

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 30-5-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Βύρρα και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει, την από 3-5-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 638/4-5-2022 του προσφεύγοντος «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της υπ' αριθμόν πρωτ. 8908/13-4-2022 Διακήρυξης για την Παροχή Υπηρεσιών για τη ναυαγοσωστική κάλυψη πολυσύχναστων παραλιών Δήμου ... 2022-2023, συνολικής προϋπολογισμένης δαπάνης 600.000,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 18-4-2022 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ... Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 20-5-2022 κοινοποιηθείσες Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 23-5-2022 υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 3.000 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, ασκείται εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, η από 3-5-2022 προσφυγή εκ του ενδιαφερομένου προς

συμμετοχή και δραστηριοποιούμενου στον οικείο κλάδο, πλην αποκλεισμένου και δυσχεραινόμενου ουσιαδώς να μετάσχει δια των προσβαλλομένων όρων, προσφεύγοντος (που άλλωστε, δεν υπέβαλε προσφορά, ενώ η λήξη προθεσμίας υποβολής τους έλαβε χώρα από 3-5-2022), κατά της τελούσας σε πλήρη γνώση του προσφεύγοντος ήδη από 29-4-2022, ήτοι εντός του δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευσή της την 18-4-2022, τεκμηρίου γνώσης, διακήρυξης. Άρα, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί, περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, κατά τον όρο 1.5 της διακήρυξης, η διαδικασία προκηρύχθηκε με δεκαπενθήμερη προθεσμία υποβολής προσφορών, ήτοι λήγουσα την 3-5-2022, όταν και όντως έληξε, κατόπιν της από 18-4-2022 δημοσίευσής της. Η διαδικασία είναι κάτω των ορίων, κατ' άρ. 107 Ν. 4412/2016 ως αφορώσα ειδική υπηρεσία, περί της οποίας το όριο είναι οι 750.000 ευρώ, κατά τον Κανονισμό (ΕΕ) 2021/1952, όπως ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί, διενεργείται δε κατ' άρ. 27 Ν. 4412/2016, ήτοι ως ανοικτή διαδικασία, όπως σαφώς ο όρος 1.2 της διακήρυξης ορίζει. Το συναφές, ως προς το είδος της διαδικασίας, ως κάτω των ενωσιακών ορίων, άρ. 121 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων τηρούνται οι ακόλουθες προθεσμίες: α) Στην ανοικτή διαδικασία, η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής προσφορών ανέρχεται σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ. Σε περίπτωση που επείγουσα κατάσταση δεόντως τεκμηριωμένη από την Αναθέτουσα Αρχή καθιστά αδύνατη την τήρηση της ελάχιστης προθεσμίας που προβλέπεται στο προηγούμενο εδάφιο, οι Αναθέτουσες Αρχές μπορούν να ορίζουν ελάχιστη προθεσμία που δεν είναι μικρότερη των δέκα (10) ημερών από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ. ... 2. Κατά τον καθορισμό των προθεσμιών παραλαβής των αιτήσεων συμμετοχής και των προσφορών η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει υπόψη, ιδίως, τον ιδιαίτερο χαρακτήρα της σύμβασης και το χρόνο που απαιτείται για την προετοιμασία των αιτήσεων συμμετοχής ή προσφορών, με την επιφύλαξη των ελάχιστων προθεσμιών που

καθορίζονται στην παρ. 1. 3. Οι προθεσμίες για την παραλαβή των αιτήσεων συμμετοχής και των προσφορών πρέπει να καθορίζονται κατά τρόπο, ώστε να προκύπτει η ακριβής ημερομηνία και ώρα υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής και των προσφορών. 4. Εάν οι προσφορές μπορούν να συνταχθούν μόνον έπειτα από επιτόπια επίσκεψη ή από επιτόπια εξέταση εγγράφων προσαρτημένων στα έγγραφα της σύμβασης, οι προθεσμίες παραλαβής των προσφορών, οι οποίες είναι υποχρεωτικά μεγαλύτερες από τις ελάχιστες προθεσμίες που προβλέπονται στην παρ. 1, καθορίζονται κατά τρόπο ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών.». Ο νυν όρος 2.4.3.1 ορίζει ως απαραίτητο με την προσφορά υποβαλλόμενο δικαιολογητικό συμμετοχής και το εξής «γ) την Βεβαίωση αυτοψίας των παραλιών εκδιδόμενη από την Διεύθυνση Κοινωνικής Πολιτικής της Αναθέτουσας Αρχής. Ειδικότερα, έκαστος συμμετέχων οφείλει να πραγματοποιήσει επίσκεψη στους χώρους που αποτελούν το αντικείμενο της υπηρεσίας, ήτοι στις υπό δημοπράτηση παραλίες, κατόπιν συνεννόησης με την Διεύθυνση Ποιότητας Ζωής της Αναθέτουσας Αρχής για την ημερομηνία και την ώρα της επίσκεψης, προκειμένου να λάβει γνώση των επιτόπιων συνθηκών. Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς οφείλουν να γνωστοποιήσουν εγκαίρως το ενδιαφέρον τους για την πραγματοποίηση της ως άνω αναφερόμενης επίσκεψης είτε τηλεφωνικά στον αριθμό είτε μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ηλεκτρονική διεύθυνση:Οι επισκέψεις των ενδιαφερομένων θα ολοκληρωθούν πέντε (5) ημέρες πριν από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Πέραν αυτής της προθεσμίας δεν θα πραγματοποιείται καμία επίσκεψη», ομοίως δε και ο όρος 10.2.5 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II-Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων ορίζει ότι «Η προσφορά των διαγωνιζομένων θα περιλαμβάνει υποχρεωτικά τα παρακάτω... ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ... 10.2.5 Βεβαίωση αυτοψίας των παραλιών εκδιδόμενη από την Διεύθυνση Κοινωνικής Πολιτικής της Αναθέτουσας Αρχής. Ειδικότερα, έκαστος συμμετέχων οφείλει να πραγματοποιήσει επίσκεψη στους χώρους που αποτελούν το αντικείμενο της υπηρεσίας, ήτοι στις υπό δημοπράτηση παραλίες,

κατόπιν συνεννόησης με την Διεύθυνση Ποιότητας Ζωής της Αναθέτουσας Αρχής για την ημερομηνία και την ώρα της επίσκεψης, προκειμένου να λάβει γνώση των επιτόπιων συνθηκών. Οι επισκέψεις των ενδιαφερομένων θα ολοκληρωθούν πέντε (5) ημέρες πριν από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Πέραν αυτής της προθεσμίας δεν θα πραγματοποιείται καμία επίσκεψη.». Επομένως, προϋπόθεση παραδεκτού της εξαρχής προσφοράς ήταν ως άνω βεβαίωση αυτοψίας, που θα εκδιδόταν αποκλειστικά κατόπιν επίσκεψης του προσφέροντος, ενώ η δυνατότητα επίσκεψης έληγε πέντε ημέρες πριν την 3-5-2022, ήτοι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και άρα, 10 ημέρες από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. Ούτως, εμμέσως η προθεσμία λήψης γνώσης περί της διακήρυξης και απόφασης συμμετοχής, περιοριζόταν στις 10 ημέρες από τη δημοσίευση αυτή, ενώ όπως το άρ. 121 παρ. 4 Ν. 4412/2016 ορίζει, δεδομένου ότι απαιτήθηκε επίσκεψη, η προθεσμία υποβολής προσφορών δεν δύνατο να ανέρχεται στο ελάχιστο νομίμως προβλεπόμενο, αφού ακριβώς απαιτείται για τη σύνταξη των προσφορών επίσκεψη και αυτοψία. Δεδομένου δε ότι η αυτοψία συνιστά αναγκαίο και κατά τη διακήρυξη στοιχείο για τη σύνταξη της προσφοράς, οι ανωτέρω όροι έχουν ως αποτέλεσμα να περιορίζεται ο αληθής μετά την αυτοψία χρόνος σύνταξης, σε μόλις 5 ημέρες. Πλην όμως, η έννοια του άρ. 121 παρ. 4 Ν. 4412/2016 είναι ότι ακριβώς για τις περιπτώσεις, όπου απαιτείται σχετική επίσκεψη, η τελευταία είναι καθοριστική τόσο για τη σύνταξη της προσφοράς, όσο και για την εξαρχής απόφαση συμμετοχής, ο περιορισμός της προθεσμίας υποβολής προσφορών στις 15 κατ' ελάχιστον ημέρες που ορίζει ο νόμος, εκ πλαγίου παραβιάζει την ελάχιστη αυτή εκ του νόμου προθεσμία, ακριβώς διότι προ της επίσκεψης, οι οικονομικοί φορείς δεν έχουν τη δυνατότητα να προετοιμάσουν τις προσφορές τους ούτε να έχουν πλήρη εικόνα περί του ενδεχομένου συμμετοχής τους. Αντιθέτως, η νομοθετικά ορισμένη ελάχιστη προθεσμία υποβολής προσφορών θα πρέπει να είναι ελεύθερη, υπό την έννοια ότι εντός αυτής οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν μη κωλυόμενη από πρόσθετες προϋποθέσεις, δυνατότητα σύνταξης προσφορών. Και ναι μεν, ο νόμος δεν ορίζει ότι μετά την τυχόν λήξη προθεσμίας επίσκεψης,

θα πρέπει να απομένει διάστημα προς προετοιμασία και υποβολή προσφοράς ίσο με την καταρχήν προθεσμία των 15 ημερών, πλην όμως, ορίζεται σαφώς, ότι η προθεσμία όχι μόνο δεν δύναται να είναι αυτή η ελάχιστη (ακριβώς, διότι εμμέσως απομειώνεται, δια της προϋπόθεσης προηγούμενης επίσκεψης), αλλά και ότι θα πρέπει να καταλείπεται, αναλόγως και του αντικειμένου και των συνθηκών της υπό ανάθεση σύμβασης, εύλογος και επαρκής χρόνος μετά την ολοκλήρωση των επισκέψεων, προς προετοιμασία και υποβολή των προσφορών. Τέτοιος εύλογος χρόνος προδήλως δεν είναι οι 5 ημέρες από την ολοκλήρωση των επισκέψεων, λαμβανομένου υπόψη και του μεγέθους του οικονομικού και φυσικού αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης που καταλαμβάνει 2 ημερολογιακά έτη και προϋποθέτει αναλυτικές προϋποθέσεις συμμετοχής και απασχόληση πλήθους προσώπων. Περαιτέρω, και μεν το άρ. 121 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016 προβλέπει ως δικαιολόγηση συντομότερης και δη, κατ' ελάχιστον δεκαήμερης προθεσμίας υποβολής προσφορών, την «επείγουσα κατάσταση δεόντως τεκμηριωμένη από την Αναθέτουσα Αρχή [που] καθιστά αδύνατη την τήρηση της ελάχιστης προθεσμίας» των 15 ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ, όμως αφενός αυτό αφορά ακριβώς την προθεσμία παραλαβής προσφορών και όχι την ειδικότερη περίπτωση της προθεσμίας υποβολής προσφορών, μετά από προηγούμενη απαιτούμενη επίσκεψη. Ούτε η οικεία ρήτρα καταλαμβάνει και την παρ. 4 του άρ. 121, κατά τρόπο, ώστε να επιτρέπει να μην καταλείπεται επαρκής μετά τις επισκέψεις, προθεσμία για σύνταξη προσφοράς. Αφετέρου, ουδέν συναφές αναφέρεται στη διακήρυξη και αιτιολογείται. Σημειωτέον, ότι βάσει και της φύσης της ως άνω περίπτωσης χρειάς ειδικής αιτιολόγησης ανωτέρω, που αφορά την ίδια την προθεσμία υποβολής προσφορών, αυτή θα πρέπει να περιλαμβάνεται στα εξαρχής έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να δύναται να τεθεί υπόψη της ΕΑΔΗΣΥ ως το πρώτον δια των Απόψεων της αναθέτουσας σε περίπτωση άσκησης προδικαστικής προσφυγής, αιτιολογία, κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Τούτο, διότι αφενός δεν συνιστά αιτιολογία απευθυνόμενη στην ΕΑΔΗΣΥ στο πλαίσιο εκ της τελευταίας εξέτασης επιμέρους προσφυγής συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, αλλά αιτιολογία απευθυνόμενη προς κάθε

ενδιαφερόμενο προς συμμετοχή και προς ενώπιον του τελευταίου, τεκμηρίωση του λόγου για τον οποίο συντέμνεται η σχετική προθεσμία. Αφετέρου, συνιστά μια εκ του νόμου ειδικώς επιβαλλόμενη αιτιολογία περί συγκεκριμένων συνθηκών και ως προς την αιτιολόγηση συγκεκριμένου αποτελέσματος, η έλλειψη της οποίας, όπως και η αναθέτουσα συνομολογεί, συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου και δεν συνιστά μια περίπτωση αιτιολόγησης ενός εν γένει όρου διακήρυξης, η οποία δεν χρήζει παράθεσης στα έγγραφα της σύμβασης και άρα, αρκεί να αιτιολογηθεί, εφόσον αμφισβητηθεί δια προσφυγής. Άλλωστε, αν δύνατο η αναθέτουσα που προκήρυξε διαδικασία με παρανόμως συντετμημένη προθεσμία, χωρίς να την αιτιολογήσει, να διασώσει τη διαδικασία, κατόπιν της παρανόμως πρόωρης λήξης των προσφορών, επί τη βάση ότι μάλιστα, ενδιαφερόμενος προς συμμετοχή προσέφυγε ακριβώς κατά του παρανόμου της προθεσμίας, με αποτέλεσμα η προσφυγή του ακριβώς κατά της παράνομης αυτής προθεσμίας, να επιτρέψει στην αναθέτουσα να υποβάλει Απόψεις, που αναδρομικά και κατόπιν λήξης των προσφορών προώρως και εν αγνοία και εν ανυπαρξία τέτοιας αιτιολογίας, κατά τον χρόνο λήξης τους, δικαιολογούν τη σύντμηση της προθεσμίας αυτής, θα λάμβανε χώρα αφενός σαφής καταστρατήγηση του άρ. 121 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016, αφετέρου θα δύνατο να καταστεί αλυσιτελής η προδικαστική προστασία και δη, να λειτουργήσει εις βάρος του προσφεύγοντος και προς βλάβη των συμφερόντων του (αφού, ο προσφεύγων μεν τυχόν θα αποκλειόταν από τη δυνατότητα συμμετοχής του, λόγω της παράνομα συντετμημένης προθεσμίας, παράνομης δε ως αναιτιολόγητης κατά τον χρόνο λήξης των προσφορών, πλην όμως, η ίδια η προσφυγή του προς έννομη προστασία του, θα έδινε τη δυνατότητα στην αναθέτουσα, να καταστήσει αναδρομικά νόμιμη την προθεσμία, δια της το πρώτον αιτιολογήσεώς της, μέσω των Απόψεων κατά της προσφυγής του). Συνεπώς, αλυσιτελώς και απαραδέκτως αποπειράται η αναθέτουσα πλέον και δη, μετά τη λήξη υποβολής προσφορών, να αιτιολογήσει δια των Απόψεων παράβαση του άρ. 121 παρ. 4 Ν. 4412/2016 και προθεσμία παραλαβής προσφορών, όχι εμπόπτουσα στην περίπτωση της μικρότερης των 15 ημερών από τη δημοσίευση προθεσμίας, αλλά καταλείπουσα ανεπαρκή και όλως μικρό

χρόνο μετά τις προβλεπόμενες εκ της διακήρυξης, ως υποχρεωτικές μάλιστα και όχι κατ' επιλογή των ενδιαφερομένων, επισκέψεις. Και τούτο, όχι μόνο διότι η αιτιολόγηση της κατ' άρ. 121 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016 σύντμησης προθεσμίας παραλαβής προσφορών έπρεπε να προκύπτει εκ των εγγράφων της σύμβασης, η έλλειψη δε της αιτιολογίας αυτής επιφέρει άνευ ετέρου παρανομία της προσβαλλομένης διακήρυξης και διαδικασίας, ήδη οριστικοποιηθείσα κατά τον χρόνο λήξης υποβολής των προσφορών. Τούτο, πέραν του ότι η αναθέτουσα δύνατο σε οιοδήποτε σημείο ως και τη λήξη της προθεσμίας αυτής, να αιτιολογήσει τη σύντμηση ή να παρατείνει την προθεσμία κατά 5 ημέρες. Αλλά και γιατί εν προκειμένω, η προθεσμία υποβολής προσφορών δεν είναι συντετμημένη υπό την έννοια του άρ. 121 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016, δηλαδή δεν συντρέχει περίπτωση όπου μεσολαβούν λιγότερες των 15 ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ, ως τη λήξη της προθεσμίας (αντίθετα, μεσολαβούν όντω 15 ημέρες). Αλλά η νυν περίπτωση αφορά παράβαση του άρ. 121 παρ. 4 Ν. 4412/2016 και παράβαση της υποχρέωσης σε περίπτωση, ως η προκείμενη, απαιτούμενων επισκέψεων, ο συνολικός χρόνος υποβολής προσφορών να είναι υποχρεωτικά μεγαλύτερος του ελαχίστου των 15 ημερών, αλλά και της ουσιαστικής υποχρέωσης να καταλείπεται, μετά τη γνώση των συνθηκών και δεδομένων σύνταξης προσφορών, επαρκής χρόνος στους ενδιαφερομένους προς συμμετοχή, χωρίς ουδόλως ο νόμος να προβλέπει, όπως αντίστοιχα πράττει επί της παρ. 1 περ. α' της ίδιας διάταξης, δυνατότητα μη τήρησης των οριζομένων στην παρ. 4, λόγω τεκμηριωμένα επείγουσας κατάστασης που καθιστά αδύνατη την τήρηση της υποχρέωσης της παρ. 4. Σημειωτέον δε, ότι ακόμη και αν η προθεσμία επισκέψεων έληγε νωρίτερα (ήτοι αντί στις 5 ημέρες προ της υποβολής προσφορών, τυχόν στις 7 ή στις 10) και πάλι θα συνέτρεχε παράβαση του άρ. 121 παρ. 4 Ν. 4412/2016, αφού ο νόμος δεν ορίζει τυχόν απόσταση επίσκεψης και χρόνου υποβολής προσφορών, αλλά αδιάκριτα επιβάλλει, σε κάθε περίπτωση, όπου απαιτείται και δεν λαμβάνει χώρα κατ' επιλογή των ενδιαφερομένων, επίσκεψη, η προθεσμία να υπερβαίνει το κατ' άρ. 121 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016 ελάχιστο και να επιτρέπει την πλήρη ενημέρωση και δυνατότητα προετοιμασίας

προσφορών. Αυτή η δυνατότητα προφανώς δεν ικανοποιείται, αν η προθεσμία είναι η καταρχήν ελάχιστη, πλην όμως επί της ουσίας απομειώνεται, λόγω της απαίτησης προηγούμενης επίσκεψης, που αναλόγως κατά τον χρόνο στον οποίο λαμβάνει χώρα μετά τη δημοσίευση της διακήρυξης, μειώνει τον ελεύθερο διαθέσιμο χρόνο προς σύνταξη προσφοράς. Σε κάθε πάντως περίπτωση, η εκ της αναθέτουσας προβαλλόμενη αιτιολογία («Με βάση τα δεδομένα διενεργείας του διαγωνισμού, τον σκοπό που αυτός επιτελεί, που είναι άμεσα συνδεδεμένος με το συμφέρον των πολιτών και την ασφάλεια αυτών κατά την θερινή περίοδο με πολύ αυξημένο αριθμό τουριστών, κρίνεται ότι ορθά με την προσβαλλόμενη Πράξη του υιοθετήθηκε ότι η διενέργεια του διαγωνισμού σε συντετμημένες προθεσμίες, δηλ της μη τηρήσεως της παρ. 4 του αρ. 121 του ν. 4412.16, είναι νόμιμη, καθ' όσον η κατεπείγουσα ανάγκη έγκαιρης επιλογής φορέως για την υλοποίηση του έργου του ιστορικού προκύπτει ότι οφείλεται σε γεγονότα που δεν ήταν δυνατό να προβλεφθούν από εμάς, την αναθέτουσα αρχή, μη αναγόμενα σε τυχόν αδυναμία μας, να προβούμε στον έγκαιρο προγραμματισμό των προκηρυχθεισών υπηρεσιών ανά έτος. Για τον λόγο αυτό και η διάρκεια της σύμβασης προβλέπεται διετής. Κατά συνέπεια, η εφαρμογή της εξαιρετικής διαδικασίας συντετμημένων προθεσμιών κατέστησαν αδύνατη στη συγκεκριμένη περίπτωση την τήρηση των κανονικών προθεσμιών, γεγονός που δικαιολογεί τυχόν παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και καθιστά νόμιμη την σχετική προκήρυξη του διαγωνισμού. Για τους ίδιους λόγους κατεπείγοντος και δημοσίου συμφέροντος, διενεργήθηκαν με σύντμηση προθεσμιών και άλλοι παρεμφερείς διαγωνισμοί στο παρελθόν, οπότε η αναθέτουσα αρχή, χωρίς πρόθεση καταστρατήγησης των οικείων διατάξεων, σχημάτισε την συγγνωστή πεποίθηση ότι και ο εν λόγω διαγωνισμός μπορούσε να διενεργηθεί με συντετμημένες προθεσμίες.») είναι αόριστη και αναπόδεικτη, αφού οι συνθήκες άλλωστε, που η αναθέτουσα επικαλείται ως ορίζουσες το επείγον, είναι πάγια εποχικές και αφορούν κάθε θερινή περίοδο, λόγω και του τουριστικού χαρακτήρα της νήσου, ως και της φύσης του αντικειμένου περί εξυπηρέτησης λουομένων, με αποτέλεσμα ουδεμία επείγουσα περίπτωση να συντρέχει και δη, αδύνατον να προβλεφθεί

εγκαίρως από την αναθέτουσα, η οποία είχε κάθε δυνατότητα να προκηρύξει εγκαίρως τη διαδικασία και μάλιστα,, ενώ το προκείμενο ζήτημα αφορά έναν αριθμό πρόσθετων ημερών, που δεν θα επηρέαζε μεν το έγκαιρο της ανάθεσης, αλλά επιδρά προδήλως στη λυσιτέλεια της συμμετοχής και την ουσιαστική δυνατότητα προετοιμασίας προσφορών. Ακόμη, ουδόλως προκύπτει το ανυπαίτιο ως προς το επείγον εκ μέρους της αναθέτουσας ούτε η επικαλούμενη αδυναμία προγραμματισμού της αναθέτουσας περί μιας υπηρεσίας που εκ φύσεως της αφορά συνήθεις υπηρεσίες προς λουόμενους στο πλαίσιο της θερινής περιόδου μιας τουριστικής νήσου και άρα, υπηρεσίες, η χρεία των οποίων ευχερώς δύνατο κατά την κοινή λογική και πείρα, να προβλεφθεί πολύ πριν τη νυν δημοπράτηση. Επιπλέον, ουδόλως προκύπτει ότι οι ως άνω συνθήκες είναι τέτοιες, ώστε οι όποιες επιπλέον ημέρες, που κατόπιν της ολοκλήρωσης των επισκέψεων θα έπρεπε να απομένουν, επιπλέον των 5 που νυν απομένουν, να είναι ικανές και κατάλληλες να προσφέρουν κάποια αξιόλογη θεραπεία στο δημόσιο συμφέρον, το οποίο θα διακινδυνευθεί ειδικώς από το όλως σύντομο αυτό διάστημα, ως και ότι αυτές οι επιπλέον ημέρες που θα έπρεπε να διαρκεί η προθεσμία να είναι εκείνες που διαφοροποιούν την κατάσταση προς προστασία του δημοσίου συμφέροντος, ώστε η τήρηση αυτών ως επιπλέον προθεσμίας να βλάπτει αυτό, ενώ η μη τήρησή τους, να το διασώζει. Συνεπώς, η αιτιολογία που προβάλλει η αναθέτουσα είναι και ανίκανη να δικαιολογήσει τον περιορισμό της προθεσμίας υποβολής προσφορών στις 15 ημέρες, κατά παράβαση του άρ. 121 παρ. 4 Ν. 4412/2016, παρά την πρόβλεψη επισκέψεων ως και 5 ημέρες πριν τη λήξη της και παρότι προφανώς, λόγω και της χωροθεσίας της επίσκεψης, ένας οικονομικός φορέας που δεν εδρεύει στη νήσο, θα έπρεπε να υποβληθεί σε χρονοτριβή μετάβασης προς και από εκεί, προκειμένου να ολοκληρώσει την επίσκεψη, με συνέπεια και επί της ουσίας, το υπολειπόμενο διάστημα σύνταξης της προσφοράς να είναι ανεπαρκές. Ούτε η εκ της αναθέτουσας παρόμοια προηγούμενη πρακτική δικαιολογεί τα ανωτέρω και ενώ άλλωστε, οι συνθήκες προκήρυξης των άλλων διαδικασιών δεν είναι μεν γνωστές, σε κάθε πάντως περίπτωση δεν αφορούν τη νυν, εξεταζόμενη επί του συγκεκριμένου πραγματικού της, περίπτωση.

Επιπλέον, το συγγνωστό ή μη της παρανομίας της προθεσμίας είναι αδιάφορο, στο πλαίσιο του αντικειμένου της νυν εξέτασης, το οποίο δεν αφορά την απόδοση ευθυνών σε όργανο της αναθέτουσας, αλλά στην προστασία του προσφεύγοντα από βλαπτική για τα συμφέροντα του, πράξη και όρο της νυν διακήρυξης. Επομένως, όχι μόνο η προθεσμία παραλαβής προσφορών παραβιάζει τα άρ. 121 παρ. 4 και παρ. 1 Ν. 4412/2016, αλλά η προθεσμία των 15 ημερών, ενόψει και της υποχρέωσης επίσκεψης είναι και επί της ουσίας αδικαιολόγητη, ακόμη και κατά λήψη υπόψη των Απόψεων της αναθέτουσας, ως και δυσανάλογη και υπέρμετρα περιοριστική και κατ' αποτέλεσμα, παράνομη. Άρα, κατ' απόρριψη των ισχυρισμών της αναθέτουσας, ο μετ' εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος, εκ του ουσιωδώς δυσχεραινόμενου να μετάσχει, ακριβώς λόγω της υπολειπομένης του ελαχίστως νομίμου, προθεσμίας υποβολής προσφορών, προσφεύγοντος, δεύτερος λόγος της προσφυγής περί παρανόμου της νυν προθεσμίας υποβολής προσφορών πρέπει να γίνει δεκτός και ως εκ τούτου, η διακήρυξη είναι αφενός ακυρωτέα κατά τον όρο 1.5 αυτής, αφετέρου, ένεκα και της φύσης των ακυρωτέων όρων, ήτοι περί προθεσμίας υποβολής προσφορών, που άλλωστε ήδη έληξε προ εξέτασης της προσφυγής, η διακήρυξη, ως και η όλη διαδικασία είναι ακυρωτέα στο σύνολο της και εξυπαρχής.

4. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ο όρος 2.2.6.α της διακήρυξης ορίζει ότι «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) Κατά τη διάρκεια των δύο (2) προηγούμενων ετών, να έχουν εκτελέσει επιτυχώς τουλάχιστον εννέα (9) συμβάσεις παροχής ναυαγοσωστικής κάλυψης με Δήμους και με μέσου όρου αριθμού θέσεων ναυαγοσωστών άνω του 80% της παρούσας σύμβασης.», όρος αποδεικτέος κατά το δικαιολογητικό οριστικής απόδειξης του όρου 2.2.9.2.B4.α («B.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) Τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών Δημόσιου Φορέα») .και ήδη δια της προσφοράς, κατά τον όρο 2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά («4. Στοιχεία εμπειρίας του διαγωνιζόμενου. Κάθε στοιχείο που να αποδεικνύει

την εμπειρία και την ειδίκευση του διαγωνιζόμενου στην εκτέλεση αντίστοιχων δραστηριοτήτων: α) Δήλωση για εκτέλεση ή μη αντίστοιχων υπηρεσιών με τις προσφερόμενες εργασίες που θα αναφέρει με λεπτομέρεια τους ΟΤΑ και άλλους φορείς στην Ελλάδα ή στην αλλοδαπή που έχουν εκτελέσει. Επίσημα αποδεικτικά έγγραφα που θα αποδεικνύουν την συμβατική και πλήρη εκτέλεση αντίστοιχων υπηρεσιών (συμβάσεις, συστατικές επιστολές, βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης») και ομοίως και κατά τον όρο 10.2.4 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΙΙ-ΕΣΥ («10.2.4. Στοιχεία εμπειρίας του διαγωνιζόμενου. Κάθε στοιχείο που να αποδεικνύει την εμπειρία και την ειδίκευση του διαγωνιζόμενου στην εκτέλεση αντίστοιχων δραστηριοτήτων: α) Δήλωση για εκτέλεση ή μη αντίστοιχων υπηρεσιών με τις προσφερόμενες εργασίες που θα αναφέρει με λεπτομέρεια τους ΟΤΑ και άλλους φορείς στην Ελλάδα ή στην αλλοδαπή που έχουν εκτελέσει. Επίσημα αποδεικτικά έγγραφα που θα αποδεικνύουν την συμβατική και πλήρη εκτέλεση αντίστοιχων υπηρεσιών (συμβάσεις, συστατικές επιστολές, βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης.»). Ο δε προσφεύγων επικαλούμενος ότι ναι μεν διαθέτει λιγότερες των 9 συμβάσεων, αλλά μεγαλύτερο αριθμό ναυαγοσωστών από τον κατά τη διακήρυξη αναλογούντα στις 9 συμβάσεις με 80% κατά μέσο όρο θέσεων ναυαγοσωστών της νυν σύμβασης, βάλλει ειδικώς κατά της απαίτησης περί αριθμού συμβάσεων, προβάλλοντας αυτήν ως υπέρμετρη και ασυσχέτιστη με το ευλόγως αποδεικτέο αντικείμενο εμπειρίας του αναδόχου. Και ναι μεν, καταρχήν η απαίτηση επαναληψιμότητας και ούτως, πείρας, δια της επαναλήψεως αυτής εκ του προσφέροντος, όσον αφορά την παροχή των ζητούμενων υπηρεσιών δεν συνιστά άνευ ετέρου ασυσχέτιστο με την ευλόγως ζητούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, κριτήριο επιλογής. Ούτως, δεν δύναται να αναιρεθεί το καταρχήν παραδεκτό απαίτησης περί περισσοτέρων συμβάσεων και να αποκλεισθεί η θέσπιση τέτοιου κριτηρίου, με βάση τον αριθμό προηγούμενων συμβάσεων, κατά τυχόν άνευ ετέρου υποκατάστασης του εκ του μεγέθους του φυσικού αντικειμένου που ανέλαβε αθροιστικά εντός του επίμαχου διαστήματος, ο προσφέρων. Και τούτο, διότι άλλο προσόν αποδεικνύεται δια της επαναληψιμότητας, ήτοι του αριθμού των συμβάσεων, εκ του οποίου προκύπτει η παγιωμένη πείρα και συνέπεια του προσφέροντα,

λόγω του πολλαπλού αριθμού συμβάσεων που έχει διαχειριστεί και άλλο δια του μεγέθους του συνολικού εκτελεσθέντος αντικειμένου, το οποίο αποδεικνύει την ικανότητα του προσφέροντα να διαχειρίζεται αναλόγου όγκου και μεγέθους φυσικά αντικείμενα ή την κατά το επίμαχο διάστημα οργανωσιακή ικανότητα της επιχείρησής του να διεκπεραιώνει αθροιστικά τέτοιο μείζονα όγκο. Ούτως, μόνο του το αθροιστικό, δια προηγούμενων συμβάσεων, ανεξαρτήτως αριθμού τους, μέγεθος του φυσικού αντικειμένου δεν υποκαθιστά αναγκαία τον αριθμό των προηγούμενων συμβάσεων, διότι ενδεχομένως, το συνολικό αντικείμενο εκτελέσθηκε στο πλαίσιο μίας ή ολίγων συμβάσεων, με συνέπεια η καλή του εκτέλεση να μην αποκλείεται ως ευκαιριακή και να μην είναι επαρκές, για να καταδείξει την παγιωμένη συνέπεια του προσφέροντος. Άρα, δεν ζητείται άνευ ετέρου παρανόμως, τέτοιος ελάχιστος αριθμός προηγούμενων συμβάσεων, αφού η αναθέτουσα έκρινε ως σκόοπιμο ένα τέτοιο κριτήριο. Πλην όμως, εν προκειμένω, όπως βάσιμα ο προσφεύγων προβάλλει, ο αριθμός αυτός ορίζεται σε ένα ιδιαίτερα και ασυνήθιστα (στα πλαίσια των εν γένει διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και μάλιστα, λαμβανομένου υπόψη του όλως συντόμου, του επίμαχου διαστήματος, ήτοι της διετίας) υψηλό αριθμό προηγούμενων συμβάσεων, ήτοι εννέα, ο αριθμός των οποίων ουδόλως δικαιολογείται ούτε δια των Απόψεων της αναθέτουσας και δη, ο αριθμός αυτός είναι τόσο μεγάλος σε σχέση με το ζητούμενο διάστημα προηγούμενης διετίας, ώστε πέραν του ότι αποκλείει τον προσφεύγοντα, περιορίζει υπέρμετρα και δραστικά και την όποια δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτου προς πλήρωση του κριτηρίου επιλογής (σημειωτέον, ότι ο προσφεύγων ουδόλως επικαλείται ότι έχει εκτελέσει μόλις 1 σύμβαση). Επομένως, όντως ο νυν ζητούμενος αριθμός συμβάσεων ούτε δικαιολογείται εκ της αναθέτουσας ούτε προκύπτει ως εύλογος σε σχέση με το υπό ανάθεση φυσικό αντικείμενο, ενώ είναι προδήλως και σε σχέση με την κοινή πείρα επί διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, υπέρμετρος σε σχέση με οιαδήποτε ανάγκη διάγνωσης μιας παγιωμένης πρόσφατης τεχνογνωσίας. Αυτή θα δύνατο να προκύπτει από την επαναληψιμότητα μεν παροχής αντίστοιχων υπηρεσιών, πλην όμως όχι τόσο μεγάλου αριθμού, αριθμός που υπερακοντίζει το αναγκαίο και κατάλληλο

προς τη διακρίβωση τέτοιας ικανότητας, μέτρο. Εξάλλου, ακόμη και αν υποθεθεί ότι η αναθέτουσα έκρινε ως εύλογο να ζητήσει την εντός διαιτίας παροχή υπηρεσιών που αφορά (9X0,8=) 7,2 φορές τον αριθμό των νυν ζητούμενων ναυαγοσωστών, δύνατο να ζητήσει τούτο ως υποχρέωση ως προς συνολικά εκτελεσθέν φυσικό αντικείμενο, πλην όμως με έναν όλως πιο εύλογο και χαμηλότερο αριθμό προηγούμενων κατ' ελάχιστον συμβάσεων. Ακόμη, η ΕΑΔΗΣΥ δεν είναι αρμόδια να καθορίσει τον εύλογο αριθμό προηγούμενων συμβάσεων, καθώς τούτο θα υπεισερχόταν στην αρμοδιότητα και καταρχήν διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, πλην όμως αρμοδίως ελέγχει την εκ της αναθέτουσας άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας, η οποία εν προκειμένω έχει ασκηθεί, όσον αφορά τον καθορισμό 9 προηγούμενων συμβάσεων στην προηγούμενη διαιτία, ως ελάχιστο προσόν συμμετοχής, κατά πρόδηλη και μείζονα υπέρβαση των άκρων ορίων αυτής και άρα, παρανόμως. Άρα, κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής, οι όροι 2.2.6.α, 2.2.9.2.B4.α, 2.4.3.2.4.α και ως προς το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ-ΕΣΥ ο όρος 10.2.4.α, καθ' ο μέρος ορίζουν ως απαιτούμενο αριθμό προηγούμενων συμβάσεων τις εννέα (9) εντός προηγούμενης διαιτίας, είναι υπέρμετρα περιοριστικοί, αδικαιολόγητοι και δυσανάλογοι ως προς την επιδίωξη κάποιου ευλόγως τεθέντος, στο πλαίσιο διασφάλισης του υπό ανάθεση αντικειμένου, σκοπό και επομένως, είναι κατά το μέρος αυτό, ακυρωτέοι..

5. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθούν οι όροι 1.5, 2.2.6α, 2.2.9.2.B4.α και 2.4.3.2.4.α΄της διακήρυξης, ως και ο όρος 10.2.4 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΙΙ-ΕΣΥ, κατά το ως άνω καθ' έκαστον αιτιολογικό, ως και να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολο της. Τούτο, αφενός διότι, βλ. σκ. 3, η ακύρωση της ίδιας της προθεσμίας υποβολής προσφορών και ενώ έχει ήδη αυτή λήξει, καθιστά ανέφικτη την επαναφορά των πραγμάτων στην προηγούμενη κατάσταση και την αναδρομική τροποποίηση του περί προθεσμίας όρου, άνευ ακύρωσης της όλης διαδικασίας. Αφετέρου, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που

ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής (βλ. ανωτέρω περί ακύρωσης όρων 2.2.6.α, 2.2.9.2.B4.α, 2.4.3.2.4.α, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ-ΕΣΥ 10.2.4, αλλά και 1.5 διακήρυξης ως προς προθεσμία υποβολής προσφοράς), πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (ΣτΕ 1135/2010, πρβλ. ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95).

6. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμόν πρωτ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας για την Παροχή Υπηρεσιών για τη ναυαγοσωστική κάλυψη πολυσύχναστων παραλιών Δήμου ... 2022-2023.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30-5-2022 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΩΣΤΗ