

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 13 Απριλίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει, κατόπιν της υπ' αριθμ. 22/2023 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, την από 30.05.2022 προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 767/31.05.2022 του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» (εφ' εξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην Αθήνα, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

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

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 533/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας Αρχής καθώς και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη προγενέστερη ή μεταγενέστερη, εκδοθείσες στο πλαίσιο της υπ' αρ. ... 2022-01-12 διακήρυξης για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.. 2021 - 2022», εκτιμώμενης αξίας 2.419.354,84 € (αρ Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ...).

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της οικείας προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της επίμαχης προσφυγής έχει κατατεθεί και δεσμευθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με ηλεκτρονικό κωδικό ... ποσού €12.100,00 (βλ. ταυτόριθμο παράβολο και αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής του στην Τράπεζα ..., ομού με την εκτύπωση «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός εμπίπτει, με βάση το αντικείμενο και την προϋπολογιζόμενη δαπάνη, στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (L 94) και του ν. 4412/2016 (Α' 147), όπως ισχύει.

Αριθμός Απόφασης :Σ567/2023

3. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του έργου «... 2021-2022», εκτιμώμενης αξίας 2.419.354,84 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και με σύστημα υποβολής προσφορών αυτό του άρθρου 95 παρ.2α του ν. 4412/2016. Η προκήρυξη έγινε με την υπ' αριθμό ανάρτησης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. ... 2022-01-12 διακήρυξη. Ο διαγωνισμός διεξήχθη ηλεκτρονικά μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (α/α ...), με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 22-02-2022. Στην διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν πέντε οικονομικοί φορείς, οι προσφορές των οποίων έγιναν κατ' αρχάς δεκτές, πρώτη δε κατετάγη η προσφεύγουσα εταιρεία, με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 62,05%, και δεύτερη η παρεμβαίνουσα εταιρεία, «...», με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 48,10%. Περαιτέρω, στα πλαίσια του ελέγχου των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και σε εφαρμογή της υπ' αρ. 739/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ..., οι ανωτέρω δύο εταιρείες κλήθηκαν να προσκομίσουν πλήρως τεκμηριωμένη αιτιολόγηση της προσφοράς τους. Μετά την υποβολή των σχετικών αιτιολογήσεων, η Επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε τον αποκλεισμό από την διαγωνιστική διαδικασία της αιτούσας, λόγω μη απόδειξης απ' αυτήν εύλογου οικονομικού οφέλους, τουλάχιστον 2,5%, και την ανάδειξη ως προσωρινού μειοδότη του οικονομικού φορέα «...», εισήγηση, η οποία εγκρίθηκε με την υπ' αρ. 533/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Κατά της εν λόγω απόφασης, η προσφεύγουσα άσκησε την υπ' αριθμό ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 767/31.5.2022 προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία απορρίφθηκε σιωπηρώς με την τεκμαιρόμενη σιωπηρή απόρριψη του 2^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. κατά της οποίας ασκήθηκε σχετική αίτηση αναστολής-ακύρωσης. Σύμφωνα με την απόφαση, υπ' αριθμ. .../2023, του Διοικητικού Εφετείου ..., η οποία κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. στις 07/04/2023, η υπόθεση, συνεπεία της προδιαληφθείσας σιωπηρής απόρριψης της εν θέματι προσφυγής, αναπέμφθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. προς νέα νόμιμη κρίση.

4. Επειδή, περαιτέρω, κατά την έννοια των κείμενων διατάξεων, προσφορά που φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή δεν απορρίπτεται αυτομάτως

αλλ' ακολουθείται η προβλεπόμενη στις διατάξεις αυτές διαδικασία ελέγχου, κατόπιν ακρόασης του προσφέροντος, ο οποίος πρέπει να καλείται από την αναθέτουσα Αρχή να εξηγήσει την τιμή ή το κόστος που προτείνει και να προσκομίσει τα αναγκαία δικαιολογητικά, τα οποία αποδεικνύουν ότι η προσφορά του είναι σοβαρή. Η πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής προς τον προσφέροντα πρέπει να διατυπώνεται με σαφήνεια, ώστε να του παρέχεται η δυνατότητα ν' αποδείξει, κατά τρόπο πλήρη και λυσιτελή, την σοβαρότητα της προσφοράς. Περαιτέρω, η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες σε "συνεννόηση" με τον προσφέροντα, δηλαδή με πραγματικό και ουσιαστικό "διάλογο" μεταξύ Αρχής και προσφέροντος, ώστε να αποσαφηνίζονται τα επίμαχα σημεία της προσφοράς και η αναθέτουσα Αρχή να σχηματίζει πλήρη και σαφή εικόνα γι' αυτά. Συνεπώς, η διαδικασία αυτή "διαλόγου" δεν δύναται να ολοκληρωθεί νομίμως, εφ' όσον δεν συντρέχουν αμφότερες οι προεκτεθείσες προϋποθέσεις, δηλαδή αφ' ενός να έχει δοθεί η δυνατότητα στον προσφέροντα να αιτιολογήσει πλήρως και λυσιτελώς τα επίμαχα σημεία της προσφοράς και αφ' ετέρου η αναθέτουσα Αρχή να έχει διαμορφώσει ασφαλή κρίση γι' αυτά, κατόπιν της αποσαφήνισής τους (ΣΤΕ 1552/2022, 199/2021). Όπως γίνεται νομολογιακώς δεκτό, όταν η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. κρίνει, ότι η προσβληθείσα ενώπιόν της απόφαση είναι πλημμελώς αιτιολογημένη, όσον αφορά στους επιβαρυντικούς για το κόστος της προσφοράς της συμμετέχουσας υπολογισμούς της αναθέτουσας Αρχής, που η τελευταία αιτιολόγησε και άρα η αναθέτουσα Αρχή θεμελίωσε πλημμελώς τη σχετική κρίση της, χωρίς να ζητήσει πρόσθετες διευκρινίσεις κατά το άρθρο 88 παρ. 3 του ν. 4412/2016, τότε η κρίση αυτή της ΕΑΔΗΣΥ δεν συνιστά παραβίαση της εν λόγω διατάξεως. Τούτο, διότι η ΕΑΔΗΣΥ δύναται να διατυπώνει κρίση σε σχέση με το αν εξακολουθούν να υφίστανται αμφιβολίες αναφορικά με την επάρκεια της ελεγχόμενης προσφοράς και, επομένως, ανάγκη για παροχή περαιτέρω διευκρινίσεων εκ μέρους του προσφέροντος. Η κρίση, άλλωστε, αυτή της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. δεν έχει πάντως την έννοια, ότι η αναθέτουσα Αρχή υποχρεούται, άνευ ετέρου, να καλεί κατ' επανάληψη τον προσφέροντα να διευκρινίζει, επεξηγεί και συμπληρώνει τα τυχόν ελλιπή στοιχεία της αιτιολόγησης της προσφοράς του, δοθέντος ότι, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν, η αναθέτουσα Αρχή, εφ' όσον αιτιολογεί πλήρως την κρίση της, ότι η ελεγχθείσα προσφορά, κατόπιν ειδικής και σαφούς

Αριθμός Απόφασης :Σ567/2023

πρόσκλησης προς αιτιολόγησή της από τον προσφέροντα, είναι αναμφίβολα ανεπαρκής, τερματίζει νομίμως την διαδικασία διαλόγου με τον τελευταίο, χωρίς να υποχρεούται σε περαιτέρω κλήση του για υποβολή πρόσθετων διευκρινίσεων (ΣΤΕ 2128/2022).

5. Επειδή, συνοπτικώς η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης, διαλαμβάνοντας ειδικότερα, ότι δεν απαιτούντο ειδικότερες εξηγήσεις εκ μέρους της από την στιγμή που η αναθέτουσα Αρχή δεν της απέστειλε πρόσκληση με ορισμένο περιεχόμενο, επικαλούμενη προς τούτο νομολογία. Επέκεινα, ισχυρίζεται, ότι αυτή έπρεπε να είχε κληθεί για περαιτέρω διευκρινίσεις από την αναθέτουσα Αρχή, διότι, κατά την γνώμη της, αυτό επιβάλλει η υποχρέωση για κατ' αντιπαράθεση διάλογο, που λαμβάνει χώρα κατά την διαδικασία ελέγχου μιας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η αιτιολόγηση της απόρριψης της προσφοράς της δεν είναι νόμιμη, προβάλλοντας μια σειρά από επάλληλες αιτιολογίες, ενώ εκ παραλλήλου υποστηρίζει, ότι δεν υφίσταται γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής διαγωνισμού, σε σχέση με την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, και ότι η αιτιολόγηση της αποδοχής της προσφοράς της έπρεπε να είναι ειδική και εμπεριστατωμένη και όχι να γίνει σιωπηρώς αποδεκτή, όπως συνέβη. Αντιθέτως, η αναθέτουσα Αρχή και η παρεμβαίνουσα υπεραμύνονται της νομιμότητας της προσβαλλόμενης, αιτούμενες την απόρριψη της οικείας προσφυγής.

6. Επειδή, κατόπιν της συνδυαστικής επισκόπησης των εκατέρωθεν ισχυρισμών και των στοιχείων του διοικητικού φακέλλου, κρίνονται τα κάτωθι. Η αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της αναφέρει μεταξύ άλλων, επί του αντίστοιχου ισχυρισμού, ότι: *«το ποσό της αναθεώρησης καλύπτει τις αυξήσεις των τιμών της αγοράς και δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί για την απόδειξη τυχόν κέρδους του Οικονομικού Φορέα»*. Εν τούτοις, όπως εκτέθηκε στην προδικαστική προσφυγή σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 17587/19.01.2022 Εγκύκλιο 1: *«Οι συντελεστές αναθεώρησης των τριών πρώτων τριμήνων Α,Β,Γ του 2021, εφαρμόζονται χωρίς να συσχετίζονται μεταξύ τους, σε όλα τα εν εξελίξει έργα ανεξαρτήτως του χρόνου δημοπράτησής τους. Οι συντελεστές αναθεώρησης του Γ τριμήνου 2021 θα ισχύουν ως προσωρινοί συντελεστές και για τα επόμενα τρίμηνα. Για εργασίες των οποίων οι συντελεστές αναθεώρησης δεν περιλαμβάνονται στην απόφαση, αυτοί θα αναθεωρούνται*

Αριθμός Απόφασης :Σ567/2023

με χρήση άρθρων ομοειδών εργασιών. Ο μειωμένος συντελεστής $\sigma_1=0,07$ ισχύει για τα έργα που θα δημοπρατηθούν μετά την ημερομηνία έκδοσης του ΦΕΚ.(20.12.2021)». Από την ανωτέρω εγκύκλιο καθίσταται σαφές, ότι στο προκείμενο έργο προβλέπεται η χρήση των συντελεστών του Γ' τριμήνου 2021 ως προσωρινών, όπως επίσης και η χρήση συντελεστών αναθεώρησης ομοειδών εργασιών για εργασίες, των οποίων οι συντελεστές αναθεώρησης δεν περιλαμβάνονται στην απόφαση. Επιπροσθέτως, το οικείο έργο, εφ' όσον δημοπρατήθηκε στις 22.02.2022, υπάγεται στα έργα, για τα οποία θα εφαρμοσθεί πλέον ο μειωμένος συντελεστής $\sigma_1=0,07$, γεγονός, το οποίο οδηγεί σε αύξηση του ποσού των αναθεωρήσεων, που τελικά θα προκύψουν. Συνεπώς, δοθέντος, ότι κατά την υποβολή και κατάστρωση της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας είχε εκδοθεί ήδη η ανωτέρω εγκύκλιος και οι οικείοι συντελεστές αναθεώρησης, αυτοί λήφθηκαν νομίμως υπ' όψη εκ μέρους της και συνετέλεσαν στην προσφερόμενη εκ μέρους της τιμή. Ο ισχυρισμός δε της αναθέτουσας Αρχής, όπως διατυπώνεται με τις απόψεις της, παρίσταται αντιφατικός, καθώς δεν προκύπτει, πώς είναι δυνατόν, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας, οι συντελεστές αναθεώρησης, που ίσχυαν κατά την κατάστρωση της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας, να συνεχόνται άρρηκτα με το ποσό, που εν τέλει θα εισπράξει αυτή από την ανάθεση της επίμαχης σύμβασης, αλλά συγχρόνως να μη μπορούν να ληφθούν υπ' όψη για το προσφερόμενο εκ μέρους της προσφεύγουσας τίμημα. Η αναθέτουσα Αρχή, με τις απόψεις της, αναφέρει επίσης, ότι: «Στο τεύχος της Τεχνικής περιγραφής αναφέρει ότι η ομάδα του έργου θα αποτελείται κατ' ελάχιστον από δύο (2) συνεργαζόμενους ηλεκτρολόγους με έδρα τον Πύργο και το Αγρίνιο αντίστοιχα, πλην όμως για την συντήρηση ή την επιδιόρθωση βλαβών υπερυψωμένων φωτεινών σηματοδοτών δεν νοείται η χρήση μόνο ενός τεχνικού και τα συνεργεία θα πρέπει να ενισχύονται». Εν τούτοις, με τον επίμαχο ισχυρισμό της η αναθέτουσα Αρχή θέτει εν αμφιβόλω το ίδιο το κανονιστικό πλαίσιο της οικείας διακήρυξης, από το οποίο αυτοδεσμεύεται. Ως δε εκτέθηκε και στην προδικαστική προσφυγή, η επίμαχη κρίση της αναθέτουσας Αρχής δεν συνάδει με τους όρους της διακήρυξης, η οποία και προέβλεπε συγκεκριμένο αριθμό προσωπικού για την ομάδα έργου, το οποίο και καλύπτει η προσφορά της προσφεύγουσας. Τούτο, διότι, ως προδιελήφθη, η διακήρυξη αποτελεί το

Αριθμός Απόφασης :Σ567/2023

κανονιστικό περιεχόμενο του διαγωνισμού, το οποίο δεσμεύει τόσο τους οικονομικούς φορείς όσο και την ίδια την αναθέτουσα Αρχή, η οποία και αυτοδεσμεύεται από τους όρους, στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε. Επίσης, η αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της αναφέρει, ότι: *«Στα ΓΕΝΙΚΑ ΕΞΟΔΑ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ έχουν περιληφθεί σαφώς μόνο οι «Καταβλητέες εισφορές ΙΚΑ ποσού 12.080,11 ευρώ, οι οποίες αντιστοιχούν σε αποδοχές 20.697,52 ευρώ, οι οποίες δεν έχουν συμπεριληφθεί στο κόστος του έργου»*. Εν τούτοις τούτο, ως προβάλλεται βασίμως στην προδικαστική προσφυγή, κρίνεται αβάσιμο. Τούτο, διότι, για τις οικοδομικές εργασίες, η δαπάνη που έχει προβλέψει η προσφεύγουσα στην αιτιολόγησή της (€ 12.080,00) αφορά στο μικρό οικοδομικό αντικείμενο του έργου και δεν αφορά στις εισφορές του προσωπικού, που περιλαμβάνονται στις αμοιβές τους. Το ανωτέρω μάλιστα ποσό, παρά τις πλημμελώς αιτιολογημένες κρίσεις της προσβαλλόμενης, είναι υπερεκτιμημένο, όπως αποδεικνύεται από τον αναλυτικό υπολογισμό του ποσοστού εργατικής δαπάνης, σύμφωνα με την εγκύκλιο του ΕΦΚΑ και όσον αφορά στο σύνολο των οικοδομικών εργασιών του έργου. Ειδικότερα, σύμφωνα με τον υπολογισμό του ΠΕΔ (ποσοστού εργατικής δαπάνης), το ποσοστό εργατικής δαπάνης, που αφορά στο έργο, ανέρχεται σε συνολική δαπάνη $12.542,10 \times (1-0,6205) = 4.759,726 \text{ €}$ (ποσοστό εργατικής δαπάνης = 0,60%) : ΣΥΝΟΛΟ ΕΡΓΑΤΙΚΗΣ ΔΑΠΑΝΗΣ (ΕΝΣΗΜΑ ΕΦΚΑ): $12.542,10 \times (1-0,6205) = 4.759,73 \text{ €} < 12.080,00\text{€}$, που παρουσίασε η προσφεύγουσα υπερεκτιμημένα στην αιτιολόγηση της προσφοράς της. Επικουρικώς και σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν ήθελε κριθούν βάσιμοι οι υπολογισμοί της προσβαλλόμενης, τότε και σ' αυτήν την περίπτωση το ποσό των 20.697,52 ευρώ θα μπορούσε να καλυφθεί από το προβλεπόμενο στην οικονομική της προσφορά εργολαβικό κέρδος, το οποίο υπερβαίνει το 2,5%, και συνεπώς και πάλι καταλείπεται στην προσφεύγουσα εύλογο εργολαβικό κέρδος, καθιστώντας αλυσιτελώς προβαλλόμενο τον σχετικό ισχυρισμό της αναθέτουσας Αρχής. Εν συνεχεία, η αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της διαλαμβάνει επίσης, ότι: *«Για τις δαπάνες των εργασιών των άρθρων ΑΤ Β33 & Β34 δεν είναι δυνατό να εκτελεστούν από το ίδιο πρόσωπο»*. Ο ισχυρισμός όμως αυτός είναι αβάσιμος, διότι, όπως προκύπτει από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλλου, το ΑΤ Β-33 αφορά σε Κατασκευή διάβασης καλωδίων φωτεινής σηματοδότησης κάτω από το οδόστρωμα και το ΑΤ Β-34

Αριθμός Απόφασης :Σ567/2023

αφορά σε Κατασκευή διάβασης καλωδίων φωτεινής σηματοδότησης υπό το πεζοδρόμιο, και συνεπώς αφορούν σε παρεμφερείς εργασίες, οι οποίες και προφανώς, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, μπορούν να εκτελεσθούν από το αυτό πρόσωπο. Τέλος, η αναθέτουσα Αρχή αναφέρει, ότι: *«Η Επιτροπή αποδέχθηκε σιωπηρά την αιτιολόγηση του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...», και έκρινε ότι δεν απαιτεί ειδική αιτιολόγηση»*. Εν τούτοις, ο επίμαχος ισχυρισμός επιρρωνύει τον ύστατο λόγο της προδικαστικής προσφυγής περί αναιτιολόγητου της προσβαλλόμενης ως προς το μέρος, που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, καθώς η αναθέτουσα Αρχή, ως παγίως γίνεται δεκτό, υποχρεούται να αιτιολογεί τις πράξεις της έτσι, ώστε να καθίσταται δυνατός ο έλεγχος της νομιμότητάς τους. Επέκεινα και σε κάθε περίπτωση, ο επίμαχος ισχυρισμός παρίσταται αναιτιολόγητος, καθώς από το πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού προκύπτει, ότι ουδέποτε έλαβε χώραν ουδεμία αξιολόγηση, πολλώ δε μάλλον ουσιαστικής φύσης της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, το επιχείρημα δε της αναθέτουσας Αρχής περί σιωπηρής αποδοχής κρίνεται ως αόριστο και άρα απορριπτέο.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα προσφυγής να γίνει δεκτό, ν' απορριφθεί η παρέμβαση, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, και να επιστραφεί το παράβολο στην προσφεύγουσα.

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 13 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 18/04/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός Απόφασης :Σ567/2023

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ