

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 11 Ιανουαρίου 2024, με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 02.12.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1945/04.12.2023 προδικαστική προσφυγή της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...», που κατοικοεδρεύει στη «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» και δη κατά της με αριθμ. 77/2023 απόφασης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, διά της οποίας, κατ' αποδοχήν του 1ου πρακτικού της αρμόδιας επιτροπής, αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος του έργου ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 2.050,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

Αριθμός απόφασης: 211/ 2024

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος «...»), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ.1 περ. α' του π.δ.39/2017. Επέκεινα, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, η αναθέτουσα αρχή, διά του με αριθμ. πρωτ. 3884/15.12.23 εγγράφου της, υποβάλλει τις απόψεις της, μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του προκείμενου διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ομοίως δε, εμπροθέσμως και παραδεκτώς, στις 19.12.2023, η προσφεύγουσα υποβάλλει το υπόμνημα της επί των ανωτέρω απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, με την από «...» Διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «...» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισμού 410.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο οποίος διαγωνισμός αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 18.08.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό «...». Στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά οι εξής οικονομικοί φορείς, κατά σειρά μειοδοσίας: 1. Η εταιρεία με την επωνυμία «...» με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 21,23%, 2. η προσφεύγουσα ατομική επιχείρηση «...» με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 12,00%, 3. η εταιρεία με την επωνυμία «...» με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 7,16%, 4. η εταιρεία με την επωνυμία «...» με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 6,00% και 5. η εταιρεία με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...» με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 1,79%. Διά της προσβαλλομένης, κατ' αποδοχήν του 1^{ου} πρακτικού της επιτροπής και μετά την αξιολόγηση και αποδοχή των εξηγήσεων της φερόμενης ως ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς του οικονομικού φορέα «...», αποφασίσθηκε η ανάδειξη του ανωτέρω ως προσωρινού μειοδότη του διαγωνισμού. Προσέτι, η προσφεύγουσα εταιρεία που συμμετείχε στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία και υπέβαλε προσφορά, η οποία και έγινε αποδεκτή διά της προσβαλλομένης,

Αριθμός απόφασης: 211/ 2024

μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται κατά της εν λόγω απόφασης, ως βλαπτόμενος, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της έτερης διαγωνιζόμενης και αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου εταιρείας, ερειδόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, ΕΑ ΣτΕ 512/2002), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

5. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι είναι μη νόμιμη, διά της προσβαλλομένης, η αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής του οικονομικού φορέα «...», διότι υπέβαλε με την προσφορά του πλημμελώς συμπληρωμένο ΕΕΕΣ, αφού παρέλειψε να δηλώσει σε αυτό το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών συμβάσεων. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι, πλημμελώς, διά της προσβαλλομένης, έγινε αποδεκτή η προσφορά του ανωτέρω, καθώς με ανύπαρκτη και επομένως μη νόμιμη, αιτιολογία κρίθηκαν ως αποδεκτές οι εξηγήσεις που δόθηκαν από τον ανωτέρω διαγωνιζόμενο φορέα. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της δε, παραπονείται η προσφεύγουσα ότι πλημμελώς και εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να της χορηγήσει πρόσβαση ή άλλως να της κοινοποιήσει τις δοθείσες από την αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχο του έργου εξηγήσεις και τα στοιχεία που εμπεριέχονται σε αυτές, σχετικώς με την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της, τα οποία είχαν αξιολογηθεί και κριθεί από την αναθέτουσα αρχή ως αποδεκτά.

6. Επειδή, η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣτΕ 352/2016, 53/2011, ΣτΕ 3669/2015, 5022/2012), ορίζει αναφορικά με τα τιθέμενα εν προκειμένω ζητήματα τα εξής: «Άρθρο 4: Διαδικασία ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών/ Κατακύρωση/ Σύναψη σύμβασης/ Προδικαστικές προσφυγές/ Προσωρινή δικαστική προστασία 4.1 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού [...] η) Η περιγραφόμενη διαδικασία καταχωρείται στο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ή σε παράρτημά του, που υπογράφεται από τον Πρόεδρο και τα μέλη της. Ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, τεκμαίρονται

Αριθμός απόφασης: 211/ 2024

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. Στις παραπάνω περιπτώσεις, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί 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 σχετικής πρόσκλησης, η οποία αποστέλλεται μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του υποσυστήματος. 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. Αν οι εξηγήσεις δεν γίνουν αποδεκτές, η προσφορά απορρίπτεται, ωστόσο δεν καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, οι οποίες υποβάλλονται, ομοίως, μέσω της λειτουργίας « Επικοινωνία», 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. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται τα αναλυτικά αναφερόμενα στα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016 Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκληρώνει τη σύνταξη του σχετικού πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη (ή τη ματαίωση της διαδικασίας), και υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως “εσωτερικό”, προς έγκριση, μεταβιβάζοντας παράλληλα ξανά την αρμοδιότητα διαχείρισης του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στον αρμόδιο πιστοποιημένο χρήστη της αναθέτουσας αρχής. Η αποδοχή ή απόρριψη των εξηγήσεων των οικονομικών φορέων, κατόπιν γνώμης της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο ως άνω πρακτικό, ενσωματώνεται στην απόφαση της επόμενης περίπτωσης (θ). Για την εξέταση των εξηγήσεων δύναται να συγκροτούνται και έκτακτες επιτροπές ή ομάδες εργασίας, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 221 ν. 4412/2016. [...] Άρθρο 21: Δικαιούμενοι

Αριθμός απόφασης: 211/ 2024

συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης 21.1 Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται στην κατηγορία/ες έργου ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ και ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ και που είναι εγκατεστημένα σε α) σε κράτος μέλος της Ένωσης, β) σε κράτος μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), γ) σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση δημόσια σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4, 5, 6 και 7 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω Συμφωνίας, καθώς και δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην περίπτωση γ' της παρούσας παραγράφου και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. [...] Άρθρο 22: Κριτήρια ποιοτικής επιλογής Οι μεμονωμένοι προσφέροντες πρέπει να ικανοποιούν όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. [...] Κριτήρια επιλογής (22.B 22.Δ) 22.B. Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας [...] 22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια [...] 22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα [...] Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής 23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επόμενης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Το ΕΕΕΣ φέρει υπογραφή με ημερομηνία εντός του χρονικού διαστήματος, κατά το οποίο μπορούν να υποβάλλονται προσφορές. [...] Τέλος, επισημαίνεται ότι οι προσφέροντες δηλώνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια») στο πεδίο

Αριθμός απόφασης: 211/ 2024

«Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις». 23.2. Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα) Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/16, και στο άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας. [...] Άρθρο 24: Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς 24.1 Η προσφορά των διαγωνιζομένων περιλαμβάνει τους ακόλουθους ηλεκτρονικούς υποφακέλους: (α) υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» (β) υποφάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» σύμφωνα με τα κατωτέρω: 24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα υπό (α) και (β) στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ). Επίσης δύναται να περιλαμβάνει και συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, με την οποία ο οικονομικός φορέας μπορεί να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ. Η συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση υπογράφεται, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο άρθρο 79 Α του ίδιου ν. 4412/2016. β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας. [...]»

7. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κ.λπ.). Εξάλλου, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των

Αριθμός απόφασης: 211/ 2024

άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (Βλ. ΣΤΕ 194/2011).

8. Επειδή, από την γραμματική ερμηνεία των παρατεθέντων στη σκέψη 6 της παρούσας όρων της διακήρυξης προκύπτει ρητώς και εναργώς ότι οι συμμετέχοντες στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία θα πρέπει να πληρούν τα ορισθέντα εν προκειμένω κριτήρια επιλογής, ως παρατίθενται στους όρους 22.Β – 22.Δ της διακήρυξης. Σύμφωνα με τους εν λόγω κανονιστικού περιεχομένου όρους, τα κριτήρια επιλογής που θα πρέπει να ικανοποιούνται από τους συμμετέχοντες αφορούν καταρχάς στην καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, όπου απαιτείται ειδικότερα, οι οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο που τηρείται στο κράτος εγκατάστασής τους, να διαθέτουν τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και συγκεκριμένα θα πρέπει να περιλαμβάνουν στη βασική τους στελέχωση τουλάχιστον έναν (1) τεχνικό με ελάχιστη εμπειρία έξι (6) έτη, που εναλλακτικά, μπορεί να αντικατασταθεί ο ένας (1) τεχνικός με ελάχιστη εμπειρία έξι (6) έτη από δύο (2) τεχνικούς με ελάχιστη εμπειρία τρία (3) έτη, καθώς επίσης να έχουν οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, επιπλέον δε, ρητώς ορίζεται ότι δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργαλαβικών συμβάσεων. Επέκεινα, κατά τους κανονιστικού περιεχομένου όρους της υπόψη διακήρυξης και ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 23 αυτής με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής», απαιτείται κατά την υποβολή των προσφορών τους, οι οικονομικοί φορείς να υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο, ως γνωστό, ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν.1599/1986 και αποτελεί προκαταρκτική απόδειξη, προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της διακήρυξης και πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν κατά τα ως άνω καθορισθεί. Σημειωτέον δε ότι, ως ορίζεται στην υπόψη διακήρυξη, οι προσφέροντες θα πρέπει να δηλώνουν το ανεκτέλεστο

Αριθμός απόφασης: 211/ 2024

υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), ειδικότερα θα πρέπει να δηλώνουν αυτό στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» του ΕΕΕΣ τους. Ενόψει των ανωτέρω γενόμενων δεκτών, συνάγεται ότι οι συμμετέχοντες στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικοί φορείς όφειλαν να υποβάλλουν το ΕΕΕΣ τους νομίμως και προσηκόντως συμπληρωμένο, ειδικότερα να δηλώσουν σε αυτό τα σχετικά με την πλήρωση των οριζόμενων στην οικεία διακήρυξη κριτηρίων επιλογής. Άλλοις λόγοις και ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, από τους προαναφερθέντες όρους της διακήρυξης και τη σαφή διατύπωση της παρ. 23.1. αυτής προκύπτει ότι πρέπει, κατά το στάδιο της προαπόδειξης και μέσω του υποβληθέντος από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς ΕΕΕΣ, να δηλωθεί σε αυτό και στο ειδικό προς τούτο πεδίο, το ποσό του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργολαβικών συμβάσεων. Από την επισκόπηση των στοιχείων της προκείμενης υπόθεσης και ειδικότερα της προσφοράς της αναδειχθείσας διά της προσβαλλομένης προσωρινής αναδόχου εταιρείας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (με αρ. «...») εμφανίζεται ότι στο «Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής» του υποβληθέντος από την ανωτέρω ΕΕΕΣ, στο πεδίο «B: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» αυτού και ειδικότερα στο ερώτημα σχετικά με «Άλλες οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις», ο οικονομικός φορέας δηλώνει: «Το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών συμβάσεων δεν υπερβαίνει τα όρια ανεκτελέστου που τίθενται στο άρθρο 20 παρ. 4 του Ν. 3669/08 (Κ.Δ.Ε.).» Καθόσον, εντούτοις από το κανονιστικό περιεχόμενο της υπόψη διακήρυξης και τους σχετικούς όρους αυτής ρητώς προκύπτει ότι οι προσφέροντες πρέπει να δηλώνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ τους, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια») στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις», ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η ανωτέρω διαγωνιζόμενη όφειλε να δηλώσει όχι μόνον ότι δεν υπερβαίνει τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει, αλλά να αναφέρει και το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου. Και τούτο ειδικότερα διότι, η αναθέτουσα αρχή, στο τελευταίο εδάφιο του άρθρου 23.1 της διακήρυξης έθεσε ειδικό, ρητό όρο και

Αριθμός απόφασης: 211/ 2024

σαφή απαίτηση περί αναγραφής από τους διαγωνιζόμενους του ανεκτέλεστου υπολοίπου των εργολαβικών συμβάσεων και δη ουσιώδη όρο, ως αναφερόμενο στο κριτήριο επιλογής της οικονομικής / χρηματοοικονομικής επάρκειας του αναδόχου, επιπλέον δε από την απαίτηση αναγραφής του στο ως άνω ειδικό πεδίο του ΕΕΕΣ, προκύπτει ότι μόνη η δήλωση περί μη υπέρβασης του ανώτατου σχετικού ορίου ανεκτέλεστου στο ΕΕΕΣ (χωρίς την ακριβή αναγραφή του ποσού του ανεκτέλεστου) δεν αρκεί για την (προ)απόδειξη του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (βλ. ΔΕφΘεσ 591, 585/2022, 41/2022, ΔΕφΚομοτηνής 168/2022) ούτε όμως την καθιστά ελέγξιμη, κατά αυτό το στάδιο, από την αναθέτουσα αρχή. Συνακολούθως και κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η εν λόγω πλημμέλεια της προσφοράς άγει υποχρεωτικώς σε απόρριψη αυτής και δεν επιδέχεται ιάσεως ή διευκρινίσεως, κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016 ,ακόμη και υπό το νέο καθεστώς μετά το ν. 4782/2021, καθώς δεν πρόκειται για ασάφεια ή σύγχυση που η επίλυσή της καλύπτεται ευχερώς από το ίδιο το έγγραφο ή με κάποια τυπική διευκρίνιση επ' αυτού αλλά, αντιθέτως, τυχόν κλήση κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016 θα ισοδυναμούσε με υποβολή άλλου ΕΕΕΣ, κατά παράβαση επομένως του γράμματος και του πνεύματος της ως άνω διάταξης. Συνεπεία τούτων, οι προβαλλόμενοι διά του πρώτου λόγου της προσφυγής ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί και αντιθέτως πρέπει να απορριφθούν τα όσα προβάλλει, διά του εγγράφου των απόψεων της, η αναθέτουσα αρχή.

9. Επειδή, εξάλλου, από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της προκείμενης υπόθεσης συνάγεται ότι, ύστερα από την υποβολή εξηγήσεων από τον έχοντα την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά οικονομικό φορέα, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην αποδοχή αυτών των εξηγήσεων, χωρίς περαιτέρω αιτιολόγηση. Ενόψει τούτων, βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση είτε αποδοχής είτε απόρριψης της προσφοράς, πρέπει να αιτιολογήσει πλήρως και ειδικώς την απόφασή της και ιδιαίτερα να λάβει υπόψη της τις προσφερθείσες διευκρινίσεις, η δε απόφαση αυτή πρέπει να προσανατολίζεται αφενός στη φερεγγυότητα της προσφοράς και αφετέρου

Αριθμός απόφασης: 211/ 2024

στην ανάπτυξη υγιούς, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, καθόσον η κρίση της ως προς τον χαρακτηρισμό της προσφοράς, ελέγχεται δικαστικά ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει (βλ. ΕΣ 1077/2016, 3/2017) και υπάγεται στον έλεγχο της ΕΑΔΗΣΥ, όπερ, εντούτοις, πλημμελώς εν προκειμένω, δεν συντρέχει. Και ναι μεν η έκταση της υποχρέωσης αιτιολόγησης, την οποία υπέχει η αναθέτουσα αρχή 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 (ΣΤΕ ΕΑ 12/2020), ως διατυπώνει η αναθέτουσα αρχή στη συμπληρωματική της αιτιολογία, τούτο, ωστόσο δεν αναιρεί την υποχρέωση αιτιολόγησης. Άλλωστε, κατά πάγια νομολογία, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή αποτελούν πράξεις των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριζαν (βλ. σχετικά Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, αρ. περ. 642). Υπό αυτά τα δεδομένα, οι προβαλλόμενοι διά του δεύτερου λόγου της προσφυγής ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι και αντιθέτως πρέπει να απορριφθούν τα όσα προβάλλει, διά του εγγράφου των απόψεων της, η αναθέτουσα αρχή.

10. Επειδή, έτι περαιτέρω, από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της προκείμενης υπόθεσης συνάγεται ότι ύστερα από σχετικό αίτημα της προς την αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα απέκτησε πρόσβαση στα δικαιολογητικά συμμετοχής της έτερης διαγωνιζόμενης και αναδειχθείσας διά της προσβαλλομένης προσωρινής αναδόχου του έργου. Όσον αφορά την πρόσβαση και απόκτηση γνώσης από τη προσφεύγουσα των παρασχεθεισών από την ανωτέρω εξηγήσεων, η αναθέτουσα αρχή, την ενημέρωσε, μέσω του συνδέσμου «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ ότι «οι εξηγήσεις της παρ. 1 του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει, υποβλήθηκαν από το φερόμενο μειοδότη εμπρόθεσμα και σύμφωνα με τις απαιτήσεις του νόμου. Το περιεχόμενό τους αξιολογήθηκε και έγινε δεκτό από την Οικονομική Επιτροπή του «...» (απόφαση 77/2023 η οποία σας γνωστοποιήθηκε). Επειδή οι εξηγήσεις

Αριθμός απόφασης: 211/ 2024

περιλαμβάνουν στοιχεία προσωπικών δεδομένων δεν μπορούν να κοινοποιηθούν». Ανεξάρτητα από την ύπαρξη ή μη αιτήματος της προσφεύγουσας, τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, συνιστούν άρνηση χορήγησης πρόσβασης στοιχείων της προσφοράς, εμποδίζοντας ούτως την λυσιτελή άσκηση προδικαστικής και δικαστικής προστασίας, που, κατά λογική και νομική ακολουθία, ερείδεται (και) στην μετ' εννόμου συμφέροντος επιδίωξη του βλαπτόμενου από τη προσβαλλομένη, απόκτησης γνώσης των στοιχείων της προσφοράς της έτερης διαγωνιζόμενης. Εξάλλου, τα στοιχεία προσωπικών δεδομένων που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, ως αιτιολογία άρνησης χορήγησης πρόσβασης και κοινοποίησης των επίμαχων εξηγήσεων, θα μπορούσαν να απαλειφθούν, ούτως ώστε να μην διακινδυνεύεται το ανωτέρω δικαίωμα. Ως δε γίνεται δεκτό (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 114/2020), συνιστά υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να παρέχει πρόσβαση στο σύνολο των διαγωνιζομένων στα στοιχεία που έλαβε υπόψη της για την αποδοχή της προσφοράς και δη των εξηγήσεων των φερόμενων ως ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, διαφορετικά δεν μπορεί να συναχθεί πλήρης γνώση των στοιχείων στα οποία ερείδεται η εγκριτική (προσβαλλόμενη) απόφαση, συνακολούθως δεν καθίσταται δυνατό διά της προδικαστικής προσφυγής να προβληθούν συγκεκριμένες πλημμέλειες αυτής. Ενόψει τούτων, οι προβαλλόμενοι διά του τρίτου λόγου της προσφυγής ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί, αντιθέτως τα όσα προβάλλει, διά του εγγράφου των απόψεων της, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να απορριφθούν.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και επομένως η προσβαλλομένη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί καθ' ο μέρος έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του έργου. Τέλος, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τη προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 211/ 2024

Ακυρώνει την με αριθμ. 77/2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 11 Ιανουαρίου 2024 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 29 Ιανουαρίου 2024.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ

α.α. ΦΩΤΕΙΝΗ ΚΟΥΜΑΛΑΤΣΟΥ