

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 24 Μαρτίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 13.02.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 206/15.02.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «... Α.Τ.Ε.Ε.» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση: α) της προσβαλλόμενης υπ' αρ. πρωτ. 1145/10-2-2023 απόφασης του Γραφείου Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου ..., κατά το μέρος που απέρριψε το από 9/2/2023 αίτημά της για ορισμό νέας ημερομηνίας επίσκεψης για τη συμμετοχή της στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, καθώς και της, σε κάθε περίπτωση, σιωπηρής άρνησης της Διοίκησης να ικανοποιήσει το από 9/2/2023 αίτημα της για διενέργεια επίσκεψης, και β) την ακύρωση του όρου 24.2. της διακήρυξης με αριθ. πρωτ. 792/26.01.2023 (Α.Δ.Α.Μ. ...), κατά το μέρος που ορίζει ημερομηνία επίσκεψης την 6/2/2022, για τους λόγους που αναφέρονται στην προσφυγή. Τέλος, η προσφεύγουσα ζητεί ν' ακυρωθεί στο σύνολό της η υπό κρίση διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363

Αριθμός Απόφασης: 557/2023

του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 11.291,00 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, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως στις 13.02.2023, καθ' όσον η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 26.01.2023 με Α.Δ.Α.Μ. ..., και ως εκ τούτου η δεκαήμερη προθεσμία προς άσκηση της προσφυγής άρχισε μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από την δημοσίευση στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ, την 10.02.2023 (β) ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017, (γ) έχει ασκηθεί μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς η προσφεύγουσα επικαλείται άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτήν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, σε σημείο που να αποκλείει την συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ, 146-148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφ' όσον παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων, που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς ν' απαιτείται, για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στον διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, StadtHalle, σκέψη 40). Αναλυτικότερα, η προσφεύγουσα, η οποία δεν έχει υποβάλει προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, θεμελιώνει κατ' αρχήν έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, ως ενδεχομένως βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρου της διακήρυξης, ο οποίος, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκρούει στο εθνικό δίκαιο και καθιστά αδύνατη την συμμετοχή της στον διαγωνισμό, στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει. Ειδικότερα, δηλώνει ότι, αν και η επιχειρηματική της δραστηριότητα ταυτίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης, ωστόσο, ο πληττόμενος με την προσφυγή της όρος της διακήρυξης καθιστά αδύνατη την συμμετοχή της στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία.

Αριθμός Απόφασης: 557/2023

Για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της βλάβης για την προσβολή όρων της διακήρυξης αρκεί κατ' αρχήν η επίκληση του ενδιαφέροντός της προς συμμετοχή της στον διαγωνισμό, με βάση το γεγονός ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης (βλ. και ΑΕΠΠ 7ΜΕΛΟΥΣ 3/2018, σκ. 10).

3.Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή στις 13.02.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4.Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως στις 28.02.2023 τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής, Η δε προσφεύγουσα κατέθεσε στις 06.03.2023 υπόμνημα (κατά παρέκταση, δεδομένου ότι η 05.03.2023 ήταν ημέρα Κυριακή και άρα εξαιρετέα) το οποίο λαμβάνεται υπ' όψη από το παρόν Κλιμάκιο.

5.Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 792/26.01.2023 διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου του έργου «Έργα βελτίωσης οδικής ασφάλειας του Δήμου ...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 2.258.064,52 € άνευ Φ.Π.Α. και με 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 26.01.2023, με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

6.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 της διακήρυξης, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 13.02.2023 και ώρα 3:00 μ.μ και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών η 16.02.2023 και ώρα 09:00 π.μ.

7. Επειδή, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου τυγχάνει εκ προοιμίου και δη ex lege το μοναδικό όργανο, το οποίο τυγχάνει επιφορτισμένο με την αποφασιστική αρμοδιότητα έκδοσης εκτελεστών διοικητικών πράξεων στο πλαίσιο μιας οποιασδήποτε διαγωνιστικής διαδικασίας (άρθρο 72 παρ. 1 περ.

Αριθμός Απόφασης: 557/2023

στ, ζ και ι του Νόμου 3852/2010). Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη, υπ' αρ. πρωτ. 1145/10-2-2023, απόφαση του Γραφείου Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου ... δεν φέρει εκτελεστότητα. Ωστόσο, η προσφεύγουσα, με την προσφυγή της, βάλλει και κατά «της, σε κάθε περίπτωση, σιωπηρής άρνησης της διοίκησης να ικανοποιήσει το από 9/2/2023 αίτημα της για διενέργεια επίσκεψης», δηλαδή βάλλει κατά της παράλειψης της αναθέτουσας Αρχής, ως προς το επίδικο αίτημά της προς διενέργεια επίσκεψης. Επομένως, η προσφυγή είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξετασθεί στην ουσία της.

8.Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της επικαλείται, ότι: «...Όπως προκύπτει από την ανωτέρω βεβαίωση της αστυνομίας που συνυποβάλαμε με το από 9/2/2023 αίτημά μας προς την αναθέτουσα αρχή και ως εξάλλου ομολογεί και η ίδια η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της, στο επίμαχο οδικό δίκτυο υπήρχε απαγόρευση κυκλοφορίας μέχρι τις 12:20 και συνεπώς από τις 9:00 πμ έως τις 12:20 ήταν αδύνατο να προσέλθει ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας μας από την ... στον Δήμο ... για τη διενέργεια της επιτόπιας επίσκεψης. Από τις 12:20 μέχρι και τις 2:00 μμ η κυκλοφορία επιτρεπόταν μόνο με αντιολισθητικές αλυσίδες και μόνο για ελαφρά οχήματα σύμφωνα με την βεβαίωση της αστυνομίας. Εντούτοις, και πάλι ήταν αδύνατο να προσέλθουμε κατά τις ώρες αυτές και να ενεργήσουμε κατά τον χρόνο αυτό την επιτόπια επίσκεψη ενόψει του ότι: - Λόγω της χρήσης αντιολισθητικών αλυσίδων το αυτοκίνητο του νόμιμου εκπροσώπου μας θα έπρεπε να κινείται με μέγιστη ταχύτητα τα 20 χλμ/ώρα, τούτο όμως καθιστά αντικειμενικά αδύνατον αφενός ο νόμιμος εκπρόσωπός μας να ξεκινήσει από την ... μόλις πληροφορηθεί την άρση απαγόρευσης κυκλοφορίας (12:20) και να προλάβει να φτάσει στο Δήμο ... και στις οδούς επίσκεψης, πόσο μάλλον να διενεργήσει και την επίσκεψη μέχρι τις 2:00 μμ- Έτι περαιτέρω ακόμα κι αν ήθελε υποτεθεί ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας μας είχε ξεκινήσει προς τον Δήμο ... ενόσω απαγορευόταν η κυκλοφορία και είχε φτάσει μέχρι το μέρος της οδού που απαγορευόταν η κυκλοφορία και ανέμενε μέσα στο χιονιά να δοθεί σήμα ότι ο δρόμος ανοίγει και ξεκινούσε από το σημείο εκείνο με τις αλυσίδες στις 12:20 προκειμένου να φτάσει στο Δήμο ... και στις οδούς επίσκεψης, τότε και πάλι θα ήταν αδύνατη η διενέργεια της επίσκεψης καθώς λόγω της έκτασης των οδών της επίσκεψης (144 χλμ) ήταν αδύνατον αυτές να διανυθούν μέσα σε

Αριθμός Απόφασης: 557/2023

1,5 ώρα και με τη χρήση αντιολισθητικών αλυσίδων!!!! Πόσο μάλλον να διενεργηθούν και επιμετρήσεις. - Σε κάθε περίπτωση η επίσκεψη ήταν αντικειμενικά αδύνατη και για το λόγο ότι τα σημεία των οδών που θα διενεργούταν οι εργασίες ήταν καλυμμένα με χιόνι και οποιαδήποτε επιμέτρηση ήταν αδύνατη. - Περαιτέρω, και σε κάθε περίπτωση ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας μας δεν θα έπρεπε να ξεκινήσει από την ... ούτε στις 12:20 δεδομένων των συνθηκών προκειμένου να διαφυλάξει την σωματική του ακεραιότητα, ενόψει της κακοκαιρίας, του παγετού και της ολισθηρότητας των οδών. - Έτι περαιτέρω, ενόψει του ότι από τις 9:00 πμ μέχρι τις 12:20 ήταν αδύνατη η επίσκεψη, οι υπόλοιπες ώρες από τις 12:20 μέχρι τις 2:00μ που προβλέπει ο όρος 24.2. της διακήρυξης δεν επαρκούσαν για να πραγματοποιηθεί η απαιτούμενη επίσκεψη και η διενέργεια επιμετρήσεων, λόγω της χιλιομετρικής απόστασης που έπρεπε να διενεργηθεί κατά την επίσκεψη και ενόψει του ότι αυτή θα έπρεπε να διενεργηθεί με αντιολισθητικές αλυσίδες. Εξάλλου η ίδια η αναθέτουσα αρχή όρισε τις ώρες επίσκεψης από τις 9:00 πμ μέχρι τις 2:00 μ. ακριβώς διότι σε καλές καιρικές συνθήκες οι αποστάσεις που έπρεπε να διενεργηθούν και οι επιμετρήσεις που θα έπρεπε να εκτελεσθούν απαιτούσαν 5 ώρες. Συνεπώς η επίσκεψη, ως την ορίζει η διακήρυξη, ήταν αδύνατη υπό συνθήκες χιονιά και χρήσης αντιολισθητικών αλυσίδων σε 1,5 ώρα, από τις 12:20 μέχρι τις 2:00 μμ 10. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή εκτός της παραβίασης των ανωτέρω αναφερόμενων αρχών που εφαρμόζονται στις δημόσιες συμβάσεις κατά το προσυμβατικό στάδιο, υπερέβη παρανόμως τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας αρνούμενη με τις προσβαλλόμενες να ορίσει νέα ημερομηνία επίσκεψης στην εταιρία μας προκειμένου να μας χορηγηθεί βεβαίωση επίσκεψης και να είναι δυνατή η συμμετοχή μας στο διαγωνισμό. Τούτο, δε, ενισχύεται και από το γεγονός ότι εν τέλει λόγοι ανωτέρας βίας κατέστησαν αδύνατη την προσέλευσή μας για την επίσκεψη και την διενέργεια αυτής. 11. Η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής που απορρίπτει το αίτημά μας αναφέρει καταρχάς ότι για το αίτημά μας είναι αρμόδια η Οικονομική Επιτροπή και όχι η Τεχνική Υπηρεσία του Δήμου. Εντούτοις το αίτημά μας υποβλήθηκε προς τον Δήμο μέσω του ΕΣΗΔΗΣ και ο χειριστής του αιτήματος όφειλε να το διαβιβάσει στην αρμόδια υπηρεσία. Έτι περαιτέρω η τεχνική υπηρεσία όφειλε να το διαβιβάσει στην Οικονομική Επιτροπή. Εξάλλου και σε κάθε περίπτωση προσβάλλουμε με την παρούσα και

Αριθμός Απόφασης: 557/2023

τη σιωπηρή άρνηση της αναθέτουσας αρχής να ορίσει νέα ημερομηνία επίσκεψης για την εταιρία μας. 12. Επιπλέον η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικαλείται το γεγονός ότι ο δρόμος άνοιξε στις 12:20 και συνεπώς θα μπορούσαμε δήθεν να προσέλθουμε. Εντούτοις η αναθέτουσα αρχή αποκρύπτει ότι ναι μεν επιτράπη η κυκλοφορία στα ελαφρά οχήματα από τις 12:20, αλλά με τη χρήση μόνο αντιολισθητικών αλυσίδων. Εντούτοις η προσέλευση μας ήταν αντικειμενικά αδύνατη λόγω των συνθηκών όπως αναλύθηκε παραπάνω και σε κάθε περίπτωση η διενέργεια της αυτοψίας ήταν αδύνατη στον υπολειπόμενο χρόνο ενόψει του ότι η επίσκεψη θα έπρεπε να καλύπτει περί τα 150 χλμ με τη χρήση αντιολισθητικών αλυσίδων και μάλιστα να διενεργηθούν και επιμετρήσεις, ως ειδικότερα αναλύθηκε ανωτέρω. 13. Η αναφορά, δε στην προσβαλλόμενη ότι προσήλθαν τρεις οικονομικοί φορείς για τη διενέργεια της αυτοψίας είναι παντελώς αδιάφορο, καθώς εν προκειμένω κρίνεται αν ήταν όντως δυνατή η προσέλευσή μας και αν όντως ήταν δυνατή η διενέργεια της επίσκεψης και των επιμετρήσεων υπό τις καιρικές συνθήκες που εκθέσαμε. Είναι δε απορίας άξιον πώς τρεις οικονομικοί φορείς κατάφεραν να φτάσουν στο Δήμο ... και μάλιστα να διενεργήσουν και την αυτοψία και τις επιμετρήσεις υπό τις συνθήκες αυτές. Μάλιστα, η προσβαλλόμενη αναφέρει ότι αυτοί έφτασαν «αργά το μεσημέρι» και συνεπώς ανακύπτει το εύλογο ερώτημα πώς πρόλαβαν ο φορείς αυτοί να φτάσουν και μάλιστα να ενεργήσουν και στη συνέχεια την επίσκεψη και τις επιμετρήσεις... μέσα σε λίγα λεπτά δοθέντος ότι η ώρα επίσκεψης έληγε στις 2:00 μμ. 14. Τέλος η αναφορά της προσβαλλόμενης ότι δεσμεύεται από την τήρηση χρονοδιαγράμματος λόγω χρηματοδοτικού προγράμματος θα πρέπει να απορριφθεί ως παντελώς αόριστη γιατί δεν μας παραθέτει το χρονοδιάγραμμα αυτό. Εντούτοις και αν ήθελε υποτεθεί ότι υπάρχει χρονοδιάγραμμα, αυτό μπορεί προφανώς να παραταθεί κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας, πόσο μάλλον στην προκείμενη περίπτωση που συντρέχουν λόγοι ανωτέρας βίας. Σε κάθε περίπτωση αν οριζόταν επίσκεψη στις 10/2 όπως και αιτηθήκαμε δεν θα χρειαζόταν καμία απολύτως παράταση, κι αν χρειαζόταν αυτή θα ήταν ολιγοήμερη και δεν θα μπορούσε να ανατρέψει το χρονοδιάγραμμα. 15. Ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των

Αριθμός Απόφασης: 557/2023

προσφορών, κρίνεται ότι θα πρέπει να ακυρώνεται η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΣτΕ ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENVAG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95) και συνεπώς η διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της...».

9.Επειδή, στην υπ' αρ. πρωτ. 1145/10-2-2023 απόφαση του Γραφείου Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου ... αναφέρονται επί λέξει τα εξής: «...Σε συνέχεια των ανωτέρω αιτημάτων σας, περί ορισμού νέας ημερομηνίας επίσκεψης επί τόπου του έργου, σας γνωρίζουμε ότι αρμόδιο όργανο για την τροποποίηση των όρων της Διακήρυξης είναι η Ο.Ε. και όχι η Τεχνική Υπηρεσία. Την Δευτέρα 06-02-2023, με βάση την βεβαίωση του Αστυνομικού Τμήματος ... που μας υποβάλλατε συνημμένα με τα ανωτέρω σχετικά, βεβαιώνεται ξεκάθαρα ότι ο δρόμος άνοιξε για την κυκλοφορία μετά τις 12:20μμ (γεγονός που δεν έχετε επισημάνει όπως θα έπρεπε). Επιπλέον, σας ενημερώνουμε ότι αργά το μεσημέρι προσήλθαν, στα γραφεία της Τεχνικής Υπηρεσίας στο ..., τρεις διαγωνιζόμενοι με τους οποίους πραγματοποιήθηκε η επίσκεψη στα σημεία του έργου. Επειδή λοιπόν ήταν εφικτό στο διάστημα από τις 12:20μμ έως τις 2:00μμ (που ορίζει η διακήρυξη), να είχατε προσέλθει στην υπηρεσία μας για την επιτόπια αυτοψία, δεν τίθεται θέμα οποιασδήποτε παράτασης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Εξάλλου ο Δήμος φέρει την υποχρέωση τήρησης χρονοδιαγράμματος λόγω των δεσμεύσεων έναντι του χρηματοδοτικού προγράμματος...».

10.Επειδή, η αναθέτουσα με τις απόψεις της επάγεται τα κάτωθι: Ότι το άρθρο 24 της διακήρυξης όριζε ότι η προσφορά των διαγωνιζομένων πρέπει να περιλαμβάνει βεβαίωση επίσκεψης στον τόπο του έργου. Ότι η επιτόπια επίσκεψη θα διεξαχθεί την ίδια μέρα για όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, με μέριμνα της τεχνικής υπηρεσίας. Η ημερομηνία επίσκεψης καθορίσθηκε για την 06.02.2023, ημέρα Δευτέρα, ώρα από 09:00 έως 14:00. Ότι είναι σαφές ότι η Διακήρυξη παρείχε τη δυνατότητα στην τεχνική υπηρεσία να προσδιορίσει αδέσμευτα την επίσκεψη σε οιοδήποτε χρόνο μεταξύ των ως άνω ωρών. Ότι είναι πρόδηλο ότι, εάν η επίσκεψη ξεκινούσε π.χ. την 13:30, θα συνεχιζόταν εφ' όσον κρινόταν αναγκαίο και δεν θα ολοκληρωνόταν στις 14:00 αναγκαστικά, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα: οι ώρες 09:00 έως 14:00 ορίσθηκαν ως χρονικό διάστημα

Αριθμός Απόφασης: 557/2023

εντός του οποίου θα εκκινούσε η επίσκεψη. Ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 02.02.2023 αίτημα μέσω ΕΣΗΔΗΣ για συμμετοχή στην επιτόπια επίσκεψη που θα λάμβανε χώρα στις 06.02.2023. Ότι την 06.02.2023 προσήλθαν στην Υπηρεσία τρεις ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς, η δε Υπηρεσία, αφού εξάντλησε καλόπιστα τα όρια αναμονής εν όψει των δυσμενών (αλλά όχι απαγορευτικών) συνθηκών, που επικρατούσαν στην περιοχή εκτέλεσης του έργου, προχώρησε σε επιτόπια επίσκεψη του έργου με τους τρεις προσελθόντες οικονομικούς φορείς. Ότι οι τρεις εν λόγω οικονομικοί φορείς έλαβαν αυθημερόν τις εκδοθείσες βεβαιώσεις επίσκεψης. Ότι, εν συνεχεία, ο διαγωνισμός έλαβε χώρα κανονικά, ενώ δεν συμμετείχε σε αυτόν η προσφεύγουσα. Ότι η προσφεύγουσα αποδέχθηκε αυτόν τον όρο ανεπιφύλακτα. Ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμό 1145/10.02.2023, δεν συνιστά πράξη της αναθέτουσας (αυτή είναι η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου και μόνον) αλλ' απλό πληροφοριακό έγγραφο, στερούμενο εκτελεστότητας. Ότι αρμόδια για τον ορισμό νέας ημερομηνίας επίσκεψης θα ήταν αποκλειστικά η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου. Ότι, εφ' όσον τρεις οικονομικοί φορείς, με έδρα εκτός του Δήμου ..., προσήλθαν και συμμετείχαν μαζί με στελέχη της υπηρεσίας στην επιτόπια επίσκεψη, δεν τίθεται ζήτημα ανωτέρας βίας. Ότι το χρονικό διάστημα από 09:00 έως 14:00 καθορίστηκε από την διακήρυξη ως χρονικό διάστημα, στο οποίο η Υπηρεσία μπορούσε, κατά την διακριτική της ευχέρεια, να ξεκινήσει την επίσκεψη με ένα ή περισσότερα στελέχη, και εφ' όσον η επίσκεψη δεν είχε περαιωθεί θα μπορούσε να διαρκέσει και εκτός του ως άνω χρονικού διαστήματος. Ότι η Υπηρεσία ανέμενε έως τις 14:00 για να προσέλθουν οι οικονομικοί φορείς. Ότι, εν συνεχεία, η επίσκεψη επί τόπου του έργου έγινε με χρήση οχήματος 4X4 (με εφεδρεία αλυσίδες) που ολοκληρώθηκε στις 17:00. Ότι η έλευση της κακοκαιρίας είχε προβλεφθεί και ανακοινωθεί με μετεωρολογικά δελτία. Ότι η Τεχνική Υπηρεσία του Δήμου κατά την 06.02.2023 λειτουργούσε απρόσκοπτα. Ότι η προσφεύγουσα δεν επέδειξε την δέουσα επιμέλεια, εν αντιθέσει με τους ανωτέρω τρεις οικονομικούς φορείς. Ότι ουδείς κίνδυνος υπήρχε για την ασφάλεια του εκπροσώπου της εκείνην την ημέρα. Ότι η εκτέλεση του επίδικου έργου λαμβάνει χώρα δυνάμει της υπ' αρ. 89519/23.12.2022 κοινής απόφασης των αναπληρωτών Υπουργών Εσωτερικών και Οικονομικών, και χρηματοδοτείται από πόρους του Ταμείου Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας. Ότι μέχρι την 30.06.2023 θα πρέπει να έχει

Αριθμός Απόφασης: 557/2023

ολοκληρωθεί η ανάθεση των συμβάσεων με την ανάδειξη οριστικού αναδόχου. Μετά το πέρας των ανωτέρω ημερομηνιών όσες προτάσεις δεν έχουν επιτύχει τους ανωτέρω στόχους απεντάσσονται από το Πρόγραμμα. Οι δε εργασίες από τους αναδόχους πρέπει να έχουν ολοκληρωθεί έως 30.09.2025 και το Πρόγραμμα ολοκληρώνεται την 31.12.2025. Ότι πιθανή καθυστέρηση του διαγωνισμού συνεπάγεται την απένταξη του έργου με συνακόλουθη βλάβη του δημοσίου συμφέροντος (κίνδυνος δυστυχήματος κ.λ.π), που καθιστά αναγκαία την άμεση ανάθεση της σύμβασης. Ότι δέον να τονισθεί, ότι αντικείμενο του εν θέματι διαγωνισμού είναι η αποκατάσταση των επικίνδυνων βλαβών του οδοστρώματος.

12.Επειδή, αναφορικά με τους λόγους της προσφυγής, κρίνονται τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, στον όρο 24.2 της διακήρυξης ορίζεται, ότι: «Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, **επί ποινή αποκλεισμού**, να περιέχει τα ακόλουθα υπό (α), (β), και (γ) στοιχεία: α)...β)...**γ) τη βεβαίωση επίσκεψης στον τόπο του έργου. Ειδικότερα**, αναφορικά με το (γ)...*Η επιτόπια επίσκεψη θα διεξαχθεί την ίδια ημέρα για όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, με μέριμνα της τεχνικής υπηρεσίας. Η ημερομηνία επίσκεψης καθορίζεται για την 06/02/2023, ημέρα Δευτέρα, ώρα από 09:00 έως 14:00...Η Τεχνική Υπηρεσία της Αναθέτουσας Αρχής θα χορηγήσει αυθημερόν βεβαίωση για την επίσκεψη που θα πραγματοποιήσει ο κάθε ενδιαφερόμενος. Την βεβαίωση αυτή πρέπει να την προσκομίσει υποχρεωτικά επί ποινή αποκλεισμού μαζί με τα υπόλοιπα δικαιολογητικά συμμετοχής*». Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου και δεν αμφισβητείται, την 06.02.2023 η κακοκαιρία «...» έπληττε τη χώρα (με έναρξη αυτής την 05.02.2023, όπως προκύπτει από πληροφορίες στο διαδίκτυο, οι οποίες είναι ελεύθερες και προσβάσιμες στον καθ' ένα άνευ άλλου τινός), με το νομό ...ς να βρίσκεται στο επίκεντρο. Έτι περαιτέρω, η προσφεύγουσα με την προσφυγή κατέθεσε της σχετικά δελτία τύπου της Πολιτικής Προστασίας (Σχετικά Α της προσφυγής, ήτοι: (α) Το από 06.02.2023 Δελτίο Τύπου του Υπουργείου Κλιματικής Κρίσης και Πολιτικής Προστασίας, (β) Το από 05.02.2023 Δελτίο Τύπου Πυροσβεστικού Σώματος, (γ) Το από 06.02.2023 με θέμα «Νέα επικαιροποίηση Δελτίου Επικίνδυνων Καιρικών Φαινομένων...»). Μάλιστα, στο από 06/2/2023 επικαιροποιημένο δελτίο τύπου

Αριθμός Απόφασης: 557/2023

γίνεται ειδική αναφορά για την έντονη χιονόπτωση στην ... στις 06/02/2023, όπου εδρεύει η εταιρεία της προσφεύγουσας, αλλά και ο Δήμος που προκήρυξε τον επίδικο διαγωνισμό (... , έδρα Δήμου). Προς απόδειξη των καιρικών φαινομένων και της κακοκαιρίας στις 06/02/2023 στην πόλη της ...ς, αλλά και στις κρίσιμες περιοχές, που θα διενεργείτο η επιτόπια επίσκεψη (... , ... , ... , ...), η προσφεύγουσα προσκόμισε και σχετικά δελτία καιρού (Σχετικά Β της προσφυγής, ήτοι: (α) Καιρός από την ιστοσελίδα καιρού freemeteo στις 06.02.2023, στη ... , ... , ... , ... και ...). Στο δε επίμαχο έγγραφο, υπ' αρ. πρωτ. 1145/10.02.2023, της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου ... αναφέρεται επί λέξει, ότι: *«...Την Δευτέρα 06-02-2023, με βάση την βεβαίωση του Αστυνομικού Τμήματος ... που μας υποβάλλατε συνημμένα με τα ανωτέρω σχετικά, **βεβαιώνεται ξεκάθαρα ότι ο δρόμος άνοιξε για την κυκλοφορία μετά τις 12:20μμ** (γεγονός που δεν έχετε επισημάνει όπως θα έπρεπε)...*». Έτι περαιτέρω, από τα στοιχεία του φακέλλου προκύπτει, ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 02.02.2023, όταν ακόμα δεν είχε αρχίσει η κακοκαιρία «...», αίτημα μέσω Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ για συμμετοχή στην επιτόπια επίσκεψη που θα λάμβανε χώρα στις 06.02.2023. Περαιτέρω, όπως επικαλείται η προσφεύγουσα στην προσφυγή της, ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας της επικοινωνήσε τηλεφωνικά με τον Προϊστάμενο της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου Στην επίμαχη συνομιλία που διαμείφθηκε –κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας- ο ως άνω Προϊστάμενος ενημέρωσε τον νόμιμο εκπρόσωπο της προσφεύγουσας, ότι οι δρόμοι είναι κλειστοί, ότι προφανώς δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί επιτόπια επίσκεψη, ότι θα ορισθεί νέα ημερομηνία επίσκεψης επί τόπου του έργου, ότι ο ίδιος (ο Προϊστάμενος) δεν θα πάει καν στην Υπηρεσία. Η δε αναθέτουσα με τις απόψεις της (σελ. 4, παρ. 10) αρνείται τα τελευταία, αναφέροντας χαρακτηριστικά: *«Είμαστε αναγκασμένοι να διαψεύσουμε το αναφερόμενο στην σελίδα 9 της προσφυγής ότι δήθεν ο Προϊστάμενος της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου ενημέρωσε δήθεν το νόμιμο εκπρόσωπο της προσφεύγουσας ότι οι δρόμοι είναι κλειστοί και ότι προφανώς δεν μπορεί να γίνει επιτόπια επίσκεψη και ότι θα ορισθεί νέα ημερομηνία μετά την παρέλευση της κακοκαιρίας, καθώς και ότι ο ίδιος δεν θα πάει καν στην υπηρεσία»*. Ανεξαρτήτως του ανωτέρω περιεχομένου της τηλεφωνικής επικοινωνίας, η προσφεύγουσα υπέβαλε το υπ' αρ. πρωτ. 1140/10.02.023 έγγραφό της, μέσω της «επικοινωνίας» του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.,

Αριθμός Απόφασης: 557/2023

επικαλούμενη τις συνθήκες κακοκαιρίας και ζητούσε νέα ημερομηνία επίσκεψης επί τόπου του έργου, την 10.02.2023. Σε απάντηση του ανωτέρω αιτήματος της προσφεύγουσας, η Τεχνική Υπηρεσία του Δήμου ... απάντησε αρνητικά με το υπ' αρ. πρωτ. 1145/10.02.2023 έγγραφό της. Σε αυτό το τελευταίο έγγραφο η Τεχνική Υπηρεσία του Δήμου ... ανέφερε, ότι αρμόδιο όργανο για την τροποποίηση των όρων της διακήρυξης είναι η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου και όχι η Τεχνική Υπηρεσία. Πράγματι, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου τυγχάνει ex lege το μοναδικό όργανο, το οποίο τυγχάνει επιφορτισμένο με την αποφασιστική αρμοδιότητα έκδοσης εκτελεστών διοικητικών πράξεων στο πλαίσιο μιας οποιασδήποτε διαγωνιστικής διαδικασίας (άρθρο 72 παρ. 1 περ. στ, ζ και ι του Νόμου 3852/2010). Παρ' όλα αυτά, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, η Τεχνική Υπηρεσία δεν διαβίβασε το ανωτέρω, υπ' αρ. πρωτ. 1140/10.02.023, έγγραφο της προσφεύγουσας στην αρμόδια Οικονομική Επιτροπή, αν και στο άρθρο 4 περ.1.α του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας ορίζεται, ότι: *«...Αν η αίτηση υποβληθεί σε αναρμόδια υπηρεσία, η υπηρεσία αυτή οφείλει, μέσα σε τρεις (3) ημέρες, να τη διαβιβάσει στην αρμόδια και να γνωστοποιήσει τούτο στον ενδιαφερόμενο. Στην περίπτωση αυτή η προθεσμία αρχίζει από τότε που περιήλθε η αίτηση στην αρμόδια υπηρεσία...»*. Έτι περαιτέρω, όπως συνομολογεί και η αναθέτουσα στις απόψεις της, η Υπηρεσία ανέμενε έως τις 14:00 για να προσέλθουν οι οικονομικοί φορείς και, εν συνεχεία, η επίσκεψη επί τόπου του έργου έγινε με χρήση οχήματος 4X4 (με εφεδρεία αλυσίδες), που ολοκληρώθηκε στις 17:00. Στο δε επίμαχο έγγραφο υπ' αρ. πρωτ. 1145/10.02.2023 της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου ..., συνομολογείται, ότι ο δρόμος άνοιξε για την κυκλοφορία μετά τις 12:20μ.μ. Εν τέλει, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, μόνον δύο οικονομικοί φορείς προσήλθαν για επιτόπια επίσκεψη την 06.02.2023 και όχι τρεις, όπως αναφέρει η αναθέτουσα στις απόψεις της. Οι ως άνω δύο οικονομικοί φορείς είναι η «... S.A» και η «B. ... ΚΑΙ ΣΙΑ Ε.Ε». Μάλιστα, οι ανωτέρω έλαβαν και βεβαιώσεις επίσκεψης, όπως προεβλέπετο από τον όρο 24.2 γ της διακήρυξης. (βλ. προσφορά «... S.A», ψηφιακό αρχείο «ΒΕΒΑΙΩΣΗ ΕΠΙΣΚΕΨΗΣ», και προσφορά «B. ... ΚΑΙ ΣΙΑ Ε.Ε», ψηφιακό αρχείο «Βεβαίωση Επιτόπιας Επίσκεψης»). Το κρίσιμο, εν προκειμένω, είναι, αν η προσφεύγουσα παρεμποδίσθηκε να πραγματοποιήσει την επιτόπια επίσκεψη εξ αιτίας λόγων, μή αναγόμενων στην «σφαίρα» υπαιτιότητάς της, και όχι αν

Αριθμός Απόφασης: 557/2023

πραγματοποίησαν την επίσκεψη άλλοι οικονομικοί φορείς. Άλλωστε, ο περιορισμός του ανταγωνισμού εν γένει δεν κρίνεται αναγκαίως, με βάση ειδικώς τον αριθμό των αποκλειόμενων, αλλά με βάση την αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, της αρχής της ισότητας και της αναλογικότητας, ακόμη και αν αποκλείει μόνον τον προσφεύγοντα (πρβλ. ΑΕΠΠ 1085/2021, σελ.8 και 238/2017, σκ. 9). Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν μπόρεσε να πραγματοποιήσει επί τόπου του έργου, όχι για λόγους που οφείλοντο σε υπαιτιότητά της, αλλά εξ αιτίας λόγων ανωτέρας βίας και συγκεκριμένα λόγω της σφοδρής κακοκαιρίας. Σημειωτέον ότι ανωτέρα βία συνιστά κάθε γεγονός εξαιρετικό και απρόβλεπτο, που είναι είτε αντικειμενικό είτε υποκειμενικό, και το οποίο δεν θα μπορούσε να προληφθεί, όχι μόνον από τον μέσο άνθρωπο, αλλά ακόμα και από τον ακραίως επιμελή και συνετό άνθρωπο. Περίπτωση «ανωτέρας βίας» συνιστούν και οι εν γένει εξαιρετικά δυσμενείς καιρικές συνθήκες, εφ' όσον δεν είναι δυνατόν να αποτραπούν οι δυσμενείς συνέπειες τους, με μέτρα άκρας επιμέλειας και σύνεσης, έτσι ώστε το αποτέλεσμα να αποβεί αναπόφευκτο. (Εφ.Πειραιά (Πολιτικό) 59/2010). Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, την 06.02.2023 ο δρόμος άνοιξε προς κυκλοφορία μετά τις 12:20 μ.μ, ενώ η χιλιομετρική απόσταση από την έδρα της εταιρείας (...) της προσφεύγουσας μέχρι τον Δήμο ...-...ς-... (με έδρα την οδό Ποσειδώνος, στη ... Ευβοίας, κατ' άρθρ. 1.1 της διακήρυξης) είναι 77 χιλιόμετρα ο δε χρόνος που απαιτείται, υπό κανονικές συνθήκες, γι' αυτήν την διαδρομή, όπως προκύπτει από πληροφορίες στο διαδίκτυο, είναι 1 ώρα και 26 λεπτά. Με το δεδομένο, λοιπόν, ότι ο δρόμος άνοιξε την 12:20 μ.μ., επικρατουσών δε ακραίων καιρικών φαινομένων, ο νόμιμος εκπρόσωπος της προσφεύγουσας δεν ήταν δυνατόν, για λόγους ανωτέρας βίας, να φθάσει μέχρι τις 14:00 μ.μ., για την πραγματοποίηση της επιτόπιας επίσκεψης. Και τούτο, διότι, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, για την επίμαχη διαδρομή θα απαιτείτο πολύ περισσότερος χρόνος από 1 ώρα και 26 λεπτά, η οποία απαιτείτο υπό κανονικές συνθήκες, ως προαναφέρθηκε. Περαιτέρω, στον επίμαχο όρο 24.2 (γ) ορίζεται, επί ποινή αποκλεισμού, ότι: «*Η ημερομηνία επίσκεψης καθορίζεται για την 06/02/2023, ημέρα Δευτέρα, ώρα από 09:00 έως 14:00*», ανελαστικώς και χωρίς να ορίζεται δυνατότητα παράτασης των ως άνω ωρών, απορριπτομένων των ισχυρισμών της αναθέτουσας, άλλως, η δυνατότητα παράτασης, την οποία σήμερα

Αριθμός Απόφασης: 557/2023

επικαλείται η αναθέτουσα, ώφειλε να αναφέρεται στην διακήρυξη. Σημειωτέον, ότι, εφ' όσον ο δρόμος ήταν κλειστός έως τις 12.20 μ.μ, ο χρόνος της επιτόπιας επίσκεψης του επίμαχου άρθρου 24.2 (γ) «συρρικνώθηκε» μεταξύ των ωρών «12.20 έως 14.00» αντί της οριζόμενης ώρας «από 09:00 έως 14:00». Με αυτόν τον τρόπο, όμως, δεν τηρήθηκαν τα ανωτέρω οριζόμενα από την διακήρυξη (: από «09:00 έως 14:00») και επιπλέον κατέστη δυσχερής ή αδύνατη η εκπλήρωση της υποχρέωσης, που υπείχαν οι οικονομικοί φορείς προς επιτόπια επίσκεψη. Σημειωτέον ότι η αναθέτουσα Αρχή, θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης, αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Ούτως εχόντων των πραγμάτων, η προσφεύγουσα δεν μπόρεσε να πραγματοποιήσει για λόγους ανωτέρας βίας την επιτόπια επίσκεψη και συνακολούθως δεν της χορηγήθηκε η βεβαίωση περί της επιτόπιας αυτής επίσκεψης, ώστε να την προσκομίσει μαζί με τα υπόλοιπα δικαιολογητικά συμμετοχής, ως προεβλέπετο, επί ποινή αποκλεισμού, από την διακήρυξη. Με τον τρόπο όμως αυτόν, κατέστη αδύνατη η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό. Σημειωτέον, ότι, όπως η ίδια η αναθέτουσα αναφέρει στις απόψεις της, αυτή ε γνώριζε την έλευση της σφοδρής αυτής κακοκαιρίας και συνεπώς, ώφειλε, και στα πλαίσια της χρηστής διοίκησης, να αναβάλει την επιτόπια επίσκεψη ή να παρατείνει την εν θέματι προθεσμία. Εν όψει των εκτεθέντων, ο προσβαλλόμενος όρος 24.2 (γ) ως προς τον ορισθέντα χρόνο, ήτοι «06/02/2023, ημέρα Δευτέρα, ώρα από 09:00 έως 14:00», πάσχει ακυρότητα.

13.Επειδή, η ύπαρξη του προσβαλλόμενου όρου, που άπτεται των προϋποθέσεων παραδεκτού των κατατεθεισών προσφορών των οικονομικών φορέων, είναι πιθανό να εμπόδιζε την συμμετοχή και άλλων οικονομικών φορέων, η διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της, προκειμένου η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να επαναπροκηρυχθεί μετά από αναπροσαρμογή του επίμαχου όρου (βλ. ΑΕΠΠ 492/2020, σκ. 32). Συνεπώς, η προσβαλλόμενη διακήρυξη του ανωτέρω διαγωνισμού πρέπει ν' ακυρωθεί στο σύνολό της (βλ. ΑΕΠΠ 21/2017 σκ. 25, 22/2017 σκ. 28, 1136/2018 σκ. 27-28, 1610/2021 σκ. 21).

Αριθμός Απόφασης: 557/2023

14.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

15. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη διακήρυξη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 13 Απριλίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ