

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 31/05/2024, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1410/18.09.2023, της προσφεύγουσας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά : «...» (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται 1) να ακυρωθούν α) το Πρακτικό ... 01-08-2023 Απόφαση ...2023 ΘΕΜΑ 25^ο: «Έγκριση των Πρακτικών 1,2 και 3 της Τριμελούς Επιτροπής Ελέγχου και Αξιολόγησης Προσφορών που αφορούν τη διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού άνω των ... ορίων, για την παροχή υπηρεσιών με τίτλο: «...», με προϋπολογισμό μέχρι 500.000,00 € (συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α)», β) το Πρακτικό .../05-09-2023 Απόφαση .../2023 ΘΕΜΑ... , «Έγκριση του ... Πρακτικού (Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Κατακύρωσης) της Τριμελούς Επιτροπής Ελέγχου και Αξιολόγησης Προσφορών», με τις οποίες αποφάσεις, ήτοι με τις ... και ... επικυρώθηκαν με την μεν πρώτη τα πρακτικά αριθμοί 1,2 και 3 της τριμελούς επιτροπής ελέγχου και αξιολόγησης προσφορών του διαγωνισμού και με την δεύτερη το πρακτικό αριθμός 4 αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης της τριμελούς επιτροπής ελέγχου και αξιολόγησης προσφορών του διαγωνισμού, 2) να αναδειχθεί αυτή (προσφεύγουσα) ως προσωρινή ανάδοχος, 3) να κληθεί για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης και 4) να της επιστραφεί το παράβολο.

Με την οικεία παρέμβαση, επιδιώκεται η απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα συμμετείχαν στον επίμαχο διαγωνισμό, με τίτλο «...», εκτιμώμενης αξίας 500.000,00 Ευρώ (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%) με ΑΔΑΜ: ... 2023-04-03 και αρ. ΕΣΗΔΗΣ: ... η δε προσφεύγουσα είχε την δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικότερη προσφορά, αμέσως μετά την οικονομική προσφορά του προσωρινού αναδόχου, υποστηρίζει δε, ότι θα έπρεπε να έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος, τόσο κατά το 1^ο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά το 2^ο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αντί του αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου (εταιρείας...).

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 την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... αξίας 2.016,13 €, ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ, όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή κατέθεσε τις απόψεις επί της ένδικης προσφυγής στις 03/10/2023. Συνεπώς, αυτές δεν λαμβάνονται υπ' όψη ως εκπροθέσμως ασκηθείσες, δοθείσης της παρέλευσης του δεκαπενθημέρου από την κατάθεση της ένδικης προσφυγής, στις 16/09/2023, δοθέντος δε, ότι η 01/10/2023 ήταν ημέρα εξαιρετέα (Κυριακή), καταληκτική νόμιμη ημεροχρονολογία κατάθεσης των απόψεων ήταν η 02/10/2023. Συνεκδοχικώς, δεν λαμβάνεται υπ' όψη και το από 18/10/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας επί των απόψεων, οι οποίες της κοινοποιήθηκαν στις 05/10/2023. Με την υπ' αρ. .../2024 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... η οποία κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ στις 16/05/2024, ακυρώθηκε η υπ' αριθμ. 1656/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ επί της κρινόμενης προσφυγής και η υπόθεση αναπέμφθηκε σ' αυτήν, προκειμένου να κρίνει επί «α) της

Αριθμός Απόφασης:Σ851/2024

πληρώσεως του κατ' άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης κριτηρίου «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» (σκέψη 9), αβ) της αξιολογήσεως της προσφοράς της αιτούσας ως ασυνήθιστα ή μη χαμηλής (σκέψη 12) και αγ) του νομοτύπου των ψηφιακών υπογραφών επί των υπευθύνων δηλώσεων κα του πίνακα εργασιών (σκέψη 16)». Προς συμμόρφωση με την ανωτέρω απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... η υπόθεση επανεισάγεται ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ προς νέα νόμιμη κρίση.

5. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση του διοικητικού φακέλλου προκύπτει, ότι η παρεμβαίνουσα, για την τεκμηρίωση της πλήρωσης του κατ' άρθρο 2.2.6. της διακήρυξης κριτηρίου «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» δήλωσε στο ΕΕΕΣ δύο έργα, για τα οποία, στην συνέχεια, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, προσκόμισε βεβαίωση καλής εκτέλεσης και τα οποία αφορούν στην : α) "Αποκατάσταση διάβρωσης και κατολίσθησης πρανών σε περιοχές των ..." β) "Αποκατάσταση διάβρωσης και κατολίσθησης πρανών σε περιοχές του ... ". Η προσφεύγουσα με την προδικαστική προσφυγή της προέβαλε, ότι «Τα οικεία δηλωθέντα έργα δεν αποτελούν έργα καθαρισμού ρεμάτων ούτε υδραυλικά έργα αλλ' αποτελούν έργα αποκατάστασης οδοποιίας (αντιπλημμυρικά έργα) και, συνεπώς, με την δήλωση αυτή δεν καλύπτονται οι απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, όπως αυτές αναφέρονται στη διακήρυξη. Σε κάθε περίπτωση, και εάν ακόμη η αναθέτουσα Αρχή δεν το έλαβε υπ' όψη, κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ, όταν τελικώς προσκομίσθηκαν από τον οικονομικό φορέα κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, θα έπρεπε αυτή (αναθέτουσα) να μην αποδεχθεί την τεχνική προσφορά της αιτούσας». Από την επισκόπηση, τόσο της προσφοράς της παρεμβαίνουσας όσο και της προσβαλλόμενης, προκύπτει, ότι με το περιεχόμενο αυτό η αιτιολογία της προσβαλλόμενης παρίσταται νόμιμη, καθ' όσον, προς εκτίμηση του αντικειμένου των δηλωθέντων έργων και εν συνεχεία προς αντιπαραβολή τούτου προς το ζητούμενο κατά την διακήρυξη αντικείμενο, η αναθέτουσα Αρχή συνεκτίμησε επαρκώς και την ειδικότερη περιεχόμενη στις σχετικές μελέτες περιγραφή και ότι οι λεπτομερώς εκτιθέμενες στην προσφορά της παρεμβαίνουσας παρεμβάσεις επί ρεμάτων και λοιπές εργασίες κάλυψης υδραυλικών αναγκών εμπερικλείουν και εργασίες υδραυλικές ή καθαρισμού ρεμάτων και, συνεπώς, εμπίπτουν στο ζητούμενο κατά το επίμαχο κριτήριο

Αριθμός Απόφασης:Σ851/2024

επιλογής αντικείμενο. Τούτο διότι από την γραμματική ερμηνεία της επίμαχης διακήρυξης προκύπτει ότι κύριο αντικείμενο της υπό κρίση διακήρυξης είναι ο καθαρισμός (παρεμβάσεις) επί των ρεμάτων. Συνεπώς, ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής παρίσταται απορριπτέος.

6. Επειδή, ως προς την αξιολόγηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ως ασυνήθιστα χαμηλής ή μη, λεκτέα τα εξής. Εν προκειμένω, κατόπιν διαπίστωσης της απόκλισης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας από το νόμιμο όριο - απόκλισης του ποσοστού έκπτωσης αυτής (51,81%) πλέον των 10 ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν (32,01%) - η αναθέτουσα Αρχή απηύθυνε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, στην εταιρεία πρόσκληση αιτιολόγησης, με την οποία εκκίνησε η διαδικασία διαλόγου για τον έλεγχο της προσφοράς της (σχετ. Πρακτικό 2 της Επιτροπής Διαγωνισμού). Δοθέντος ότι το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς οφείλετο στο θεσπιζόμενο εκ του νόμου τεκμήριο και ότι από το συμπληρωμένο έντυπο της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας προέκυπταν αυξημένα ποσοστά έκπτωσης σε όλες τις ομάδες εργασιών, νομίμως, κατ' αρχήν, η αναθέτουσα Αρχή απηύθυνε πρόσκληση με γενικό περιεχόμενο, προκειμένου η παρεμβαίνουσα να αιτιολογήσει το σύνολο των στοιχείων που συνθέτουν την προσφορά της. Η παρεμβαίνουσα ανταποκρίθηκε, υποβάλλοντας, εντός της ταχθείσης προθεσμίας, «αιτιολόγηση προσφοράς» με το περιεχόμενο και την τεκμηρίωση που θεώρησε ενδεδειγμένα. Κατόπιν τούτου, η ως άνω αιτιολόγηση αξιολογήθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία, χωρίς ειδικότερη αιτιολογία, εισηγήθηκε την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και την ανάθεση του έργου σ' αυτήν, ως μειοδότηρια. Το πρακτικό αυτό επικυρώθηκε με την προσβληθείσα απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας Αρχής. Η προσφεύγουσα, με την προδικαστική προσφυγή της, επικαλούμενη και την μη κοινοποίηση προς αυτήν των εξηγήσεων που παρέσχε η αιτούσα επί της οικονομικής προσφοράς της, υποστήριξε, ότι η απόφαση της αναθέτουσας Αρχής είναι μη νόμιμη, ελλείψει προσήκουσας αιτιολογίας και τεκμηρίωσης, περαιτέρω δε, ότι από το ύψος της παρεχόμενης έκπτωσης συνάγεται, ότι η επίμαχη προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, προς υποστήριξη δε τούτου διέλαβε ίδιους υπολογισμούς περί του συνολικού κόστους εργασίας, το οποίο συνεπέρανε,

Αριθμός Απόφασης:Σ851/2024

ότι δεν καταλείπει περιθώριο επίτευξης εύλογου κέρδους. Ως παγίως γίνεται δεκτό (ΣΤΕ 292/2024), σε περίπτωση, κατά την οποία διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας Αρχής ή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, γεννάται αντίστοιχη υποχρέωση της αναθέτουσας Αρχής να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιαστικών ισχυρισμών. Η απάντηση αυτή πρέπει να είναι νομίμως αιτιολογημένη, η δε νομιμότητα και επάρκεια της σχετικής αιτιολογίας αποτελεί αντικείμενο ελέγχου από την ΕΑΔΗΣΥ και, εν τέλει, από το αρμόδιο δικαστήριο (πρβλ. ΣΤΕ 726/2022, 1425/2005, ΣΤΕ ΕΑ 208/2020, 164/2020, 12/2020 κ.ά.). Πάντως, ισχυρισμοί, ερειδόμενοι μόνο στην κοστολόγηση της προσφοράς του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, που τους προβάλλει, ή και άλλων υποψηφίων, σε σύγκριση ενδεχομένως και με τις τιμές του προϋπολογισμού, δεν συνιστούν απαραίτητως ειδικούς και συγκεκριμένους, υπό την προεκτεθείσα έννοια, ισχυρισμούς περί του ασυνήθιστα χαμηλού της οικονομικής προσφοράς συνδιαγωνιζομένου, καθ' όσον η διαμόρφωση της προσφοράς κάθε διαγωνιζόμενου συναρτάται με οικονομοτεχνικούς παράγοντες που καθορίζονται εν όψει των ιδίων αυτού δεδομένων (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 208/2020, 164/2020, 20/2020, 12/2020 κ.ά.), ούτε καθίσταται, άνευ ετέρου, αδικαιολόγητα χαμηλή μία οικονομική προσφορά εκ μόνου του λόγου, ότι οι παρασχεθείσες διευκρινίσεις ως προς συγκεκριμένα κονδύλια κρίνονται τελικώς ανεπαρκείς, καθ' όσον ενδέχεται η μη επαρκής αιτιολόγηση ως προς τα συγκεκριμένα κονδύλια, αυτοτελώς αξιολογούμενη, να μην επηρεάζει την αξιοπιστία και την σοβαρότητα της υποβληθείσας προσφοράς, εν όψει π.χ. του ύψους της επιβάρυνσης για ορισμένο κονδύλιο λόγω μη επαρκούς αιτιολόγησής του, σε συνδυασμό με το περιθώριο κέρδους της προσφοράς. Τα ανωτέρω ισχύουν, *mutatis mutandis*, και όταν η προσφορά τεκμαίρεται ως ασυνήθιστα χαμηλή, κατ' εφαρμογή των διατάξεων της παραγράφου 5α του αυτού άρθρου 88 (ΣΤΕ 1555/2022). Σε συνέχεια των ανωτέρω από την επισκόπηση του φακέλλου παρέπεται, ότι ο λόγος αυτός της προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός, διότι η αξιολόγηση των διευκρινίσεων, που παρείχε η παρεμβαίνουσα προς αιτιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς, γίνεται από την αναθέτουσα Αρχή κατόπιν ουσιαστικού διαλόγου με τον προσφέροντα η δε προσφορά απορρίπτεται μόνον, εάν η αναθέτουσα

Αριθμός Απόφασης:Σ851/2024

Αρχή έχει διαμορφώσει ασφαλή κρίση ως προς το παραδεκτό αυτής. Επομένως, δοθέντος ότι οι απαντήσεις της παρεμβαίνουσας θεωρούνται μη ικανοποιητικές κατά τα κριθέντα στην απόφαση .../2023, το κρίνον Κλιμάκιο οφείλει, με δεσμία αρμοδιότητα, να αναπέμψει την ένδικη υπόθεση στην αναθέτουσα Αρχή, ώστε αυτή να αιτιολογήσει ειδικώς την κρίση της περί του παραδεκτού της επίδικης προσφοράς και συνακόλουθα την επάρκεια των εξηγήσεων της παρεμβαίνουσας, κρίση η οποία, όπως ήδη έγινε δεκτό, δεν είναι νομίμως αιτιολογημένη, και όχι να απορρίψει την οικονομική προσφορά ως αναιτιολόγητη [βλ. και σκέψη 28 ΣτΕ 292/2024]. Ως εκ τούτου η υπόθεση θα πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου αυτή να καλέσει εκ νέου την παρεμβαίνουσα προς παροχή εξηγήσεων επί της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς της.

7. Επειδή, ως προς την τρίτη αιτίαση, αναπεμφθείσα προς νέα νόμιμη κρίση, πράγματι, η ένδικη διακήρυξη υποχρεώνει μεν τους συμμετέχοντες να αποκτήσουν οπωσδήποτε ηλεκτρονική υπογραφή και να την χρησιμοποιήσουν για την υποβολή εν συνόλω της προσφοράς τους και κατ' αρχήν, μεταξύ άλλων, και για την υποβολή των περιλαμβανομένων μεταξύ των υποβλητέων δικαιολογητικών συμμετοχής υπευθύνων δηλώσεων, τα οποία απαρτίζουν και το περιεχόμενο "υποφακέλλου", ηλεκτρονικώς εν όλω υποβαλλομένου, και αποτελούν αναμφιβόλως στοιχεία που "συντάσσονται" ή "παράγονται" από τον ίδιο τον οικονομικό φορέα, πλην, όμως, διά των διατάξεων του άρθρου 2.4.2.5 της διακήρυξης, που αποδίδουν διατάξεις του ν. 4727/2020 (ΦΕΚΑ' 184/23.09.2020) «Ψηφιακή Διακυβέρνηση (Ενσωμάτωση στην Ελληνική Νομοθεσία της Οδηγίας (ΕΕ) 2016/2102 και της Οδηγίας (ΕΕ) 2019/1024) - Ηλεκτρονικές Επικοινωνίες (Ενσωμάτωση στο Ελληνικό Δίκαιο της Οδηγίας (ΕΕ) 2018/1972) και της ΚΥΑ 64233/08.06.2021 (ΦΕΚ Β 2453): «Ανάθεση Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών και Υπηρεσιών με χρήση επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών ΕΣΗΔΗΣ» κατέστη αποδεκτή και η υποβολή δικαιολογητικών υπογεγραμμένων διά των αυτόθι αναφερομένων τρόπων, μεταξύ των οποίων και των εκδιδόμενων και υπογεγραμμένων μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης. Εν όψει τούτων και σε αρμονία με τα κριθέντα στην σκέψη 18 της κρίσιμης αναπεμπτικής εφετειακής απόφασης, σε κάθε περίπτωση, κατά το γενόμενα δεκτά, τυχόν πλημμέλειες της παρούσας μορφής δεν θα μπορούσαν

Αριθμός Απόφασης:Σ851/2024

να οδηγήσουν σε αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας, χωρίς προηγούμενη κλήση της από την αναθέτουσα Αρχή για συμπλήρωση των τυχόν πλημμελώς προσκομισθέντων δικαιολογητικών. Συνεπώς, η υπόθεση θα πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου αυτή, κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016, να καλέσει την παρεμβαίνουσα για συμπλήρωση των τυχόν πλημμελώς προσκομισθέντων δικαιολογητικών.

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής να γίνει δεκτό, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, να απορριφθεί η παρέμβαση και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31/05/2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στις 06/06/2024 στην Αθήνα.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ