειστικώς – με αναφορά στα στοιχεία της παρ. 2 του άρθρου 88 Ν. 4412/2016 την σοβαρότητα και την φερεγγυότητα των προσφορών τους σε σχέση με την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση (βλ. ΔΕΕ C–568/13, 18.12.2014, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze EU:C:2014:2466, σκ. 50, C-599/10, 29.03.2021, AE SAG ELV Slovensko κ.λπ., EU:C:2012:191, σκέψεις 29 και 30). Και, ναι μεν τα στοιχεία του άρθρου 88 παρ. 2 Ν. 4412/2016 αναφέρονται ενδεικτικά, και όχι περιοριστικά, τούτο, όμως, δεν σημαίνει ότι οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να τεκμηριώσουν την προσφερόμενη τιμή με στοιχεία κρίσιμα σε σχέση με την συγκεκριμένη σύμβαση, και όχι με την εν γένει επιχειρηματική τους δραστηριότητα ή με προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες (πρβλ. ΔΕΕ Slovensko, ο.π., σκ. 30, ΔΕφΑθ 120/2020). Περαιτέρω, στις περιπτώσεις αυτές, απαιτείται η ανάπτυξη μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του διαγωνιζομένου ενός ουσιαστικού διαλόγου, ο οποίος πρέπει να λαμβάνει χώρα σε χρόνο κατάλληλο, ήτοι κατά την αξιολόγηση των προσφορών και πριν τη λήψη της απόφασης για την ανάθεση της σύμβασης, με σκοπό την αποτροπή αυθαίρετων εκτιμήσεων της αναθέτουσας αρχής και τη διασφάλιση πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των υποψηφίων αναδόχων. Στο πλαίσιο αυτό, δεν αποκλείεται, μετά την αρχική εκτίμηση των απαντήσεων των οικονομικών φορέων, να κληθούν αυτοί εκ νέου, 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). Η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αξιολογήσει το σύνολο των υποβαλλόμενων στοιχείων και να κρίνει επ’ αυτών με αιτιολογημένη κρίση, πριν την απόφασή της για την αποδοχή ή την απόρριψη της προσφοράς. Εκ τούτων παρέπεται ότι η αξιολογική κρίση ως προς τις παρασχεθείσες εξηγήσεις επί της εκάστοτε κατατεθείσας προσφοράς διαγωνιζομένου πρέπει

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

να γίνεται πρωτογενώς από την αναθέτουσα αρχή, η οποία οφείλει να προβεί σε ευρύ έλεγχο ουσίας των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ενώ οι κρίσεις της υπόκεινται σε έλεγχο αιτιολογίας από τα αρμόδια όργανα, όπως εν προκειμένω η ΕΑΔΗΣΥ (πρβλ. ΕΛΣυν Μειζ. 804/2018). Εξάλλου, σε περίπτωση κατά την οποία διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζόμενου, γεννάται αντίστοιχη υποχρέωσή της να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιαστών ισχυρισμών. Η απάντηση αυτή πρέπει να είναι νομίμως αιτιολογημένη, η δε νομιμότητα και επάρκεια της σχετικής αιτιολογίας αποτελεί αντικείμενο ελέγχου από την ΕΑΔΗΣΥ (βλ. ΣΤΕ 7μ 726/2022, ΣΤΕ 199/2021, 154/2021, ΕΑ ΣΤΕ 12/2020). Ωστόσο, οι διαγωνιζόμενοι δεν εμποδίζονται να προβάλλουν το πρώτον ισχυρισμούς περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών έτερων προσφερόντων, με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, τους ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ (πρβλ. ΣΤΕ 7μ 726/2022, σκ. 32, ΑΕΠΠ 1554/2021, σκ. 11), προς την οποία, άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται κατ' άρθρο 365 παρ. 1 περ. β' Ν. 4412/2016 να υποβάλλει απόψεις, με τις οποίες έχει τη δυνατότητα να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία, στην περίπτωση αυτή, μπορεί να αναφέρεται ιδίως στις αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών έτερων προσφερόντων. Στην περίπτωση αυτή, εφόσον διαπιστωθεί από την ΕΑΔΗΣΥ, κατά την εξέταση προβαλλόμενων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών του προσφεύγοντος, ότι ένας προσφέρων υπολόγισε κονδύλια για την εκτέλεση της σύμβασης, το ύψος των οποίων κρίνεται ανεπαρκές, ο αποκλεισμός του διαγωνιζόμενου από τη διαδικασία ανάθεσης αποτελεί αποκλειστική αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, αφού αυτή κρίνει αιτιολογημένα ότι τα στοιχεία που παρείχε ο διαγωνιζόμενος δεν εξηγούν ικανοποιητικά την προσφερόμενη τιμή και ότι αυτή δεν επαρκεί για την υλοποίηση της συγκεκριμένης σύμβασης, της ΕΑΔΗΣΥ μη δυνάμενης να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή ως προς την άσκηση της συγκεκριμένης αρμοδιότητας (πρβλ. ΣΤΕ 602/2021, ΕΑ ΣΤΕ 288/2020).

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

16. Επειδή, εν προκειμένω, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα προέβαλε με την προσφυγή της ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς ως προς το ύψος του ποσού που έχει δηλώσει ο παρεμβαίνων αναφορικά με τα επιμέρους κόστη των ειδών, και ..., κατά την κρίση της οποίας καθιστούν την προσφορά του ασυνήθιστα χαμηλή, σε αυτήν την περίπτωση ανακύπτει υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να αιτιολογήσει την απόφασή της πλήρως, ειδικώς και σαφώς περί ύπαρξης έγκυρης προσφοράς (ΔΕφΘεσσαλονίκης 167/2019). Κατά, δε, τα γενόμενα δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, δεδομένου ότι η Αναθέτουσα Αρχή ουδόλως προέβη σε κατάθεση απόψεων, με τις οποίες υποχρεούτο να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιωδών ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς του παρεμβαίνοντος, οφείλει όπως καλέσει τον παρεμβαίνοντα για παροχή διευκρινίσεων, ως προς τα κόστη αυτά, κατ' άρ. 88 του Ν. 4412/2016 και 3.1.2.1 της Διακήρυξης, της ΕΑΔΗΣΥ μη δυνάμενης να υποκαταστήσει την Αναθέτουσα Αρχή ως προς την άσκηση της συγκεκριμένης αρμοδιότητας. Επομένως, ο μόνος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η παρέμβαση να απορριφθεί, η προσβαλλόμενη να ακυρωθεί και η υπόθεση να αναπεμφθεί στην Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου να ασκήσει τις κατά τα άρθρα 88 του Ν. 4412/2016 και 3.1.2.1 της Διακήρυξης ενέργειές της και το παράβολο να επιστραφεί.

Αριθμός απόφασης : 1820/2023

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την 406/2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής και αναπέμπει την υπόθεση στην Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου να ασκήσει τις κατά τα άρθρα 88 του Ν. 4412/2016 και 3.1.2.1 της Διακήρυξης ενέργειές της, κατά τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα στο - σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 17.11.2023 και εκδόθηκε στις 07.12.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ