

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 06 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α204/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, την, από 21.10.2021, προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1983/22.10.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 382/21.09.2021 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατ' αποδοχή του, από 30.07.2021, πρακτικού της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «...», εκτιμώμενης αξίας 997.999,76 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (ΑΔΑΜ .../14.10.2020, συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... ποσού

Αριθμός απόφασης: Σ 360/2023

τεσσάρων χιλιάδων είκοσι πέντε ευρώ (4.025,00 €) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 21.10.2021, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1983/22.10.2021, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 21.10.2021.

5. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 382/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κρίθηκε ότι η προσφορά της προσφεύγουσας, με ποσοστό έκπτωσης 48,73% είναι ασυνήθιστα χαμηλή, υπό την έννοια του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 και περαιτέρω, εναλλακτική, κατά παράβαση του άρθρου 13.4 της διακήρυξης ασκήθηκε η υπό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1983/22.10.2021 προσφυγή, επί της οποίας εκδόθηκε η υπ' αριθμ. Σ726/2022 απόφαση της Αρχής, με την οποία απορρίφθηκε, τόσο ο 1^{ος}, όσο και ο 2^{ος} λόγος προσφυγής (1^{ος} . αοριστία πρόσκλησης προς παροχή διευκρινίσεων επί της οικονομικής προσφοράς και 2^{ος} . μη νόμιμη και ελλιπής/πλημμελής αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς). Ωστόσο, μετά την άσκηση της, από 27.05.2022, αίτησης αναστολής-ακύρωσης της προσφεύγουσας, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. Α204/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ..., με την οποία κρίθηκε ότι απορρίφθηκαν σιωπηρώς οι διευκρινίσεις της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τις οποίες, εάν τυχόν τα υλικά από τις εκσκαφές είναι ακατάλληλα προς χρήση, θα προμηθευθεί τα κατάλληλα αδρανή υλικά (αμμοχάλικο) από προμηθευτή και συγκεκριμένα, από την επιχείρηση του κ. ... (Επιχείρηση ...), από τον οποίο έχει λάβει την, από 02.11.2020, προσφορά, την οποία και υπέβαλε στην

Αριθμός απόφασης: Σ 360/2023

αναθέτουσα αρχή μαζί με τις διευκρινίσεις της. Επομένως, κρίθηκε ότι το εν λόγω τεχνικής φύσεως ζήτημα είναι μη εκκαθαρισμένο κατά το πραγματικό και δεν δύναται να εξεταστεί πρωτογενώς από το δικαστήριο (πρβλ. ΕΑ του ΣΤΕ 981, 477/2009).

6. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε την υπ' αριθμ. 433/2021 απόφασή της, με θέμα: «Έκφραση απόψεων επί προσφυγής της εταιρείας «...» ενώπιον της ΑΕΠΠ για το έργο: «...», η οποία ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προέκυψαν τα ακόλουθα: Επισημαίνεται αρχικώς ότι στις διευκρινίσεις που παρείχε η προσφεύγουσα επί της οικονομικής της προσφοράς, δήλωσε ότι όσον αφορά στην εκτέλεση της εργασίας του άρθρου ΑΤ.3 «προμήθεια κοκκώδους υλικού μεγέθους κόκκων έως 200mm των 2400μ3», δεν θα προμηθευτεί υλικά από το εμπόριο, αλλά θα κάνει χρήση της δυνατότητας που προβλέπεται στο Τιμολόγιο μελέτης και στο άρθρο 5 της ΕΣΥ και επομένως, θα χρησιμοποιήσει τα επί τόπου υλικά, κατόπιν επεξεργασίας (διαλογής, κοσκίνισματος κ.ο.κ.) του 80%. Ως προς το ανωτέρω ζήτημα (2^{ος} λόγος προσφυγής), με την υπ' αριθμ. Σ726/2022 απόφαση της Αρχής κρίθηκε ότι στην επίμαχη διακήρυξη δεν προβλέπεται η προμήθεια κοκκώδους υλικού, κατόπιν επεξεργασίας (διαλογή/κοσκίνισμα, κλπ) των προς εκσκαφή υλικών, άλλως, ότι δεν προβλέπεται η χρησιμοποίηση (συλλεκτού) κοκκώδους υλικού, που βρίσκεται στον τόπο εκτέλεσης του έργου (βλ. σκέψη 10 της απόφασης). Ως προς τον επιμέρους ισχυρισμό της προσφεύγουσας, που διατυπώθηκε στο πλαίσιο ανάπτυξης του 2^{ου} λόγου προσφυγής της, σύμφωνα με τον οποίον σε περίπτωση που τα υλικά από τις εκσκαφές κριθούν ακατάλληλα προς χρήση, έχει εξασφαλίσει την προμήθεια των κατάλληλων αδρανών υλικών (αμμοχάλικο) από την επιχείρηση του ..., πρέπει να επισημανθούν τα ακόλουθα: Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εκτιμήσει εάν οι υποβληθείσες σε διαγωνισμό οικονομικές προσφορές είναι ασυνήθιστα χαμηλές. Η ενεργοποίηση του μηχανισμού του ως άνω άρθρου, ήτοι, η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ελέγχει τη σοβαρότητα μιας προσφοράς, εξαρτάται από την προηγούμενη ύπαρξη αμφιβολιών όσον αφορά την αξιοπιστία και τη φερεγγυότητά της. Σε περίπτωση που η

Αριθμός απόφασης: Σ 360/2023

αναθέτουσα αρχή, κατά την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η οικονομική προσφορά συμμετέχοντος παρίσταται ασυνήθιστα χαμηλή σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, εμφανίζει, δηλαδή, ουσιώδη απόκλιση από τον προϋπολογισμό της σύμβασης, οφείλει, πριν απορρίψει την προσφορά αυτή, να καλέσει τον διαγωνιζόμενο, προκειμένου αυτός να παράσχει τις απαραίτητες διευκρινίσεις σχετικά με τα στοιχεία που συγκροτούν την προσφορά του. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να μην απορρίπτει προσφορές χωρίς να εξετάζει εάν, λαμβανομένων υπ' όψιν των συνθηκών της συγκεκριμένης υπό σύναψη σύμβασης και των παρεχόμενων από τον διαγωνιζόμενο διευκρινίσεων, το αναφερόμενο στην προσφορά του διαγωνιζόμενου κόστος παροχής του προσφερόμενου έργου και το αναμενόμενο εργολαβικό κέρδος δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλά σε σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού, ώστε να καλύπτονται στοιχειωδώς οι λειτουργικές ανάγκες εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης και να καταλείπεται και ένα ποσοστό κέρδους (ΣτΕ ΕΑ 12/2020, 290/2017, 83/2017). Η προαναφερομένη διαδικασία αποσκοπεί στην εγκαθίδρυση και διεξαγωγή ενός πραγματικού και δημιουργικού διαλόγου με διαπλαστικό περιεχόμενο μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του υποψηφίου αναδόχου, προκειμένου η εν λόγω αρχή να σχηματίσει πλήρη και σαφή εικόνα για τα επιμέρους στοιχεία που συνθέτουν την οικονομική προσφορά του και, κατ' ακολουθία, να εκφέρει ασφαλή κρίση για το παραδεκτό της κατά το στάδιο αυτό. Λαμβανομένου υπ' όψιν του σκοπού που εξυπηρετεί η εν λόγω διαδικασία, ο υποψήφιος έχει τη δυνατότητα να υποβάλει προς στήριξη της προσφοράς του όλες τις διευκρινίσεις που ο ίδιος κρίνει σκόπιμες, ενόψει της φύσης και των χαρακτηριστικών της σύμβασης, οι οποίες δύνανται να αναφέρονται, μεταξύ άλλων, στην αιτιολόγηση του ύψους του προσφερόμενου τιμήματος, σε συνδυασμό με την τεκμηρίωση και την κοστολογική ανάλυση των τεχνικών λύσεων που επέλεξε για την προσήκουσα εκτέλεση του έργου και δεν είναι επιτρεπτός ο αποκλεισμός ορισμένων ειδών διευκρινίσεων, η δε υποβολή των διευκρινίσεων αυτών δεν αποτελεί αντιπροσφορά ή εναλλακτική προσφορά του υποψηφίου (ΣτΕ ΕΑ 83/2017, σκ. 12 και 14). Εν όψει των ανωτέρω αναφερόμενων, η προσφορά της εταιρείας «...» δεν αποτελεί ανεπίτρεπτη εναλλακτική προσφορά, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών

Αριθμός απόφασης: Σ 360/2023

της αναθέτουσας αρχής, ως αβάσιμων και περαιτέρω, ως αόριστων και συνεπώς, ως απαράδεκτων. Επίσης, από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς, προκύπτει ότι: i) αφού η προσφεύγουσα θα δαπανήσει 13.200€ για την αγορά υλικών από την επιχείρηση «...» [2.400 κμ συνολική ποσότητα αμμοχάλικου που απαιτείται από τα τεύχη δημοπράτησης X 5,50 ευρώ/κμ τιμή αγοράς, βάσει της προσφοράς του ως άνω προμηθευτή = 13.200 €], θα προκύψει μια επιβάρυνση της τάξεως των 10.776€ (13.200€ που θα δαπανηθούν για την αγορά των υλικών από τον προμηθευτή - 2.424€, που είναι το κοστολογημένο ποσό για τη χρήση των επί τόπου υλικών = 10.776€) και ii) θα προκύψει εργολαβικό κέρδος ποσού 3.868€ [14.644€ (εκτιμώμενο κέρδος) - 10.776€ (επιβάρυνση λόγω αγοράς υλικών από το εμπόριο, αντί για χρήση του συλλεκτού αμμοχάλικου) = 3.868€].

Επομένως, η προσφορά της προσφεύγουσας δεν δύναται να θεωρηθεί ζημιολόγος, ούτε, άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή απέδειξε κάτι τέτοιο. Θα πρέπει στο σημείο αυτό να σημειωθεί ότι μαζί με την κρινόμενη προσφυγή, η εταιρεία υπέβαλε προϋφιστάμενη του χρόνου διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού προσφορά της ως άνω εμπορικής επιχείρησης, περί πωλήσεως φθηνότερου αμμοχάλικου (αντί 4,50 ευρώ/κμ.) και ως εκ τούτου, κρίνονται αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, κατά τους οποίους, εφόσον υφίσταται διαφοροποίηση ανάμεσα στην τιμή πώλησης που αναφέρεται στην προσφυγή (4,50 ευρώ/κμ) και στην τιμή πώλησης που αναφέρεται στις διευκρινίσεις της εταιρείας (5,50 ευρώ/κμ), ορθώς αποφασίσθηκε η απόρριψη της προσφοράς της, ως αποκλίνουσα από τους όρους της μελέτης και ως μη συμμορφούμενη με το άρθρ. 88 του ν. 4412/2016, στο οποίο ζητείται σαφής περιγραφή των οικονομικών χαρακτηριστικών της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής, των παρεχόμενων υπηρεσιών, της προτεινόμενης τεχνικής λύσης κλπ.

Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι ουδόλως αποδείχθηκε ότι δια της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας δεν καλύπτονται στοιχειωδώς οι λειτουργικές ανάγκες εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης ή ότι δεν καταλείπεται ένα εύλογο ποσοστό κέρδους, οι ισχυρισμοί της τελευταίας περί μη νόμιμης απόρριψης της προσφοράς της θα πρέπει να γίνουν, εν προκειμένω, δεκτοί και ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη πράξη θα πρέπει να ακυρωθεί ως μη νόμιμη.

Αριθμός απόφασης: Σ 360/2023

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

9. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα 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 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 382/21.09.2021 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά τα αναφερόμενα ειδικότερα στο σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού τεσσάρων χιλιάδων είκοσι πέντε ευρώ (4.025,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 06 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε αυθημερόν, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ