

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 16 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμύρη, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 08.11.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1601/14.11.2022 Προδικαστική Προσφυγή της Ένωσης Οικονομικών Φορέων με την επωνυμία «...» (εφεξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., επί της οδού ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται,

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική της προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. ... Απόφασης του ... για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει σε αυτήν.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 967,74 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, με την με αριθμό 2...9 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την εκτέλεση του έργου «Κατασκευή Περίφραξης στην ...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 193.548,39 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης 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 14.07.2021 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός 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 το ...ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο αρ. 345 παρ. 1 και αρ. 379 παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 08.11.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 31.10.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την αναθέτουσα αρχή στις 14.11.2022 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή, στις 14.11.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του

ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες, 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. 2242/2022 Πράξη του Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 23.11.2022 προς την ΕΑΔΗΣΥ και προς όλους τους συμμετέχοντες δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις με αριθμ. Πρωτοκ. .../23.11.2022 απόψεις της, με τις οποίες αιτείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

9. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού 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 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 επιδεικνύοντες 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.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

10. Επειδή, με τον μόνο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος αυτής με το οποίο μετά την απόρριψη της προσφοράς της, αποφασίσθηκε και η κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών που κατέθεσε για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Μετά τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και την εξέταση του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης καθώς και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών επί του ανωτέρω μόνου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Στο αρ. 88 του Ν. 4412/2016 «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 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. (...), 5. (...) 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».

Περαιτέρω, στον όρο 4.1 της επίμαχης 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. 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».

Επίσης, το αρ. 72 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «2. Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων: α) αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, ή β) παρέχει εν γνώσει του ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, ή γ) δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά, ή δ) δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή του συμφωνητικού, ή ε) υπέβαλε μη κατάλληλη προσφορά με την έννοια της περ. 46 της παρ. 1 του άρθρου 2, ή

στ) στις περιπτώσεις των παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 103, περί πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών».

Στην προκειμένη περίπτωση, η Επιτροπή του διαγωνισμού εντόπισε την προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης ως ασυνήθιστα χαμηλή κατά την έννοια του αρ. 88 Ν. 4412/2016 και απηύθυνε προς αυτήν την υπ' αριθμ. ...16.08.022 Πρόσκληση με θέμα Συμβάσεις Έργων (Διαδικασία Σύναψης Δημόσιας Σύμβασης Έργου: «Κατασκευή Περιφραξης στην ...» (...)» - (Παροχή Εξηγήσεων Ασυνήθιστα Χαμηλών Προσφορών) μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 16.08.2022, στην οποία μεταξύ άλλων αναφέρονται τα εξής: «(...) Σας καλούμε για την παροχή εξηγήσεων της οικονομικής προσφοράς σας, ως ασυνήθιστα χαμηλής, εντός είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση του παρόντος, μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Οι εξηγήσεις σας μπορεί να αφορούν ιδίως στα αντικείμενα της παραγράφου 2 του άρθρου 88 του Ν.4412/16, λαμβάνοντας υπόψη ανάλογα και τη σύμβαση του έργου θέματος. 4. Το παρόν έγγραφο επέχει θέση «Ειδικής Πρόσκλησης», κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 88 του Ν.4412/16. Επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με τις διατάξεις του ίδιου άρθρου, σε περίπτωση που δεν ανταποκριθείτε εντός της καθορισθείσας ως ανωτέρω προθεσμίας και δεν υποβάλλετε εξηγήσεις, η προσφορά σας θα απορριφθεί ως μη κανονική και θα καταπέσει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής σας (...)».

Στην ως άνω πρόσκληση ανταποκρίθηκε η προσφεύγουσα υποβάλλοντας εντός της ταχθείσας 20ήμερης προθεσμίας μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το με ημερομηνία 02.09.2022 έγγραφό της με θέμα «ΔΙΕΥΚΡΙΝΗΣΗ ΤΟΥ ΠΟΣΟΣΤΟΥ ΕΚΠΤΩΣΗΣ ΓΙΑ ΤΟ ΕΡΓΟ «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΠΕΡΙΦΡΑΞΗΣ ΣΤΗΝ ...» (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΕΚΠΤΩΣΗΣ signed.pdf») με το ακόλουθο περιεχόμενο:

«Σε συνέχεια του σχετικού και βάσει του άρθρου 88 του Ν.4412/16, σας παραθέτουμε παρακάτω την αιτιολόγηση - τεκμηρίωση της οικονομικής προσφοράς μας. Ο διαγωνισμός διεξήχθη ηλεκτρονικά στις 2/8/2022. Η

ανάλυση κόστους κατασκευής του έργου έγινε κατά τη δημοπράτηση με βάση τα στοιχεία και τις προσφορές που συγκεντρώθηκαν και επισυνάπτεται σε ξεχωριστό αρχείο. Σύμφωνα με την επισυναπτόμενη ανάλυση προκύπτει ο παρακάτω συγκεντρωτικός πίνακας δαπανών του έργου.

(ακολουθεί «ΣΥΓΚΕΝΤΡΩΤΙΚΟΣ ΠΙΝΑΚΑΣ ΔΑΠΑΝΩΝ ΕΡΓΟΥ»)

Από τον παραπάνω πίνακα φαίνεται ότι το έργο δεν είναι βιώσιμο οικονομικά. Αυτό οφείλεται αποκλειστικά στις Η/Μ εργασίες και συγκεκριμένα στην τιμή των ανακλινόμενων ιστών οι οποίοι κατά τη σύνταξη της προσφοράς υπολογίστηκαν με βάση την τιμή δημοπράτησης τους, καθώς δεν είναι τυποποιημένοι (τυποποιημένοι ανακλινόμενοι ιστοί με υδραυλική ανάκλιση υπάρχουν πάνω από τα 8μ), και τα δύο μοναδικά εργοστάσια στην Ελλάδα (... , ...) με δυνατότητα παραγωγής τους έκλεισαν στο τέλος Ιούλη και δεν υπήρχε η δυνατότητα προσφοράς ακόμα και την τελευταία εβδομάδα του Ιούλη. Στη ζήτηση που έγινε στη συνέχεια η ...μετά από 10 ημέρες ειδικής κοστολόγησης μας έδωσε τελικά τιμή τρεις φορές πάνω από την τιμή δημοπράτησης το οποίο σε απόλυτη τιμή για το σύνολο των ιστών και του μηχανισμού είναι 10.258€ πάνω από την τιμή του προϋπολογισμού χωρίς την έκπτωση. Το ίδιο συνέβη σε μικρότερο βαθμό (διπλάσια τιμή) και με τους φανούς εμποδίων».

Εν συνεχεία, η Επιτροπή του διαγωνισμού αφού αξιολόγησε τις παρεχόμενες εξηγήσεις με το από 16.09.2022 Πρακτικό της εισηγήθηκε την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας για το λόγο ότι τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο του κόστους που προτείνεται.

Τέλος, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη αποφάσισε : «1. Την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» με ΑΑ: ... στο ΕΣΗΔΗΣ ως μη κανονική, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 26 και τις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 88 του ν.4412/2016 και τα αναφερόμενα στην παρούσα απόφαση και

2. Την κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής του οικονομικού φορέα «... της παραγράφου ιδ' ανωτέρω, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 88 του ν.4412/2016» με την αιτιολογία ότι :

«Το γεγονός ότι, ο οικονομικός φορέας «Ε...», παρότι κλήθηκε για παροχή εξηγήσεων λόγω ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, δεν παρέχει οποιαδήποτε εξήγηση από τις ενδεικτικά αναφερόμενες στο άρθρο 88 παρ.2 ν.4412/2016, το δε έγγραφο που καταθέτει, με το περιεχόμενο που έχει (ότι το έργο δεν είναι βιώσιμο οικονομικά) δεν μπορεί να θεωρηθεί παρά μη υποβολή εξηγήσεων, με τις συνέπειες που αυτό επάγεται. Ιστ. Το γεγονός ότι, παρόλο που το έγγραφο του οικονομικού φορέα «... τιτλοφορείται «Διευκρίνιση του ποσοστού έκπτωσης για το έργο κατασκευή περίφραξης στην ...», δεν μπορεί να θεωρηθεί εξηγήσεις, γιατί κρίσιμο είναι το περιεχόμενο και όχι ο τύπος ή ο χαρακτηρισμός που δίνει ο οικονομικός φορέας στο έγγραφο που καταθέτει. Ιζ. Το γεγονός ότι, εναλλακτικά, η υποβολή εγγράφου με το περιεχόμενο αυτό (περί μη οικονομικής βιωσιμότητας του έργου) του οικονομικού φορέα «...», το οποίο δεν μπορεί να θεωρηθεί εξηγήσεις, είναι δυνατό να εκληφθεί και ως απόσυρση της προσφοράς κατά τη διάρκεια της ισχύος της, το οποίο οδηγεί στο ίδιο αποτέλεσμα, την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής».

Υπό τα ανωτέρω δεδομένα στην κρινόμενη περίπτωση εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή, αφού έκανε δεκτό ότι το έγγραφο που κατέθεσε η προσφεύγουσα ανταποκρινόμενη στην Πρόσκλησή της για παροχή εξηγήσεων δεν μπορεί να θεωρηθεί ως «εξηγήσεις» και εξ αυτού του λόγου το εξέλαβε ως απόσυρση της προσφοράς της, αποφάσισε, συνακόλουθα, την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής που κατέθεσε για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Και τούτο διότι τόσο το αρ. 88 του Ν. 4412/2016 όσο και ο όρος 4.1 της Διακήρυξης κατά τη ρητή διατύπωσή τους επιφυλάσσουν στην αναθέτουσα αρχή το δικαίωμα να προβεί στην απόφαση περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, μόνο στην περίπτωση που ο κληθείς σε εξηγήσεις οικονομικός φορέας δεν ανταποκριθεί στη σχετική Πρόσκληση και δεν υποβάλλει καν εξηγήσεις. Ειδικότερα, μάλιστα, στον ως άνω όρο της

Διακήρυξης, ρητώς ορίζεται ότι «*Αν οι εξηγήσεις δεν γίνουν αποδεκτές, η προσφορά απορρίπτεται, **ωστόσο δεν καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής***». Επομένως, το κρίσιμο στοιχείο, από το οποίο εξαρτάται η κατάπτωση ή μη της εγγυητικής επιστολής είναι η ενέργεια και μόνο του οικονομικού φορέα να αποστείλει έγγραφο εξηγήσεων προς την αναθέτουσα αρχή, ανεξαρτήτως του περιεχομένου αυτού. Στην προκειμένη περίπτωση ωστόσο, αν και πράγματι είναι ιδιάζουσα, καθώς η προσφεύγουσα προβαίνει στην παραδοχή ότι το υπό ανάθεση έργο δεν είναι βιώσιμο οικονομικά, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί το γεγονός ότι ο κληθείς οικονομικός φορέας ανταποκρίθηκε στην Πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής. Επιπλέον, η προσφεύγουσα δεν προέβη με ρητή δήλωσή της στην απόσυρση της προσφοράς της, περίπτωση στην οποία θα είχε εφαρμογή το αρ. 72 παρ. 2 α' του Ν. 4412/2016, αλλά παρέχοντας τις ζητηθείσες εξηγήσεις κατέλιπε στην αναθέτουσα αρχή την κρίση περί της εξέλιξής της. Συνεπώς, εφόσον εν προκειμένω η προσφεύγουσα ανταποκρίθηκε στην Πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το αρ. 88 του Ν. 4412/2016, παρανόμως η αναθέτουσα αρχή, αφού προέβη σε ερμηνεία του περιεχομένου του εγγράφου εξισώνοντάς το με απόσυρσή της προσφοράς, αποφάσισε και την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας, κατ' αποδοχή του μόνου λόγου προσφυγής.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, στο μέτρο που με αυτήν αποφασίσθηκε η κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής της προσφεύγουσας.
3. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 5 Ιανουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

**ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ
ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ**

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ