

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 28^η Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 19.06.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 933/20.06.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η με αριθμό 130/2023 απόφαση (ορθή επανάληψη) της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. 03/22.05.2023, πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «... έτους 2023», εκτιμώμενης αξίας 282.176,88 €, πλέον Φ.Π.Α 24%, κωδικός CPV: ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (με αριθμ. πρωτ. .../03.04.2023 διακήρυξη, συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού χιλίων τετρακοσίων δέκα ευρώ και ογδόντα οκτώ λεπτών (1.410,88€)

αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 19.06.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 933/20.06.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 130/2023 πράξη της αναθέτουσας αρχής, με θέμα: *«Περί έγκρισης ή μη πρακτικού ΙΙΙ του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την εργασία με τίτλο «... έτους 2023»*, αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 10.06.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε τη μοναδική προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία αρχικώς έγινε δεκτή, με συνέπεια να της κατακυρωθεί η προς ανάθεση σύμβαση, αλλά εν συνεχεία απορρίφθηκε στο στάδιο υποβολής συμπληρωματικών δικαιολογητικών κατακύρωσης, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. 130/2023 (ορθή επανάληψη) απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως αποφασίσθηκε η απόρριψη της προσφοράς της, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της και η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, με το σκεπτικό ότι υπέβαλε εναλλακτική προσφορά, κατά παράβαση του άρθρου 2.4.6. («Λόγοι απόρριψης προσφορών») στοιχ. α) και δ) της διακήρυξης και ότι η υπεύθυνη δήλωση περί έναρξης εκτέλεσης των εργασιών που υπέβαλε, ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, δεν πληροί του όρους και τις προϋποθέσεις της παρ. 2.2.9.2. («Αποδεικτικά μέσα»)περ. Β.4. στοιχ. 2) της διακήρυξης.

5. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../04.07.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

6. Επειδή, στην προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «... ΑΠΟΦΑΣΙΖΕΙ ΟΜΟΦΩΝΑ: 1.Την έγκριση του υπ' αριθ. ΙΙΙ Πρακτικού της επιτροπής διαγωνισμού για την εργασία με τίτλο «... έτους 2023. 2.Την απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» γιατί τα δικαιολογητικά που κατέθεσε παραβαίνουν τους όρους της υπ' αριθμ. πρωτ. .../03-04-2023 Διακήρυξης και τις διατάξεις του Ν.4412/2016 όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν. 3. Την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παραγρ. 2 του άρθρου 302 του Ν.4412/2016. 4.Την ματαίωση της διαδικασίας σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παραγρ. 1 του άρθρου 317 του Ν.4412/2016. 5. Την επαναπροκήρυξη αυτής, με τροποποίηση των όρων του αρχικού διαγωνισμού. Η τροποποίηση απαιτείται, καθώς η περίοδος ... κάλυψης έχει ήδη εκκινήσει και επομένως τόσο το προϋπολογισθέν ποσό όσο και η διάρκεια της σύμβαση θα αναπροσαρμοστούν αναλογικά.».

7.Επειδή, στο άρθρο 105 («Κατακύρωση - σύναψη σύμβασης») παρ. 3, 4 και 5 του ν. 4412/2016, προβλέπεται ότι: «3. Η απόφαση κατακύρωσης καθίσταται οριστική, εφόσον συντρέξουν οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η απόφαση κατακύρωσης έχει κοινοποιηθεί, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην παρ. 2,β) σε συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία άνω των ορίων του άρθρου 118, περί απευθείας ανάθεσης, και των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ για τις συμβάσεις ενεργειών τεχνικής βοήθειας του άρθρου 119, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής ή σε περίπτωση άσκησης, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ και σε περίπτωση άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ, εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης, με την επιφύλαξη της χορήγησης προσωρινής διαταγής, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 4 του άρθρου 372, περί δικαστικής προστασίας στο πεδίο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης, γ) έχει ολοκληρωθεί επιτυχώς ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 324 έως 327 του ν. 4700/2020 (Α' 127), εφόσον απαιτείται, και δ) ο προσωρινός ανάδοχος έχει υποβάλλει έπειτα από σχετική πρόσκληση,

υπεύθυνη δήλωση, που υπογράφεται σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 79Α, περί υπογραφής Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, στην οποία δηλώνεται ότι, δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οφигενείς μεταβολές κατά την έννοια του άρθρου 104 και μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης. 4. Μετά από την οριστικοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο να προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντάς του προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδικής πρόσκλησης. 5. Η σύμβαση θεωρείται συναφθείσα με την κοινοποίηση της πρόσκλησης της παρ. 4 στον ανάδοχο [...]».

8. Στο άρθρο 106 («Ματαίωση διαδικασίας») του ν. 4412/2016, προβλέπεται ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, η οποία εκδίδεται μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς, είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του δευτέρου εδαφίου της παρ. 7 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης. 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης με την επιφύλαξη των διατάξεων της παρ. 3, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση των παρ. 3 και 4 του άρθρου 97, περί χρόνου ισχύος προσφορών, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, όπως ιδίως, δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος.

3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη. 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, η αναθέτουσα αρχή ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, αν οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. 5. Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, να αποφασίσει, παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με αντικατάσταση ή μη των όρων της ή την προσφυγή στη διαδικασία των άρθρων 29, περί ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, ή 32, περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, εφόσον, στην τελευταία αυτήν περίπτωση, πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων αυτών [...]».

9. Επειδή, διαφορά που προκύπτει από απόφαση κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής λόγω προηγούμενης ανάκλησης κατακυρωτικής απόφασης του αναδειχθέντος ως αναδόχου, εντάσσεται στη διαδικασία δημοσίου διαγωνισμού που προηγείται της σύναψης δημοσίας συμβάσεως (ΣτΕ 3385/2011) και συνιστά ακυρωτική διαφορά που υπαγόταν κατά το προϊσχύσαν καθεστώς στο πεδίο εφαρμογής του ν. 3886/2010 και πλέον στο Βιβλίο IV του ν. 4412/2016, με αποτέλεσμα, τόσο κατά το προϊσχύσαν, όσο και κατά το ισχύον δίκαιο, η τυχόν περαιτέρω άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως να προϋποθέτει την προηγούμενη άσκηση της κατ' άρθρ. 346 και 360 του ν. 4412/2016 προδικαστικής προσφυγής, που η εξέτασή της υπάγεται στην αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ, αδιαφόρως δε εάν η προσβαλλομένη δια της προσφυγής πράξη αφορά απόφαση με αποκλειστικό της κεφάλαιο την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η συνδρομή των προϋποθέσεων κατάπτωσης της οποίας (ως και η νομιμότητα της εν όλω ή εν μέρει κατάπτωσής της και του μέρους κατά το οποίο εν τέλει κατέπεσε), συνιστούν αντικείμενο διαφοράς του άρθρου 372 και επομένως, αντικείμενο προδικαστικής προσφυγής των άρθρων 346 και 360 επόμ. του ν.

4412/2016 (ad hoc ΣτΕ 43/2018 και εκεί ιστορικό επί του προϋσχύσαντος πλαισίου του ν. 3886/2010, βλ. επίσης ΔΕφΠατρ Ν29/2016 και ΔΕφΑθ 117/2015). Επομένως, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής διαγωνιζομένου συνιστά πράξη του προσυμβατικού σταδίου, ήτοι, της διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγείται της σύναψης σύμβασης και ως εκ τούτου, εφαρμοστέα είναι πλέον κάθε πρόβλεψη του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων των άρθρων 346 και 360 και επόμ. του νόμου αυτού περί άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Αρχής (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 608/2007 και 186/2011).

10. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, λεκτέα είναι τα εξής: Α) Ιστορικό. Με το με αριθμ. πρωτ. .../09.05.2023 έγγραφο του ..., η προσφεύγουσα προσκλήθηκε να υποβάλλει εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση του ανωτέρω εγγράφου, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή τα αντίγραφα όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παρ. 2.2.9.2. της διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παρ. 2.2.3, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παρ. 2.2.4 - 2.2.8 αυτής. Μεταξύ των δικαιολογητικών που κλήθηκε να υποβάλλει, συμπεριλαμβανόταν και η υπεύθυνη δήλωση της παρ. 2.2.9.2. περ. Β.4. στοιχ. 2) της διακήρυξης, στην οποία θα έπρεπε να δηλώσει υπεύθυνα ότι: *«Διαθέτω το απαιτούμενο προσωπικό και τον απαιτούμενο εξοπλισμό για άμεση εγκατάσταση και έναρξη της εκτέλεσης της εργασίας την 1η Ιουνίου 2023»*. Από τα στοιχεία του οικείου φακέλου, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπρόθεσμα την ως άνω υπεύθυνη δήλωση, με το εξής περιεχόμενο: *«Διαθέτω το απαιτούμενο προσωπικό και τον απαιτούμενο εξοπλισμό για εγκατάσταση και έναρξη της εκτέλεσης των εργασιών για το έργο «... έτους 2023» από την 1η Ιουνίου 2023. Με χρονικό περιθώριο από την έναρξη των εργασιών και έως 15 ημέρες μετά, για την ολοκλήρωση της εγκατάστασης μας στον χώρο εργασίας (προσωπικού και εξοπλισμού)»*.

Ακολούθως, με το με αριθμ. πρωτ. .../19.05.2023 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα ενημερώθηκε για το ότι η ανωτέρω υπεύθυνη δήλωσή της δεν πληροί τους όρους της παραγράφου 2.2.9.2. («Αποδεικτικά μέσα») περ. Β.4 στοιχ. α) της διακήρυξης και επομένως, θα έπρεπε να

υποβάλλει νέα δήλωση με ορθό περιεχόμενο, ως ακριβώς ζητείται. Σε συνέχεια της ως άνω πρόκλησης του ..., η προσφεύγουσα απέστειλε το, από 29.05.2023, διευκρινιστικό έγγραφο, στο οποίο αναφέρονται τα εξής: «Αγαπητοί, Ενόψει της ολοκλήρωσης του διαγωνισμού με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών ... κάλυψης με τίτλο «... έτους 2023» και της ανακήρυξής μου ως μειοδότη του εν λόγω διαγωνισμού, μου κοινοποιήσατε το με αριθμ. πρωτ. .../19.5.2023 έγγραφο της υπηρεσίας σας με το οποίο με καλείτε να υποβάλλω συμπληρωματικά δικαιολογητικά κατακύρωσης. Μεταξύ αυτών με καλείτε να υποβάλλω, ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, εκ νέου, υπεύθυνη δήλωση που να πληροί του όρους και τις προϋποθέσεις της υποπερίπτωσης Β.4) 2) της παραγράφου 2.2.9.2 της με αριθμ. πρωτ. .../3.4.2022 διακήρυξης του ... Σας, σύμφωνα με την οποία θα πρέπει να δηλώσω υπεύθυνα ότι: «Διαθέτω το απαιτούμενο προσωπικό και τον απαιτούμενο εξοπλισμό για άμεση εγκατάσταση και έναρξη της εκτέλεσης της εργασίας την 1η Ιουνίου 2023». Όπως καλά γνωρίζετε, η υπογραφή της ανωτέρω υπεύθυνης δήλωσης, με το παραπάνω περιεχόμενο, ενδέχεται να γεννήσει σε βάρος μου διοικητικές, ποινικές και αστικές ευθύνες, καθώς στην ουσία αναλαμβάνω την υποχρέωση ή σε κάθε περίπτωση δηλώνω τη δυνατότητα ανάληψης υποχρέωσης της ... κάλυψης των ... σας από την 1η Ιουνίου 2023. Κάτι τέτοιο όμως δεν είναι εφικτό καθώς:

- Δεν έχει εκδοθεί και σε κάθε περίπτωση δεν έχει επικυρωθεί η απόφαση κατακύρωσης του ανωτέρω διαγωνισμού, ούτε η τελευταία έχει καταστεί οριστική. - Δεν έχει υπογραφεί μεταξύ μας το προβλεπόμενο εκ της διακήρυξης και του νόμου συμφωνητικό για τη ναυαγοσωστική κάλυψη. - Στη διακήρυξη δεν αναφέρονται ούτε οι θέσεις, ούτε τα ακριβή σημεία στα οποία πρέπει να τοποθετηθούν τα βάρη των ναυαγοσωστών και δεν υπάρχει ακόμη σχετική έγγραφη ενημέρωση. - Η επιχείρηση δεν εδρεύει στη ..., τα βάρη και τα λοιπά σωστικά μέσα θα πρέπει να μεταφερθούν με ακτοπλοϊκά μέσα από την ενδοχώρα στο νησί και να εγκατασταθούν στα υποδειχθησόμενα σημεία. Ομοίως, το προσωπικό θα πρέπει να εγκατασταθεί σε καταλύματα, ώστε να ασκήσει απερίσπαστα τα καθήκοντά του. Τα παραπάνω απαιτούν ένα χρονικό διάστημα τουλάχιστον 15 ημερών, που είναι και ο ελάχιστος χρόνος εγκατάστασης και προετοιμασίας, ο οποίος άλλωστε παρέχεται, εμμέσως, και εκ της διακηρύξεως, αφού ο ανάδοχος διαθέτει προθεσμία 15 ημερών για να

προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού. Ενόψει των ανωτέρω, θα ήθελα να σας ενημερώσω πως η χορήγηση υπεύθυνης δήλωσης στην οποία θα αναφέρω ότι μπορώ να εγκατασταθώ άμεσα και να αρχίσω την εκτέλεση της εργασίας την 1η Ιουνίου 2023 θα ήταν ανθρωπίνως αδύνατο, ενώ δεν προτίθεμαι να δηλώσω ψευδώς γεγονότα τα οποία, αντικειμενικώς, δεν θα ανταποκρίνονται στη πραγματικότητα και δεν είμαι διατεθειμένος να αναλάβω βαρύτατες, ενδεχομένως, ευθύνες που οφείλονται σε πράξεις ή παραλείψεις τρίτων, αφού έχει χαθεί πολύτιμος χρόνος από την έναρξη της διεργασίας. β) Στη διακήρυξη δεν αναφέρονται ούτε οι θέσεις, ούτε τα ακριβή σημεία στα οποία πρέπει να τοποθετηθούν τα βάθρα των ναυαγοσωστών και δεν υπάρχει ακόμη σχετική έγγραφη ενημέρωση. Για τον λόγο ότι δεν ήταν διατυπωμένος με σαφήνεια ο αριθμός των βάθρων και η κοστολόγηση έργου έγινε κατά προσέγγιση, όσον αφορά τον αριθμό των ναυαγοσωστών και του υπολοίπου προσωπικού, σας προσκομίζω ενδεικτική κοστολόγηση με τον νέο αριθμό προσωπικού και αναγκών για τις ανάγκες του έργου, σύμφωνα με τις πληροφορίες μου. - Επισυνάπτω κοστολόγηση έργου.».

Εν συνεχεία, στις 10.06.2023 κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα και μοναδική συμμετέχουσα στον υπόψη διαγωνισμό εταιρεία, η προσβαλλόμενη, με αριθμό 130/2023 (ορθή επανάληψη) απόφαση της οικονομικής επιτροπής του ..., με την οποία εγκρίθηκε το πρακτικό ΙΙΙ της επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού και με την οποία αποφασίσθηκε: α) η απόρριψη της προσφοράς της, με το σκεπτικό ότι τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, παραβιάζουν τους όρους της διακήρυξης και του νόμου και β) η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, καθώς και η ματαίωση και η επαναπροκήρυξη της επίμαχης διαδικασίας, με τροποποίηση των όρων του διαγωνισμού, καθώς η περίοδος ... κάλυψης είχε ήδη εκκινήσει και επομένως, τόσο το προϋπολογισθέν ποσό, όσο και η διάρκεια της σύμβασης, θα έπρεπε να αναπροσαρμοστούν αναλογικά.

Β) Λόγοι προσφυγής: • 1ος λόγος προσφυγής: μη νόμιμη απόρριψη της προσφοράς επί τη βάσει της υποβολής εναλλακτικής προσφοράς, κατά παράβαση του άρθρ. 2.4.6. στοιχ. δ της διακήρυξης. 1. Η προσφεύγουσα διαμαρτύρεται για το γεγονός ότι η υποβολή ενδεικτικής κοστολόγησης, κρίθηκε εσφαλμένα από την αναθέτουσα αρχή, ως υποβολή μη επιτρεπτής

εναλλακτικής προσφοράς. Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, η επίμαχη κοστολόγηση, που υπέβαλε με τις προαναφερόμενες διευκρινίσεις της επί της υπεύθυνης δήλωσης της παρ. 2.2.9.2. της διακήρυξης, δεν συνιστά εναλλακτική προσφορά, διότι, αφενός μεν, σε κανένα σημείο των, από 29.05.2023, διευκρινίσεων δεν ανακάλεσε την αρχική προσφορά της ή τις υπεύθυνες δηλώσεις που είχε ήδη υποβάλλει στον διαγωνισμό, σύμφωνα με τις οποίες θα εκτελούσε το προς ανάθεση έργο σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, αφετέρου δε, ουδόλως κάλεσε τον ... να αποδεχθεί την ενδεικτική αυτή κοστολόγηση, ήτοι, ουδόλως έθεσε την αποδοχή της κοστολόγησης, ως προϋπόθεση για την ανάληψη του υπόψη έργου. 2. Στο άρθρο

2.2.9.2. περ. Β.4. στοιχ. 2) ορίζεται ρητώς και σαφώς ότι: *«Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: 1) [...], 2) Υπεύθυνη Δήλωση όπου θα δηλώνουν ότι: Διαθέτουν το απαιτούμενο προσωπικό και τον απαιτούμενο εξοπλισμό για άμεση εγκατάσταση και έναρξη της εκτέλεσης της εργασίας την 1η Ιουνίου 2023»*. Στο άρθρο 2.4.1. («Γενικοί όροι υποβολής προσφορών») της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: *«Δεν επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές»*. Επίσης, στο άρθρο 2.4.4 («Περιεχόμενα Φακέλου “Οικονομική Προσφορά”/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών») της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: *«Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές, στις οποίες: α)... β)... και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή στον ενδεικτικό προϋπολογισμό της αριθ. .../2023 μελέτης που αποτελεί αναπόσπαστο κομμάτι της παρούσας διακήρυξης.»* [βλ. αντίστοιχα, άρθρο 2 («Ορισμοί») περίπτωση (45) του ν. 4412/2016, κατά το οποίο, *«ως «απαράδεκτες προσφορές», νοούνται όσες υποβάλλονται από προσφέροντες, οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα και όσων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως καθορίσθηκε και τεκμηριώθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης»*]. Τέλος, στο

άρθρο 2.4.6. («Λόγοι απόρριψης προσφορών») στοιχ. α) και δ) της διακήρυξης, προβλέπονται τα εξής: *«Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαράβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται*

εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5.(Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας [...] δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά.» (βλ. αντίστοιχα, άρθρο 91 παρ. 1 του ν. 4412/2016).

3. Από την επισκόπηση του, από 29.05.2023, διευκρινιστικού εγγράφου της προσφεύγουσας, προκύπτει σαφώς ότι σε αυτό επισημαίνονται οι ελλείψεις της διακήρυξης όσον αφορά στην αποτύπωση των πραγματικών θέσεων και του αριθμού των βάθρων που απαιτούνται για τη ... κάλυψη όλων των ..., γεγονός που έχει ως συνέπεια, την απασχόληση μεγαλύτερου αριθμού ναυαγοσωστών και επομένως, την αύξηση του κόστους εκτέλεσης των σχετικών εργασιών. Εν όψει των ανωτέρω, η επισυναπτόμενη στο ως άνω έγγραφο κοστολόγηση της προσφεύγουσας, που ανέρχεται στο ποσό των 349.116,48€ πλέον Φ.Π.Α, υπερβαίνει μεν τον προϋπολογισμό της διακήρυξης (ήτοι, το ποσό των 282.176,88€ πλέον Φ.Π.Α) και το ποσό της αρχικής της προσφοράς (ήτοι, το ποσό των 276.408,00€ πλέον Φ.Π.Α), ωστόσο, δεν αποτελεί ανάκληση της αρχικώς υποβληθείσας προσφοράς της εν λόγω εταιρείας, αφού σε κανένα σημείο του επίμαχου εγγράφου δεν αναφέρεται ότι η ως άνω κοστολόγηση τίθεται ως προϋπόθεση ανάληψης και εκτέλεσης του υπόψη έργου και περαιτέρω, ουδέποτε ζητήθηκε η αποδοχή της από την οικεία αναθέτουσα αρχή.

Θα πρέπει, επίσης, να σημειωθεί ότι η υποβολή της επίμαχης κοστολόγησης (η οποία, σε κάθε περίπτωση, αποτελεί διευκρίνιση), οφείλεται κυρίως στην πίεση της αναθέτουσας αρχής να εκκινήσουν οι σχετικές εργασίες ήδη από την 1^η Ιουνίου 2023, ήτοι, χωρίς να έχει δοθεί επαρκής χρόνος στον προσφεύγοντα, όπως σχεδιάσει επιμελώς το χρονοδιάγραμμα για την τοποθέτηση των βάθρων στις ..., για τη δημιουργία διαδρόμου για τη διέλευση των σκαφών από και προς τις παραλίες κλπ, αλλά και τους πόρους και τον εξοπλισμό που θα απαιτηθούν για την έναρξη και την επιτυχή ολοκλήρωση των εργασιών της οικείας σύμβασης, πολλώ δε μάλλον, όταν δεν έχει εισέτι παρέλθει το 15ημερο

που προβλέπει το άρθρο 105 του ν. 4412/2016 για την υπογραφή του συμφωνητικού ανάμεσα στον ανάδοχο και στην αναθέτουσα αρχή. Συνεπεία της αυξημένης αυτής πίεσης για έναρξη των εργασιών ήδη την 1^η Ιουνίου 2023, η προσφεύγουσα επικαλέστηκε αυξημένα κόστη, ώστε να μπορέσει να ανταποκριθεί σε τόσο πιεστικές προθεσμίες (όπερ είναι εύλογο), χωρίς, ωστόσο, να ζητήσει τα κόστη αυτά από την αναθέτουσα αρχή, απορριπτομένων των ισχυρισμών της τελευταίας περί υποβολής εναλλακτικής προσφοράς. Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία, εναλλακτικές προσφορές θεωρούνται είτε οι προσφορές πλέον του ενός είδους, που έχουν ισοδύναμο – κατά την αντίληψη του προσφέροντος – αποτέλεσμα, οι οποίες πληρούν εξίσου τις προδιαγραφές, είτε μια προσφορά που διαφέρει ουσιωδώς από αυτήν που έχει προβλέψει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή και υπό την προϋπόθεση ότι υποβάλλονται κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών και όχι κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ως εν προκειμένω. Περαιτέρω, για να μπορεί να στοιχειοθετηθεί περίπτωση εναλλακτικής προσφοράς, οι διαφορετικές προσφορές θα πρέπει να υποβάλλονται υπό το καθεστώς της επικουρικότητας, ήτοι, η μία προσφορά θα πρέπει να είναι η κύρια και η άλλη, θα πρέπει να είναι η εναλλακτική (επικουρική). Από τα ανωτέρω αναφερόμενα, συνάγεται ότι στην υπό εξέταση υπόθεση δεν συντρέχει περίπτωση υποβολής εναλλακτικής προσφοράς, όπως εσφαλμένα έκρινε η αναθέτουσα αρχή και τούτο, διότι εφόσον η ενδεικτική κοστολόγηση υποβλήθηκε μετά την ολοκλήρωση του σταδίου ανοίγματος των οικονομικών προσφορών, ουδεμία ασάφεια μπορούσε να προκληθεί ως προς το ποια προσφορά έχει υποβληθεί στον διαγωνισμό. Ως εκ τούτου, κρίνονται βάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, κατά τους οποίους η κοστολόγηση του έργου που υπέβαλε μαζί με το ως άνω έγγραφο κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήταν ενδεικτική και σε κάθε περίπτωση διευκρινιστική της υποβληθείσας υπεύθυνης δήλωσης, καθότι στην ένδικη διακήρυξη δεν διατυπώθηκε με σαφήνεια ο αριθμός των βάρων, με συνέπεια η ταχεία έναρξη των σχετικών εργασιών ήδη από την 1^η Ιουνίου 2023, να κοστίζει πολύ περισσότερο από τον προϋπολογισμό της διακήρυξης, απορριπτομένων των ισχυρισμών του ..., κατά τους οποίους δια της κοστολόγησης αυτής δήθεν αμφισβητούνται ανεπικαίρως και συνεπώς, απαράδεκτως, οι όροι της διακήρυξης (στους οποίους συμπεριλαμβάνεται και

η παρ. 2.2.9.2.), τους οποίους αποδέχθηκε πλήρως η εν λόγω εταιρεία, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον διαγωνισμό. Θα πρέπει, επίσης, να επισημανθεί η αντιφατικότητα και η ασάφεια της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης. Και τούτο, διότι παρόλο που στο έγγραφο απόψεων του ... αναφέρεται ότι η επίμαχη διαδικασία ματαιώνεται υποχρεωτικώς, επειδή η προσφορά της προσφεύγουσας είναι «απαράδεκτη», υπό την έννοια του άρθρ. 2.4.4. της διακήρυξης (υποβολή νέας κοστολόγησης που υπερβαίνει τον προϋπολογισμό του διαγωνισμού) και επομένως, συντρέχει η περίπτωση α) της παραγράφου 1 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 — στην οποία προβλέπεται ότι: *«1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, η οποία εκδίδεται μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς, είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης...»* — εντούτοις, από την επισκόπηση της προσβαλλόμενης απόφασης(βλ. αναλυτικότερα, σκέψη 6 της παρούσας), διαφαίνεται ότι η ματαίωση και επαναπροκήρυξη του εν λόγω διαγωνισμού ερείδεται όχι μόνο στο απαράδεκτο της μοναδικής προσφοράς που υποβλήθηκε στον διαγωνισμό, αλλά και στην περίπτωση της παραγράφου 2 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, κατά την οποία ο διαγωνισμός δύναται να ματαιωθεί με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, σε περίπτωση που *«οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο»*, στην δε επίμαχη διαδικασία, οι παράμετροι αυτοί σχετίζονται με την εκκίνηση της περιόδου ... κάλυψης και με την ανάγκη αναλογικής αναπροσαρμογής του προϋπολογισθέντος ποσού και της διάρκειας της σύμβασης.

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα, συνάγεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, αφενός μεν φέρει αντιφατική και συνεπώς, εσφαλμένη αιτιολογία, αφετέρου δε στερείται σαφούς(και εν πάση περιπτώσει ορθής) αναφοράς στα άρθρα του ν. 4412/2016, τα οποία τυγχάνουν εφαρμογής, τόσο στην περίπτωση της κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής

του αναδόχου, όσο και στην περίπτωση της ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του υπόψη διαγωνισμού, τα δε άρθρα 302 («Εγγυήσεις – Εξουσιοδοτική διάταξη») και 317 («Ματαίωση διαδικασίας»), που αναφέρονται σε αυτήν, τυγχάνουν εφαρμογής μόνο στις διαγωνιστικές διαδικασίες που διεξάγονται από τους αναθέτοντες φορείς και όχι από τις αναθέτουσες αρχές, στις οποίες συμπεριλαμβάνεται και ο Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων και δοθέντος ότι η υποβολή ενδεικτικής κοστολόγησης στο πλαίσιο παροχής διευκρινίσεων επί ήδη υποβληθέντος δικαιολογητικού κατακύρωσης, δεν αποτελεί, σε καμία περίπτωση, ανάκληση της ήδη υποβληθείσας προσφοράς της προσφεύγουσας, η προσβαλλόμενη απόφαση του ... θα πρέπει να ακυρωθεί ως μη νόμιμη και περαιτέρω, ως αντιφατικώς/πλημμελώς αιτιολογημένη. Συναφώς, ο 1^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

•2ος λόγος προσφυγής: μη νόμιμη απόρριψη της προσφοράς επί τη βάσει της παραβίασης της παρ. 2.2.9.2 περ. Β.4. στοιχ. 2) της διακήρυξης. Σε συνέχεια, των προαναφερόμενων κατά την εξέταση του 1^{ου} λόγου προσφυγής, γίνεται δεκτό ότι - ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα - από την αντιπαράβολή της υποβληθείσας υπεύθυνης δήλωσης και της διάταξης της παρ. 2.2.9.2. περ. Β.4. στοιχ. 2) της διακήρυξης, στην οποία καθορίζεται το περιεχόμενο της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης, προκύπτει ότι η υποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση περιλαμβάνει όσα ζητούνται στην ως άνω διάταξη, μαζί με κάποια επιπλέον διευκρινιστικά στοιχεία, που, ωστόσο, δεν αλλοιώνουν την ουσία της δήλωσης αυτής. Ως άλλωστε προαναφέρθηκε, στο, από 29.05.2023, διευκρινιστικό έγγραφο που υπέβαλε η προσφεύγουσα προς αποσαφήνιση των όσων δήλωσε στην επίμαχη υπεύθυνη δήλωση, ορθώς αναφέρει ότι οι εργασίες τοποθέτησης βάθρων στις ..., οι εργασίες οριοθέτησης με σηματοδότες της περιοχής, στην οποία επιτρέπεται η κολύμβηση από τους λουόμενους και οι εργασίες δημιουργίας διαδρόμου για τη διέλευση σκαφών από και προς την παραλία, δεν θα μπορούσαν να εκτελεστούν πριν από την υπογραφή της σύμβασης (αφού πριν το χρονικό αυτό σημείο δεν δικαιούται να εγκαταστήσει καμία κατασκευή στον αιγιαλό), ούτε, όμως, και να εκτελεστούν αυθημερόν, ήτοι την 1^η Ιουνίου 2023. Επιπροσθέτως, κατά τον χρόνο υποβολής του ως άνω διευκρινιστικού

εγγράφου, η απόφαση κατακύρωσης δεν είχε καταστεί οριστική και περαιτέρω, δεν είχε υπογραφεί το προβλεπόμενο εκ της διακήρυξης και του νόμου συμφωνητικό για την εκτέλεση των εργασιών ... κάλυψης. Επομένως, ορθώς επισημαίνεται από την προσφεύγουσα ότι: «[...] Η έναρξη εκτέλεσης της εργασίας από την 1η Ιουνίου θα ήταν εφικτή και το δήλωσα σχετικά, πλην όμως πλημμελώς, αφού για την παροχή των υπηρεσιών πρέπει να προηγηθεί η εγκατάσταση, η οποία είναι απολύτως αδύνατο να πραγματοποιηθεί εντός μίας ή δύο ημερών, διότι τα βάθρα των ... πρέπει να μεταφερθούν από την ηπειρωτική χώρα στο ... και η οριοθέτηση της θαλάσσιας ζώνης κολύμβησης με σημαδούρες εξαρτάται άμεσα από τις καιρικές συνθήκες, αφού θαλασσοταραχή, θολά νερά ή η έντονη πλημμυρίδα [...] καθιστούν αδύνατη την πόντισή τους. Το γεγονός αυτό αναγνωρίζεται από τους λοιπούς ... της Χώρας, οι οποίοι κατά την υπογραφή σχετικών συμβάσεων, πάντοτε παρέχουν μία 15νθήμερη προθεσμία για την εγκατάσταση του αναδόχου. Πώς θα γινόταν άλλωστε να παρέχονται ορθά οι υπηρεσίες από τους ναυαγοσώστες χωρίς βάθρα και χωρίς οριοθετημένη θαλάσσια έκταση; [...] Άλλωστε σε περίπτωση ελέγχου από τις αρμόδιες υπηρεσίες του Λιμενικού, εάν διαπιστωθεί η ανυπαρξία βάθρων και σημαδούρων, επιβάλλονται διόλου ευκαταφρόνητα διοικητικά πρόστιμα, τα οποία μάλιστα κλιμακώνονται ποσοτικά για κάθε εβδομάδα καθυστέρησης. Ενόψει των ανωτέρω, η υπεύθυνη δήλωση που κατέθεσα ανταποκρινόταν πλήρως και στις απαιτήσεις της διακήρυξης [...]».

Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι: i) κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 105 του ν. 4412/2016 (βλ. σκέψη 7 της παρούσας), μετά από την οριστικοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο να προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντάς του προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδικής πρόσκλησης, η δε σύμβαση θεωρείται συναφθείσα με την κοινοποίηση της ως άνω πρόσκλησης στον ανάδοχο και ii) η υπεύθυνη δήλωση της προσφεύγουσας συνάδει με τις απαιτήσεις του νόμου και της διακήρυξης, αλλά και τις πραγματικές συνθήκες του έργου, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθμό 130/2023 απόφαση (ορθή επανάληψη) της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «... έτους 2023», κατά το σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού χιλίων τετρακοσίων δέκα ευρώ και ογδόντα οκτώ λεπτών (1.410,88 €).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 18 Σεπτεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ