

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος – Εισηγητής, Μαργαρίτα Κανάβα και Γερασιμούλα - Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2330/17.12.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο ..., οδός (εφεξής «ο προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του της Περιφέρειας ... (εφεξής «η αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 672/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που με αυτήν εγκρίθηκε το Πρακτικό 1 της Επιτροπής του Διαγωνισμού και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος η εταιρεία «... με διακριτικό τίτλο «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή Γεώργιο Κουκούτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 5.750 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την από 17.12.2021 πληρωμή αυτού στην Εθνική Τράπεζα), που

Αριθμός απόφασης: 215/2022

υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ήτοι βάσει ποσού 1.150.000 ευρώ.

2. Επειδή με την με αριθ. πρωτ. ...διακήρυξη ανοικτής διαδικασίας μέσω του ΕΣΗΔΗΣ προκηρύχθηκε διαγωνισμός για τη σύναψη ηλεκτρονικής δημόσιας σύμβασης έργου κάτω των ορίων, με αντικείμενο την κατασκευή του έργου «Πλακοστρώσεις Νήσου ...», με εκτιμώμενη αξία, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, 1.150.000,00 ευρώ (με ΦΠΑ 24%, 1.426.000 ευρώ), με κριτήριο για την ανάθεση της σύμβασης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή).

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 26.08.2021 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 17/2/2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 9/12/2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ 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 22/12/2021 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 με την υπ' αριθ. 3250/2021 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η

Αριθμός απόφασης: 215/2022

αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις επί της προσφυγής.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

10. Επειδή στον υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος οκτώ οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας «», οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθ. συστήματος 229353 και 228796 προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το από 8/10/2021 Πρακτικό 1, η Επιτροπή Διαγωνισμού μετά την αποσφράγιση των προσφορών αποδέχθηκε τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις οικονομικές προσφορές αμφοτέρων των οικονομικών φορέων και ανακήρυξε τον οικονομικό φορέα «.....» ως προσωρινό ανάδοχο και κατέταξε τον προσφεύγοντα δεύτερο σε σειρά μειοδοσίας. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το ως άνω πρακτικό.

11. Επειδή ο προσφεύγων ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχθηκε 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 του οικονομικού φορέα «.....», 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.

12. Επειδή ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι από τους όρους 22.Ε, 23.7 και 22 Στ της διακήρυξης προκύπτουν τα εξής: *«Από τους ανωτέρω κρίσιμους όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι ο υποψήφιος ή οι τρίτοι οικονομικοί φορείς στις ικανότητες των οποίων προτίθεται ο τελευταίος να στηριχθεί οφείλουν να πληρούν τα κριτήρια επιλογής της διακήρυξης, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης των όρων 22.Ε και 23.7 της διακήρυξης. Τυχόν μη πλήρωση των ως άνω κριτηρίων ποιοτικής επιλογής καθιστά την προσφορά απορριπτή [...] η προσωρινή ανάδοχος με το υποβληθέν ΕΕΕΣ*

Αριθμός απόφασης: 215/2022

της δήλωσε ότι για την συμμετοχή της στον διαγωνισμό στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, ήτοι στην εταιρία, η οποία ωστόσο δεν διαθέτει απαιτούμενα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης, όπως η ίδια δηλώνει στο προσκομισθέν ΕΕΕΣ της, με αποτέλεσμα να μην πληροί τα κριτήρια επιλογής των όρων 22.Ε και 23.7 της διακήρυξης. Συνεπώς, η προσφορά της προσωρινής αναδόχου δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης και τυγχάνει αποκλειστέα, η δε προσβαλλομένη πράξη, διαλαμβάνοντας τα αντίθετα, αντίκειται στους προαναφερθέντες όρους της διακήρυξης και είναι ακυρωτέα».

13. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπονται τα εξής: «22.Ε. Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης - Απαιτούνται: α) το πρότυπο διασφάλισης ποιότητας ISO 9001:2015 ή ισοδύναμο. β) το πρότυπο περιβαλλοντικής διαχείρισης ISO 14001:2015 ή ισοδύναμο. 22.ΣΤ. Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία) - Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς είναι από κοινού υπεύθυνοι¹³⁵ για την εκτέλεση της σύμβασης. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η ένωση μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων (για τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με

Αριθμός απόφασης: 215/2022

την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα). Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας, εάν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο προσφέρων, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και, εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα διακήρυξη. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 22.Α της παρούσας. Η αντικατάσταση του φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρούσας, γίνεται κατόπιν πρόσκλησης προς τον οικονομικό φορέα, εντός τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης στον οικονομικό φορέα, για κάθε τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης. Ο φορέας με τον οποίο αντικαθίσταται ο φορέας του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου.

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 [...]

23.7. Δικαιολογητικά για πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης του άρθρου 22.Ε

α) Πιστοποιητικό ISO 9001 εν ισχύ, για τη διασφάλιση ποιότητας, που έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο φορέα για τους Διαγωνιζόμενους με εγκατάσταση

Αριθμός απόφασης: 215/2022

στην Ελλάδα ή αντίστοιχο για τους Διαγωνιζόμενους με εγκατάσταση στην αλλοδαπή και καλύπτει το αντικείμενο του έργου.

β) Πιστοποιητικό ISO 14001, εν ισχύ, για την εφαρμογή συστήματος περιβαλλοντικής διαχείρισης, που έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο φορέα για τους Διαγωνιζόμενους με εγκατάσταση στην Ελλάδα ή αντίστοιχο για τους Διαγωνιζόμενους με εγκατάσταση στην αλλοδαπή και καλύπτει το αντικείμενο του έργου.

Η αναθέτουσα αρχή αναγνωρίζει ισοδύναμα πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από φορείς διαπιστευμένους από ισοδύναμους Οργανισμούς διαπίστευσης, εδρεύοντες και σε άλλα κράτη - μέλη. Επίσης, κάνει δεκτά άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει τα εν λόγω πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας ή περιβαλλοντικής διαχείρισης πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα».

14. Επειδή, εκ των ανωτέρω όρων της διακήρυξης προκύπτει ρητώς και σαφώς ότι στο πλαίσιο του παρόντος διαγωνισμού οι οικονομικοί φορείς α) κατά το άρθρο 22.Ε., απαιτείται να διαθέτουν το πρότυπο διασφάλισης ποιότητας ISO 9001:2015 ή ισοδύναμο, καθώς και το πρότυπο περιβαλλοντικής διαχείρισης ISO 14001:2015 ή ισοδύναμο, β) κατά το άρθρο 22 Στ., μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ως προς δε τα κριτήρια αυτά, η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 23 της διακήρυξης, εάν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο προσφέρων, πληρούν αυτά τα κριτήρια επιλογής (της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας), γ) κατά το άρθρο 23.1., υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, όπου αναφέρουν αν πληρούν τα κριτήρια επιλογής (άρθρα 22 Β-Ε),

Αριθμός απόφασης: 215/2022

μεταξύ δε αυτών και αν πληρούν τα κριτήρια ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης (άρθρο 22.Ε.), δ) κατά το άρθρο 23.7., προσκομίζουν ως απόδειξη για τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και τα πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης του άρθρου 22.Ε., το Πιστοποιητικό ISO 9001 για τη διασφάλιση ποιότητας και το Πιστοποιητικό ISO 14001 για την εφαρμογή συστήματος περιβαλλοντικής διαχείρισης.

15. Επειδή εκ των ανωτέρω προκύπτει ειδικότερα ότι οι οικονομικοί φορείς μπορούν μεν να στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων για τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (άρθρο 22Γ) και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (άρθρο 22Δ), δεν μπορούν όμως να στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων όσον αφορά άλλα κριτήρια και, έτσι, δεν μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων για τα κριτήρια ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης (άρθρο 22.Ε.). Τούτο σημαίνει ότι τα τελευταία αυτά κριτήρια (ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης), πρέπει να πληρούν οι ίδιοι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς και δεν μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων για την πλήρωση των συγκεκριμένων κριτηρίων. Ως εκ τούτου, και εφόσον οι οικονομικοί φορείς δεν μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων για τα κριτήρια ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης, πρέπει να δηλώσουν στο ΕΕΕΣ αν πληρούν οι ίδιοι το κριτήριο του άρθρου 22 Ε για τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης, και αντίστοιχα έχουν την υποχρέωση να προσκομίσουν τα σχετικά πιστοποιητικά όταν αυτά ζητηθούν από την αναθέτουσα αρχή.

16. Επειδή στην προκειμένη περίπτωση ο οικονομικός φορέας «...» και ήδη προσωρινός ανάδοχος δήλωσε στο ΕΕΕΣ ότι πληροί ο ίδιος τα κριτήρια του άρθρου 22.Ε, για τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και τα πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης και απάντησε θετικά στην ερώτηση για το αν θα είναι σε θέση να προσκομίσει τα απαιτούμενα πιστοποιητικά. Ως εκ τούτου, τυγχάνει απορριπτέος ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι είναι αποκλειστέα η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, λόγω του ό,τι ο οικονομικός φορέας «...» στον οποίο στηρίζεται ο προσωρινός ανάδοχος δήλωσε στο δικό του ΕΕΕΣ ότι δεν πληροί τα κριτήρια του άρθρου 22.Ε.,

Αριθμός απόφασης: 215/2022

προεχόντως διότι ερείδεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση και καταλήγει σε εσφαλμένο συμπέρασμα, ως προς το νόμιμο της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...». Και τούτο διότι, ενόψει του σαφούς περιεχομένου των προαναφερθέντων άρθρων της διακήρυξης, δεν θα μπορούσε ο εν λόγω οικονομικός φορέας να στηριχθεί για το κριτήριο του άρθρου 22.Ε. στις ικανότητες άλλων φορέων, διότι ρητώς προβλέπεται ότι η στήριξη επιτρέπεται για τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Περαιτέρω δε, ο σχετικός ισχυρισμός τυγχάνει και αβάσιμος κατά το σκέλος που ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι ο προσωρινός ανάδοχος δεν πληροί το συγκεκριμένο κριτήριο του άρθρου 22.Ε. διότι από τη σχετική θετική δήλωση του προσωρινού αναδόχου στο ΕΕΕΣ αναμφίβολα προκύπτει ότι ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας πληροί το επίμαχο κριτήριο. Συνεπώς, ανεξαρτήτως του ό,τι ο οικονομικός φορέας «...» δεν θα μπορούσε, σύμφωνα με τη διακήρυξη, να στηριχθεί στις ικανότητες άλλου οικονομικού φορέα, προκειμένου να είναι σε θέση να πληροί τα κριτήρια επιλογής για τα πρότυπα ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης, σε κάθε περίπτωση, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός προβάλλεται και αλυσιτελώς διότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας δήλωσε στο ΕΕΕΣ ότι πληροί το συγκεκριμένο κριτήριο. Περαιτέρω δε, δεν ασκεί επιρροή στη νομιμότητα της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου η αρνητική δήλωση του οικονομικού φορέα «...» στο ΕΕΕΣ περί της πλήρωσης των κριτηρίων του άρθρου 22.Ε., διότι ανεξαρτήτως αν τα πληροί ή όχι, δεν επιτρέπεται από τη διακήρυξη η στήριξη των οικονομικών φορέων στις ικανότητες τρίτων για τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης.

17. Επειδή ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι: *«Σε κάθε περίπτωση, η προσβαλλομένη πράξη είναι αντίθετη στο άρθρο 88 παρ. 5 α ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει. Ειδικότερα, σύμφωνα με το ως άνω άρθρο, οι προσφορές που εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υπεβλήθησαν στον διαγωνισμό τεκμαίρονται ασυνήθιστα χαμηλές και είναι, ως εκ τούτου, αιτιολογητές. Στον διαγωνισμό δόθηκαν 8 παραδεκτές προσφορές, (43.57, 26.14, 22.00, 21.86, 16.57, 12.43, 11.57 και 6.43) με μέσο όρο έκπτωσης 20,07%. Παρότι, ωστόσο, η προσφορά*

Αριθμός απόφασης: 215/2022

της προσωρινής μειοδότησης, ύψους 43,57%, παρουσιάζει απόκλιση μεγαλύτερη των 10 ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο των παραδεκτών προσφορών, η αναθέτουσα αρχή δεν την κάλεσε σε αιτιολόγηση της προσφοράς της, όπως όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα. Συνεπώς, η προσβαλλομένη πράξη αντίκειται στο άρθρο 88 παρ. 5 α ν. 4412/2016 και είναι ακυρωτέα».

18. Επειδή το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 προβλέπει τα εξής: «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 της παρ. 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, περί αρχών που εφαρμόζονται στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, περί υπεργολαβίας, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 89, περί δικαιολογητικών σχετικά με τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές.

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

Αριθμός απόφασης: 215/2022

επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παρ. 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18.

4. Εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει ότι μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή λόγω χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, η προσφορά μπορεί να απορρίπτεται αποκλειστικά για αυτόν τον λόγο, μόνο μετά από διαβούλευση με τον προσφέροντα και εφόσον αυτός δεν είναι σε θέση να αποδείξει, εντός επαρκούς προθεσμίας, την οποία ορίζει η αναθέτουσα αρχή, ότι η εν λόγω ενίσχυση είναι σύμφωνη με την εσωτερική αγορά κατά την έννοια του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ. Αν η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει προσφορά υπό τις συνθήκες αυτές, ενημερώνει σχετικώς την Ευρωπαϊκή Επιτροπή.

5. Εφόσον ζητηθεί, η ΕΑΑΔΗΣΥ θέτει στη διάθεση άλλων κρατών μελών, στο πλαίσιο διοικητικής συνεργασίας, κάθε πληροφορία που η Ελλάδα έχει στη διάθεσή της, όπως νόμους, κανονισμούς, συλλογικές συμβάσεις καθολικής ισχύος ή εθνικά τεχνικά πρότυπα σχετικά με τα δικαιολογητικά και τα έγγραφα που προσκομίζονται ως προς τις λεπτομέρειες που αναφέρονται στην παρ. 2.

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».

Αριθμός απόφασης: 215/2022

19. Επειδή στον όρο 4.1. της διακήρυξης ορίζονται τα εξής: «[...] 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. 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

Αριθμός απόφασης: 215/2022

στην παρ. 3 του άρθρου 221 ν. 4412/2016. θ) Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση έγκρισης του πρακτικού σε όλους τους προσφέροντες, εκτός από εκείνους, οποίοι αποκλείστηκαν οριστικά, λόγω μη υποβολής ή προσκόμισης της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, σύμφωνα με την περίπτωση (γ) της παρούσας παραγράφου 4.1 και παρέχει πρόσβαση στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής και στις οικονομικές προσφορές των λοιπών προσφερόντων. Κατά της απόφασης αυτής χωρεί προδικαστική προσφυγή, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 4.3 της παρούσης. ι) Επισημαίνεται, τέλος, ότι, σε περίπτωση που οι προσφορές έχουν την ίδια ακριβώς τιμή (ισότιμες), η αναθέτουσα αρχή επιλέγει τον (προσωρινό) ανάδοχο με κλήρωση μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν ισότιμες προσφορές. Η κλήρωση γίνεται ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού και παρουσία των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν τις ισότιμες προσφορές, σε ημέρα και ώρα που θα τους γνωστοποιηθεί μέσω της λειτουργικότητας “επικοινωνία” του υποσυστήματος. Τα αποτελέσματα της ως άνω κλήρωσης ενσωματώνονται, ομοίως, στην απόφαση της προηγούμενης περίπτωσης (θ)».

20. 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 (ΟΛΣΤΕ 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).»

21. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECU:EU:C:2015:228[^]. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους

Αριθμός απόφασης: 215/2022

όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECU:EU:C:2015:228^Λ. 27).

22. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

23. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον 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 και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

Αριθμός απόφασης: 215/2022

24. Επειδή από τις διατάξεις του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δύναται να νοθεύσει τον ανταγωνισμό και να πλήξει την επί ίσοις όροις συμμετοχή των ενδιαφερομένων στους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αφού με τη μεθόδευση αυτή οι λοιποί υποψήφιοι αποκλείονται κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και η διαδικασία αποβαίνει υπέρ του διαγωνιζομένου εκείνου που προσφέρει τις υπηρεσίες του αντί αδικαιολόγητα χαμηλού, σε σχέση με τα κρατούντα στην αγορά, τιμήματος. Περαιτέρω, η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς -ως τέτοιας προφανώς νοουμένης και της οικονομικής προσφοράς που αν και φαίνεται ότι καλύπτει το κόστος παροχής των ζητούμενων υπηρεσιών δεν καταλείπει εύλογο εργολαβικό κέρδος, δηλαδή χρηματικό όφελος τέτοιας έκτασης που να δικαιολογεί τη συμμετοχή στη διαδικασία του διαγωνισμού- διακινδυνεύει και το δημόσιο συμφέρον, στο μέτρο που ο ανάδοχος ενδέχεται, κατά λογική ακολουθία, να επιχειρήσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης να καλύψει τη ζημία που υφίσταται, εξαιτίας του αδικαιολόγητα χαμηλού τιμήματος, σε βάρος της ποιότητας ή και της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών (βλ. σχετικά S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2005) σελ. 532-534; P Trepte, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation* (Oxford, Oxford University Press, 2004) σελ.165-166 and 197; και P Trepte, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, 2^η έκδοση (Oxford, Oxford University Press, 2007, σελ. 474, και AR Engel, *Managing Risky Bids, Handbook of Procurement* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006 σελ. 322, 326).

25. Επειδή η έννοια της αδικαιολόγητα χαμηλής προσφοράς δεν αποδίδεται ρητά από τις διατάξεις των ενωσιακών Οδηγιών, αλλά αποτελεί αόριστη αξιολογική έννοια (βλ Δ. Ράικος *Δημόσιες Συμβάσεις*, σελ. 858). Ως εκ τούτου, πρέπει να καθορίζεται συγκεκριμένα σε κάθε σύμβαση σε σχέση με το αντικείμενο που αποτελεί το περιεχόμενό της, (βλ. Απόφ. Γεν. Δικαστ. υπόθ. T-495/04, σκέψη 94). Επειδή, οι οδηγίες αλλά και ο νόμος 4412/2016 επιβάλλουν στην αναθέτουσα αρχή να εξακριβώσει την ύπαρξη της όχι μόνο σε αυτές τις προσφορές που είναι έκδηλα υπερβολικά χαμηλές αλλά και σε αυτές που φαίνονται σε αυτήν ως αδικαιολόγητα χαμηλή προσφορά (ΔΕΚ

Αριθμός απόφασης: 215/2022

Απόφ. C-103/88, σκ. 27). Η έννοια της αδικαιολόγητα χαμηλής προσφοράς δεν θεμελιώνεται αορίστως από την αναθέτουσα αρχή αλλά καθορίζεται με αναφορά στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και συνθήκες του υπό εκτέλεση έργου. Η δε κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς τον χαρακτηρισμό της προσφοράς, ελέγχεται δικαστικά ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει (βλ. ΕΣ Τμ. Μείζ. Επτ. Σύνθ. 1077/2016, ΕΣ Τμ. IV Πράξεις 3/2017, 21/2016) και πλέον υπάγεται στον έλεγχο της ΑΕΠΠ, (ΑΕΠΠ 235/2017, σκ 5).

26. Επειδή ομοίως το ΔΕΕ επεσήμανε με σαφήνεια ότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή πρώτον, να εντοπίσει τις ύποπτες προσφορές, δεύτερον, να παράσχει στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις τη δυνατότητα να αποδείξουν τη σοβαρότητα των προσφορών τους, ζητώντας τους τις διευκρινίσεις που η αναθέτουσα αρχή κρίνει σκόπιμες, τρίτον, να εκτιμήσει τη λυσιτέλεια των εξηγήσεων που παρείχαν οι ενδιαφερόμενοι και, τέταρτον, να αποφασίσει σχετικά με το αν θα δεχθεί ή αν θα απορρίψει τις προαναφερθείσες προσφορές. [βλ. συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, *Lombardini και Mantovani* (2001) Συλλογή I-9233 σκ.55]. Επειδή, περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή εφόσον κρίνει μια προσφορά ως αδικαιολόγητα χαμηλή οφείλει να ζητήσει διευκρινίσεις από τον προσφέροντα αποστέλλοντας πρόσκληση.

27. Επειδή ο έλεγχος των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών αποτελεί μια από τις σημαντικότερες εγγυήσεις διαφάνειας στη διαδικασία κατάρτισης των δημοσίων συμβάσεων, καθώς αποσκοπεί, αφενός στην προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού, αφετέρου στη διασφάλιση της σοβαρότητας και της φερεγγυότητας των προσφορών (Δ.Ράικου - Ε.Βλάχου - Ε.Σαββίδη, *Δημόσιες Συμβάσεις Ν.4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο*, σ.857 επ.). Η προαναφερθείσα διαδικασία αποσκοπεί στην εγκαθίδρυση και διεξαγωγή ενός πραγματικού διαλόγου μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του υποψηφίου αναδόχου, προκειμένου η αρχή να αξιολογήσει τις οικονομικές προσφορές από την άποψη της «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» και να διαπιστώσει, εκφέροντας ασφαλή κρίση, με βάση τον προϋπολογισμό της υπηρεσίας, αν το προσφερόμενο τίμημα επαρκεί για την προσήκουσα εκτέλεση του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης, όπως αυτό οριοθετείται από τις ειδικότερες

Αριθμός απόφασης: 215/2022

προβλέψεις της διακήρυξης, καταλείποντας στον ανάδοχο και κάποιο περιθώριο κέρδους (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 290, 83/2017, 197/2015). Ο προσφέρων δύναται να υποβάλει όλες τις διευκρινίσεις που κρίνει σκόπιμες, με βάση την φύση και τα χαρακτηριστικά της σύμβασης, (βλ. ΔΕΚ Υπόθ. C-568/13 σκ. 50), οι οποίες δεν είναι εξαντλητικές ούτε επιτρέπεται ο αποκλεισμός ορισμένων ειδών διευκρινίσεων, (βλ. ΔΕΚ Υπόθ. C-599/10 σκ. 28, Υπόθ. C- 285/99 & 286/99 σκ. 82, 83, 85).

28. Επειδή με την παρ. 5 α του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 προβλέφθηκε ότι στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, τεκμαίρονται ως 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. της διακήρυξης και το κανονιστικό πλαίσιο του υπό κρίση διαγωνισμού, θεσπίζεται το τεκμήριο της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, το οποίο είναι μαχητό και άρα η αναθέτουσα αρχή 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. Εξάλλου, ενόψει της ύπαρξης του εν λόγω τεκμηρίου, η αναθέτουσα αρχή οφείλει επιπλέον να αιτιολογήσει, επί τη βάση των εξηγήσεων που θα δοθούν από τον οικονομικό φορέα και των συγκεκριμένων πραγματικών

Αριθμός απόφασης: 215/2022

περιστατικών, αν πρόκειται στη συγκεκριμένη περίπτωση για ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά ή όχι. Ως εκ τούτου, αν, στην πράξη με την οποία γίνεται αποδεκτή η συγκεκριμένη προσφορά, δεν υπάρξει αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής περί του ό,τι δεν πρόκειται, εν προκειμένω, για ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, η αποδοχή της προσφοράς αυτής που εμπίπτει στις κατά την παρ. 5 Α του άρθρου 88 ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές τυγχάνει αναιτιολόγητη και άρα αυθαίρετη. Για το λόγο αυτό, αν δεν ακολουθηθεί η διαδικασία της κλήσης για παροχή εξηγήσεων για την προσφορά που ο νόμος και εν προκειμένω και η διακήρυξη (άρθρο 4.1) τεκμαίρει ως ασυνήθιστα χαμηλή, η αποδοχή της προσφοράς είναι μη νόμιμη. Συνεπώς, αν γίνει δεκτή προσφορά σε βάρος της οποίας συντρέχει το τεκμήριο της παρ. 5 Α του άρθρου 88, κατά παράβλεψη της διαδικασίας που περιγράφει η εν λόγω διάταξη περί κλήσεως για παροχή εξηγήσεων εντός 20 ημερών, συντελείται παραβίαση του άρθρου 88 παρ. 5 Α, καθόσον γίνεται δεκτή στο διαγωνισμό προσφορά, που με βάση το τεκμήριο αυτό συνιστά ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά και, άρα, δεν πληροί τους όρους του νόμου. Ως εκ τούτου, μη νομίμως γίνεται αποδεκτή προσφορά παρά τη συνδρομή του τεκμηρίου της παρ. 5 α του άρθρου 88, κατά παράλειψη της χορήγησης της δυνατότητας στον προσφέροντα να ανατρέψει το ως άνω τεκμήριο, με την παροχή εξηγήσεων, και κατ' επέκταση ελλείψει της απαιτούμενης εκ του νόμου ειδικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής – η οποία θα διατυπωνόταν, βάσει των εκτεθέντων από τον οικονομικό φορέα εξηγήσεων – περί του ό,τι δεν υφίσταται εν προκειμένω ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά.

29. Επειδή στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, με το υπ' αριθ. 1 Πρακτικό διεξαγωγής του υπό κρίση ηλεκτρονικού διαγωνισμού, οι συμμετέχοντες φορείς υπέβαλαν τις προσφορές με τα ακόλουθα ποσοστά έκπτωσης «....» - 43,57%, ... - 26,14%, ... - 22,00%, ... - 21,86%, ... - 16,57%, ... - 12,43%, ... - 11,57%, - 6,43%. Ο μέσος όρος των ως άνω εκπτώσεων ανέρχεται $(43,57 + 26,14 + 22,00 + 21,86 + 16,57 + 12,43 + 11,57 + 6,43 : 8)$ στο 20,07%. Ως εκ τούτου, η απόκλιση του ποσοστού έκπτωσης που παρείχε ο οικονομικός φορέας «....» (43,57%) από το μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων όλων των προσφορών των διαγωνιζομένων (20,07%) υπερβαίνει τις δέκα ποσοστιαίες

Αριθμός απόφασης: 215/2022

μονάδες, με αποτέλεσμα να συντρέχει σε βάρος της προσφοράς του εν λόγω οικονομικού φορέα το τεκμήριο της παρ. 5 Α του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να τον καλέσει τον εν λόγω οικονομικό φορέα να παρέχει εξηγήσεις περί της απόκλισης αυτής, η οποία, κατά το τεκμήριο της παρ. 5 Α, στοιχειοθετεί ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. Δεδομένου, όμως, ότι η αναθέτουσα αρχή έκανε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και εν συνεχεία με το ίδιο πρακτικό 1 ανακήρυξε τον εν λόγω οικονομικό φορέα σε προσωρινό ανάδοχο, χωρίς να τον καλέσει να παρέχει εξηγήσεις, συνάγεται ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, στην προηγούμενη σκέψη, ότι μη νομίμως εχώρησε η αποδοχή της προσφοράς του, ελλείψει, εξάλλου, και της σχετικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής ως προς το ό, τι δεν πρόκειται εν προκειμένω για ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. Συνεπώς, τυγχάνει βάσιμος ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι η προσφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα ήταν κατά νόμο αιτιολογητέα, ενόψει της παρ. 5 Α του άρθρου 88, ως ασυνήθιστα χαμηλή και πρέπει να γίνει δεκτός ο σχετικός λόγος της προσφυγής του, με τον οποίο ζητείται η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, λόγω της συνδρομής του τεκμηρίου της παρ. 5 Α του άρθρου 88 στη συγκεκριμένη περίπτωση και λόγω αποδοχής της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...», κατά παράβαση της διαδικασίας που προβλέπεται στη συγκεκριμένη διάταξη, διότι, ενόψει του τεκμηρίου και της διαδικασίας που προβλέπεται στη συγκεκριμένη διάταξη, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορούσε κατά νόμο να αποδεχθεί την επίμαχη προσφορά, χωρίς προηγουμένως να καλέσει τον οικονομικό φορέα να εξηγήσει την απόκλιση του ποσοστού έκπτωσης πέραν των δέκα ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των διαγωνιζομένων, όπως όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα, και κατ' επέκταση χωρίς να αιτιολογήσει την αποδοχή της συγκεκριμένης προσφοράς.

30. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

Αριθμός απόφασης: 215/2022

32. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθ. 672/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα οριζόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στον προσφεύγοντα ποσού 5.750 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 14 Φεβρουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Ο Γραμματέας

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ