

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 17/02/2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09/01/2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 46/11.01.2023 της προσφεύγουσας εταιρείας, με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

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

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί στο σύνολό της η υπ' αρ. Διακήρυξη της εταιρείας «.....», άλλως ν' ακυρωθούν οι επιμέρους προσβαλλόμενοι όροι της, καθώς και η συμπροσβαλλόμενη υπ' αρ. πρωτ. 25/02-01-2022 απόφαση της αναθέτουσας Αρχής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την προσβαλλόμενη υπ' αρ. Διακήρυξη της εταιρείας «.....» προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με αντικείμενο την ανάθεση σε ανάδοχο της παροχής υπηρεσιών φύλαξης των εγκαταστάσεων των (....) στη, με τεχνικά μέσα, για χρονικό διάστημα εξήντα (60) μηνών, ήτοι πέντε (5) ετών, από την υπογραφή της σχετικής σύμβασης. Η συνολική προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 4.930.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. 24%, ήτοι στο συνολικό ποσό των 6.113.200,00 ευρώ συμ/νου Φ.Π.Α. 24%. Ως καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των προσφορών ορίσθηκε η 19^η Ιανουαρίου 2023 και ώρα 23:59, ενώ ως κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής. Η ανωτέρω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων

(ΚΗΜΔΗΣ) την 19^η Δεκεμβρίου 2022 και η προσφεύγουσα έλαβε γνώση αυτής την 30^η Δεκεμβρίου 2022.

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ..., ύψους 15.000,00 € ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης (βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γ.Γ.Π.Σ., όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 60 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Καθορισμός προθεσμιών» (άρθρο 47 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται, ότι: *«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 στα άρθρα 27 έως 31, καθορίζονται κατά τρόπο ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών.»*.

5. Επειδή, εν όψει των προαναφερθέντων διατάξεων, προκύπτει, ότι η ολοκληρωμένη δημοσίευση των στοιχείων ενός διαγωνισμού στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. καθιστά υποχρεωτική την ανάρτηση σε αυτό του πλήρους κειμένου της διακήρυξης, προκειμένου όλοι οι ενδιαφερόμενοι να μπορούν να λάβουν γνώση αυτού και των επιμέρους όρων του διαγωνισμού, ώστε να είναι σε θέση να συντάξουν άρτιες και συγκρίσιμες μεταξύ τους προσφορές (πρβλ. και άρθρο 53 του Ν. 4412/2016). Σε διαφορετική περίπτωση, δεν δύναται να υποστηριχθεί βάσιμα, ότι πράγματι ο εκάστοτε ενδιαφερόμενος να συμμετάσχει στον διαγωνισμό οικονομικός φορέας έχει λάβει πλήρη και επαρκή γνώση των όρων και των προϋποθέσεων, βάσει των οποίων θα μπορέσει να συντάξει την προσφορά του και να λάβει μέρος στη διαγωνιστική διαδικασία (ΑΕΠΠ 60/2017).

6. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι «Στον όρο 1.3 «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» της επίμαχης διακήρυξης προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «... Ειδικότερα, οι υπηρεσίες φύλαξης θα περιλαμβάνουν υπηρεσίες εγκατάστασης συστημάτων ασφαλείας (συναγερμού και κλειστού κυκλώματος τηλεόρασης CCTV), υπηρεσίες Κέντρου Λήψεως Σημάτων & Εικόνας, υπηρεσίες περιπολίας με όχημα Patrol, υπηρεσίες 24ώρου άμεσης επέμβασης, υπηρεσίες τεχνικής υποστήριξης - προληπτικής και επανορθωτικής συντήρησης συστημάτων ασφαλείας (πρόληψη και επανόρθωση) και υπηρεσίες εναέριας επιθεώρησης και ψηφιακής καταγραφής με drone, με την μέθοδο της χρηματοδοτικής μίσθωσης. Ειδικά για τις πρώην εγκαταστάσεις του Συγκροτήματος Εργοστασίων Ελευσίνας απαιτείται η παγίδευση με τεχνικά μέσα μόνο του φυλακίου της πύλης εισόδου καθώς και η ασφάλισή της με μέσα βιντεοεπιτήρησης. Να σημειωθεί ότι σε περίπτωση μεταβολής των εγκαταστάσεων του Υμηττού, τα συστήματα ασφαλείας θα εγκατασταθούν εκ νέου στις τυχόν νέες εγκαταστάσεις με δαπάνη και ευθύνη του Αναδόχου. Λόγω της ιδιαιτερότητας του συγκεκριμένου έργου, κάθε υποψήφιος οικονομικός φορέας θα πρέπει να προβεί σε αυτοψίες και να υποβάλει προτεινόμενο επιχειρησιακό σχέδιο φύλαξης. Οι υποψήφιοι ανάδοχοι απαιτείται : • Να λάβουν υπόψη τους τις ιδιαιτερότητες και την τρωτότητα - επικινδυνότητα που παρουσιάζει το κάθε σημείο, ως προς την εγκατάσταση κατάλληλων τεχνικών συστημάτων και την ορθή σύνδεση αυτών στο Κ.Λ.Σ. της εταιρίας τους, έχοντας πλήρη και σαφή αντίληψη και καταγραφή όλων των ζωνών, προκειμένου να παρέχουν συγκεκριμένη και άμεση πληροφόρηση για κάθε ενδεχόμενη παραβίαση. • Να προσκομίσουν πλήρη τεχνική περιγραφή των μέσων και υπηρεσιών που θα χρησιμοποιήσουν για την έγκαιρη ανίχνευση και αποτροπή εισβολέων. Επισημαίνεται ότι απαραίτητη προϋπόθεση για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό αποτελεί, επί ποινή αποκλεισμού, η πραγματοποίηση από τους οικονομικούς φορείς επίσκεψης, σε κάθε μία από τις έξι (6) εγκαταστάσεις των, ήτοι στις πρώην εγκαταστάσεις του Συγκροτήματος Εργοστασίων στις οποίες θα εγκατασταθούν τα συστήματα ασφαλείας, προκειμένου με τον τρόπο αυτόν οι οικονομικοί φορείς να αποκτήσουν ίδια αντίληψη του έργου. Ειδικότερα, η αυτοψία σε καθεμία από τις ως άνω τοποθεσίες θα πραγματοποιηθεί σε συγκεκριμένη ημέρα και ώρα που ορίζεται κατωτέρω από την Αναθέτουσα Αρχή και ισχύει για όλους τους

υποψήφιους οικονομικούς φορείς. Η αυτοψία στις εγκαταστάσεις θα πραγματοποιηθεί από έναν ή δύο εξουσιοδοτημένους εκπροσώπους του υποψήφιου οικονομικού φορέα. Σημειωτέον ότι κάθε υποψήφιος οικονομικός φορέας, λόγω της έκτασης των εγκαταστάσεων και κατ' επέκταση της δυσκολίας της αυτοψίας αλλά και λόγω της απόρρητης φύσης των εγκαταστάσεων, έχει τη δυνατότητα να εξουσιοδοτήσει μέχρι και δύο (2) εκπροσώπους προς διενέργεια αυτοψίας. Η προσέλευση στις εγκαταστάσεις προς διενέργεια αυτοψίας θα πραγματοποιείται με τη σχετική άδεια εισόδου. Αναφορικά με τους χρόνους αυτοψίας: Η αυτοψία στον Υμηττό θα πραγματοποιηθεί στις 23 Δεκεμβρίου 2022 από τις 08:30 - 13:30. Η αυτοψία στις πρώην εγκαταστάσεις του Συγκροτήματος Εργοστασίων Ελευσίνας και στη Μάνδρα θα πραγματοποιηθεί την ίδια μέρα, 27 Δεκεμβρίου 2022, από τις 08:30 - 13:30 με χρονικά πρώτη τοποθεσία τις πρώην εγκαταστάσεις του Συγκροτήματος Εργοστασίων Ελευσίνας. Η αυτοψία στα Δερβενochώρια θα πραγματοποιηθεί στις 28 Δεκεμβρίου 2022 από τις 08:30 - 13:30. Η αυτοψία στο Αίγιο θα πραγματοποιηθεί στις 29 Δεκεμβρίου 2022 από τις 08:30 - 13:30. Η αυτοψία στο Λαύριο θα πραγματοποιηθεί στις 30 Δεκεμβρίου 2022 από τις 08:30 - 13:30. Οι υποψήφιοι υποβάλλουν το αίτημά τους για επιτόπια επίσκεψη, ηλεκτρονικά μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι και την 20^η Δεκεμβρίου 2022. Επίσης, απαιτείται, μαζί με το αίτημα να υποβάλουν, μέσω της ίδιας ως άνω πλατφόρμας, τα απαραίτητα δικαιολογητικά εξουσιοδότησης προς τον εκπρόσωπο ή τους εκπροσώπους που θα διενεργήσει/ουν την αυτοψία για να του χορηγηθεί η σχετικά άδεια εισόδου. Συγκεκριμένα, απαιτείται να υποβληθεί μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ: α) εξουσιοδότηση προς διενέργεια αυτοψίας υπογεγραμμένη από τον νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας προς συγκεκριμένο/ους υπάλληλό/ους της καθώς και β) θεωρημένη κατάσταση ΣΕΠΕ, από την οποία θα προκύπτει ότι ο εξουσιοδοτούμενος/οι ανήκει/ουν στο προσωπικό της. Σημειωτέον ότι η διενέργεια αυτοψίας είναι υποχρεωτική για καθεμία από τις έξι (6) εγκαταστάσεις και για κάθε μία από τις έξι (6) διακεκριμένες αυτοψίες θα χορηγηθεί βεβαίωση αυτοψίας ανά εγκατάσταση». Όπως γίνεται εύκολα αντιληπτό, όποιος υποψήφιος οικονομικός φορέας δεν μελετήσει την Διακήρυξη την ημέρα που αυτή αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ (19 Δεκεμβρίου 2022) ή έστω την επόμενη, προκειμένου να καταθέσει αίτηση για αυτοψία την αμέσως επόμενη ημέρα (20 Δεκεμβρίου 2022), που ήταν η τελευταία προθεσμία, αποκλείεται αυτομάτως

από τον διαγωνισμό, αφού η πραγματοποίηση της αυτοψίας είναι αφενός όρος απαραίτητος για την παραδεκτή συμμετοχή των οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό και αφετέρου όρος απολύτως αναγκαίος για την σύνταξη και υποβολή του επιχειρησιακού σχεδίου φύλαξης και εν γένει της προσφοράς που απαιτεί η διακήρυξη. Η εταιρεία μας, αμέσως μόλις συνδέθηκε με τον δικτυακό τόπο του Διαγωνισμού στις 30 Δεκεμβρίου 2022 και ανέγνωσε την διακήρυξη, κατέθεσε αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή με το ακόλουθο περιεχόμενο: «Η εταιρεία μας έλαβε σήμερα Παρασκευή 30/12/2022 γνώση μέσω της πλατφόρμας ΕΣΗΔΗΣ της διακήρυξης η οποία δημοσιεύτηκε στις 19/12/2022. Κατόπιν μελέτης του τεύχους και σύμφωνα με τα οριζόμενα στην σελ. 9, απαραίτητη προϋπόθεση για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό αποτελεί, επί ποινή αποκλεισμού, η πραγματοποίηση από τους οικονομικούς φορείς επιτόπιας επίσκεψης, σε κάθε μία από τις έξι (6) εγκαταστάσεις των Σύμφωνα με τα οριζόμενα στην σελ. 10 της εν θέματι διακήρυξης οι υποψήφιοι έπρεπε να υποβάλλουν το αίτημά τους για επιτόπια επίσκεψη, ηλεκτρονικά μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι και τις 20/12/2022. Δεδομένου ότι η εταιρεία μας όπως προαναφέραμε έλαβε γνώση σήμερα 30/12/2022, ημερομηνία κατά την οποία ωστόσο έχει ήδη παρέλθει η χρονική προθεσμία για την υποβολή αιτήματος για επιτόπιες επισκέψεις, παρακαλούμε όπως γίνει αποδεκτό το αίτημα μας και οριστούν νέες ημερομηνίες για επιτόπιες επισκέψεις οποτεδήποτε και η εταιρεία μας δηλώνει ότι θα συμμετάσχει...». Ήδη στις 3 Ιανουαρίου 2023 ο Αναθέτων Φορέας απέρριψε την αίτησή μας αυτή με έγγραφο ΕΞΕ25 - 02/01/2023 του Διευθύνοντος Συμβούλου του και με την ακόλουθη αιτιολογία: «Αναφορικά με το σχετικό αίτημα της εταιρείας σας περί διενέργειας αυτοψίας δυνάμει του όρου 1.3. της υπ' αριθμ. Διακήρυξης, επαγόμαστε τα ακόλουθα: Σύμφωνα με τον όρο 1.3 της υπ' αριθ. Διακήρυξης, έχει οριστεί και οριοθετηθεί χρονικά, ότι «οι υποψήφιοι υποβάλλουν το αίτημά τους για επιτόπια επίσκεψη, ηλεκτρονικά μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι και την 20η Δεκεμβρίου.». Το εξεταζόμενο αίτημά σας περί διενέργειας αυτοψίας, υπεβλήθη ηλεκτρονικά μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, την 30^η-12-2022. Σας ενημερώνουμε ότι για λόγους που άγονται στην τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των συνδιαγωνιζομένων υποψηφίων οικονομικών φορέων, δεν δυνάμεθα να παρεκκλίνουμε στοιχειώδους όρου της διακήρυξης. Άλλωστε στον εν λόγω διαγωνισμό, υπέβαλλαν εμπροθέσμως αιτήματα

περισσότερες της μίας εταιρείας, τα οποία και έγιναν εν συνεχεία αποδεκτά και έχουν οργανωθεί από την Υπηρεσία μας οι εν λόγω αυτοψίες, οποιαδήποτε δε αποδοχή εκπροθέσμου αιτήματος περί διενέργειας αυτοψίας, θα αντίκειται στον θεμελιώδη κανόνα δικαίου της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων σε δημόσιες συμβάσεις. Ως εκ τούτου, σας ενημερώνουμε, ότι δεν δυνάμεθα να κάνουμε αποδεκτό το εν λόγω αίτημά σας, καθώς υπεβλήθη εκπροθέσμως βάσει του όρου 1.3. της διακήρυξης». Η αντίληψη της Αναθέτουσας Αρχής ως προς την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης δεν είναι ορθή και η απόρριψη του αιτήματός μας, που συμπροσβάλλεται με την παρούσα προσφυγή, είναι επιβεβαιωτική του μη νόμιμου όρου της προσβαλλόμενης διακήρυξης. Ο καθορισμός από τη Διακήρυξη της 20^{ης} Δεκεμβρίου 2022 ως καταληκτικής προθεσμίας για την υποβολή από την πλευρά των ενδιαφερόμενων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό αίτησης για επιτόπια επίσκεψη στις επίμαχες έξι (6) εγκαταστάσεις του Αναθέτοντος Φορέα, ενώ η Διακήρυξη είχε αναρτηθεί στο ΚΗΜΔΗΣ και στον εθνικό τύπο μόλις μία (1) ημέρα νωρίτερα (19-12-2022), είναι μη νόμιμος, καθώς περιορίζει υπέρμετρα των κύκλων των δυνάμενων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό και δεν αιτιολογείται ούτε από τη φύση της σύμβασης ούτε από τις ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής, ενώ αντίκειται ευθέως και στα άρθρα 27, 60 παρ. 2 και 361 παρ. 1 περ. γ' του ν. 4412/2016. Σύμφωνα με τον όρο 1.2. της Διακήρυξης, ο διαγωνισμός θα διεξαχθεί με την ανοικτή διαδικασία του άρθρου 27 του ν. 4412/2016. Το άρθρο 27 του ν. 4412/2016 για τις ανοικτές διαδικασίες προβλέπει ότι κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλλει προσφορά στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού. Η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε 35 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης της προκήρυξης σύμβασης, υπό την επιφύλαξη της παρ. 2 του άρθρου 60 και του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 67. Η προσφορά συνοδεύεται από τις πληροφορίες για την ποιοτική επιλογή που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 60 του ν. 4412/2016, «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 στα άρθρα 27

έως 31, καθορίζονται κατά τρόπο ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών». Εξάλλου, ο νομοθέτης έχει προβλέψει ρητά ότι η πλήρης γνώση της Διακήρυξης τεκμαίρεται, για την έναρξη της προθεσμίας προσβολής της με προδικαστική προσφυγή, μετά την πάροδο 15 ημερών από τη δημοσίευσή της στο ΚΗΜΔΗΣ (ίδ. άρθρο 363 παρ. 1 περ. γ' εδ. β', όπου: «Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ»). Κατά ευθεία παράβαση όλων των παραπάνω διατάξεων, στην προκειμένη περίπτωση η Διακήρυξη, λόγω του ανωτέρω προσβαλλόμενου όρου της, επιτρέπει τη συμμετοχή στον επίμαχο διαγωνισμό μόνο σε όσους οικονομικούς φορείς έχουν λάβουν γνώση αυτής την ίδια ημέρα (ή το αργότερο την επομένη) της δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ, δηλαδή έως την 20^η Δεκεμβρίου 2022, και ενώ η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών είναι σχεδόν έναν (1) μήνα αργότερα και συγκεκριμένα την 19η Ιανουαρίου 2023. Συνεπώς, εν προκειμένω διαπιστώνονται δύο πλημμέλειες: Αφενός παραβιάζεται το άρθρο 27 σε συνδυασμό με το άρθρο 60 παρ. 2 του ν. 4412/2016 λόγω του ορισμού της προθεσμίας υποβολής προσφορών σε χρόνο όχι μεγαλύτερο από τριάντα πέντε ημέρες, όπως θα έπρεπε κατά το άρθρο 60 παρ. 2, αφού απαιτείται επιτόπια επίσκεψη. Αφετέρου και κυρίως, στην ουσία ο χρόνος αυτός είναι μία ημέρα από την ημερομηνία ανάρτησης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, αφού η αίτηση για συμμετοχή στην αυτοψία, που είναι προϋπόθεση του παραδεκτού της συμμετοχής των οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό έπρεπε να κατατεθεί εντός μίας ημέρας. Στις θεμελιώδεις αρχές που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις συγκαταλέγονται ιδίως η αρχή της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού, οι οποίες κατοχυρώνονται και στη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (άρθρο 10 ΣΛΕΕ). Όροι Διακήρυξης που εισάγουν διακρίσεις δεν είναι νόμιμοι. Από τις διατάξεις του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Στο

ίδιο άρθρο προβλέπεται ότι ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων Όπως έχει κριθεί (ΑΕΠΠ 301/2020, 470/2018), εναπόκειται μεν στην ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να θεσπίζει τους όρους της διακήρυξης και τις προδιαγραφές και απαιτήσεις του τρόπου παροχής των υπό ανάθεση υπηρεσιών με τέτοιο τρόπο, που κατά την κρίση της εξυπηρετεί το συμφέρον της, ωστόσο επιβάλλεται η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκαλυμμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας και της ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3^{ης} Ιουνίου 1992, 0360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ.3401, σκ.11). Τα ανωτέρω σημαίνουν πως θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι απαιτήσεις που θεσπίζει η εκάστοτε Διακήρυξη για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής. Οι αρχές, εξάλλου, της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης αφενός των τεχνικών προδιαγραφών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης και αφετέρου των προϋποθέσεων εν γένει παραδεκτής συμμετοχής στον διαγωνισμό με τις ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής πρέπει πάντοτε να ερμηνεύονται και υπό το πρίσμα της προστασίας του αποτελεσματικού, βιώσιμου και ουσιώδους ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια, οι προϋποθέσεις παραδεκτής συμμετοχής στον διαγωνισμό, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτές, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση του επιδιωκόμενου σκοπού, διατύπωση, θα μετείχαν, τονώνοντας έτσι τον ανταγωνισμό. Εν προκειμένω βέβαια, η προθεσμία της μίας ημέρας δεν είναι καν θεμιτή. Ούτε βέβαια αιτιολογείται, αφού και η απάντηση του Διευθύνοντος Συμβούλου της Αναθέτουσας Αρχής στην αίτησή μας δεν επικαλείται κάτι άλλο πλην της εφαρμογής της «αρχής της ίσης μεταχείρισης», όπως την αντιλαμβάνεται η Αναθέτουσα Αρχή. Ίση μεταχείριση, όμως, δεν σημαίνει ότι παρέχεται η ευκαιρία συμμετοχής στον διαγωνισμό μόνο σε όσους

οικονομικούς φορείς ανέγνωσαν την Διακήρυξη την πρώτη ή την δεύτερη ημέρα της ανάρτησής της στο ΚΗΜΔΗΣ, αλλά εξασφάλιση του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού. Το γεγονός δε ότι, όπως αναφέρει η απάντηση του Διευθύνοντος Συμβούλου της Αναθέτουσας Αρχής, περισσότεροι του ενός οικονομικοί φορείς υπέβαλαν αίτηση εμπρόθεσμα, δηλαδή μία ημέρα μετά την ανάρτηση της Διακήρυξης, δεν ασκεί οποιαδήποτε επιρροή, αφού η διαδικασία είναι ανοικτή και ο νόμος επιτάσσει την πρόσβαση στον διαγωνισμό του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού οικονομικών φορέων. Με τους ανωτέρω προσβαλλόμενους όρους της η Διακήρυξη, αλλά και η ως άνω συμπροσβαλλόμενη απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου του Αναθέτοντος Φορέα, δεν επιδιώκουν ούτε επιτυγχάνουν την συμμετοχή τεχνικά και επαγγελματικά ικανών οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό, αλλά αντιθέτως επιτυγχάνουν τον αποκλεισμό οικονομικών φορέων που, ενώ μπορούν να πληρούν το σύνολο των απαιτούμενων τεχνικών και επαγγελματικών προϋποθέσεων κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών, αποκλείονται από τη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό επειδή δεν κατέστη δυνατόν να λάβουν πλήρη γνώση της Διακήρυξης το αργότερο την επομένη της δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ. Η απαίτηση αυτή της Διακήρυξης για υποβολή αιτήσεων για διενέργεια αυτοψίας το αργότερο έως την 20^η Δεκεμβρίου 2022 αντίκειται πέρα από τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της προστασίας του ανταγωνισμού, και στην κοινή λογική και στα διδάγματα της κοινής πείρας. Και τούτο, διότι κατά την κοινή πείρα, οι οικονομικοί φορείς χρειάζονται έναν εύλογο χρόνο τόσο για να ενημερωθούν απλώς για τη δημοσίευση μιας Διακήρυξης όσο και για να λάβουν πλήρη γνώση αυτής. Αυτό, άλλωστε, αναγνώρισε και ο νομοθέτης, ο οποίος προέβλεψε ότι ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. Συνεπώς, ο προσβαλλόμενος όρος της επίμαχης Διακήρυξης που θέτει αδικαιολόγητη προϋπόθεση, ήτοι την υποβολή αίτησης για διενέργεια αυτοψίας στις εγκαταστάσεις του Αναθέτοντος Φορέα μέχρι την 20^η Δεκεμβρίου 2022, ήτοι μία (1) ημέρα μετά τη δημοσίευση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, είναι μη νόμιμος, καθώς περιορίζει αναιτιολόγητα και υπέρμετρα τον κύκλο των προσώπων που δύνανται να συμμετάσχουν στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία μόνο σε όσους είχαν προλάβει να λάβουν γνώση της Διακήρυξης την ημέρα δημοσίευσής της και την επομένης αυτής και, σε κάθε

περίπτωση, καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή οικονομικών φορέων που διαθέτουν την απαιτούμενη τεχνική ικανότητα να ανταπεξέλθουν στις απαιτήσεις της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας, μόνο για τον λόγο ότι δεν είχαν λάβει γνώση της Διακήρυξης το αργότερο την επομένη της δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ, ώστε να μπορέσουν να υποβάλουν εμπρόθεσμα αίτηση για διενέργεια αυτοψίας. Έτσι, η εταιρεία μας, η οποία έλαβε γνώση της Διακήρυξης στις 30 Δεκεμβρίου 2022 εμποδίζεται να υποβάλει παραδεκτή προσφορά στον διαγωνισμό, καθώς κατά την ημέρα κατά την οποία έλαβε γνώση της Διακήρυξης είχε εκπνεύσει η καθοριζόμενη από τη Διακήρυξη προθεσμία υποβολής αίτησης για διενέργεια αυτοψίας στις προς φύλαξη εγκαταστάσεις, όπως επιβεβαίωσε και ο Διευθύνων Σύμβουλος της Αναθέτουσας Αρχής».

7. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, με τις από 11/01/2022 εμπρόθεσμες απόψεις επί της εξεταζόμενης προσφυγής, υπεραμύνεται της νομιμότητας της προσβαλλόμενης, δοθέντος ότι η προσφυγή κατατέθηκε στις 09/01/2023. Συναφώς, το από 20/01/2022 οικείο έγγραφο, τιτλοφορούμενο ως υπόμνημα, της αναθέτουσας Αρχής ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. δεν λαμβάνεται υπ'όψη από το κρίνον Κλιμάκιο, ως εκπροθέσμως κατατεθέν.

8. Επειδή, περαιτέρω, κατόπιν της επισκόπησης του φακέλλου, κρίνονται τα κάτωθι. Στην προκειμένη περίπτωση, η επίμαχη Διακήρυξη, λόγω του ανωτέρω προσβαλλόμενου όρου της, επιτρέπει την συμμετοχή στον επίμαχο διαγωνισμό μόνον σε όσους οικονομικούς φορείς είχαν λάβει γνώση αυτής την ίδια ημέρα (ή το αργότερο την επομένη) της δημοσίευσής της στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., δηλαδή έως και την 20^η Δεκεμβρίου 2022, και ενώ η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών είναι σχεδόν ένα (1) μήνα αργότερα και συγκεκριμένα την 19^η Ιανουαρίου 2023. Συνεπώς, εκ των προδιαληφθέντων συνάγεται, ότι παραβιάζεται το άρθρο 27 σε συνδυασμό με το άρθρο 60 παρ.2 του ν. 4412/2016, λόγω του ορισμού της προθεσμίας υποβολής προσφορών σε χρόνο όχι μεγαλύτερο από τριάντα πέντε ημέρες, όπως προβλέπεται κατά το άρθρο 60 παρ. 2, αφού απαιτείται επιτόπια επίσκεψη. Περαιτέρω, ο εν θέματι κρίσιμος αυτός χρόνος ανέρχεται σε έως μία ημέρα από την ημερομηνία ανάρτησης της διακήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., αφού η αίτηση για συμμετοχή στην αυτοψία, που είναι προϋπόθεση του παραδεκτού της συμμετοχής των οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό, έπρεπε να κατατεθεί, εν τοις πράγμασι, εντός μιας ημέρας. Εν προκειμένω, η προθεσμία της μιας ημέρας παρίσταται

ως προδήλως αντικείμενη στις θεμελιώδεις αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ως αυτές εκπορεύονται ευθέως από το ενωσιακό δίκαιο. Επέκεινα, η απάντηση του Διευθύνοντος Συμβούλου της αναθέτουσας Αρχής στην αίτηση της προσφεύγουσας παρίσταται ανατιολόγητη, καθώς αδυνατεί να αιτιολογήσει επί τίνι σκοπώ διαφάνειας ή ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων παρέχεται η ευκαιρία συμμετοχής στον διαγωνισμό μόνον σε όσους οικονομικούς φορείς ανέγνωσαν την Διακήρυξη την πρώτη ή την δεύτερη ημέρα της ανάρτησής της στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. Το γεγονός δε ότι, όπως αναφέρει η απάντηση του Διευθύνοντος Συμβούλου της Αναθέτουσας Αρχής, περισσότεροι του ενός οικονομικοί φορείς υπέβαλαν αίτηση εμπρόθεσμα, δηλαδή μία ημέρα μετά την ανάρτηση της Διακήρυξης, είναι άμοιρο νομικής επιρροής, αφού η διαδικασία είναι ανοικτή και ο νόμος επιτάσσει την πρόσβαση στον διαγωνισμό του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού οικονομικών φορέων. Η κρίση όμως της αναθέτουσας, με βάση την προεκτεθείσα ανάλυση, εμφανίζεται όχι μόνο νομικά πλημμελής αλλά τελεί και σε λογική αντίφαση, αξιώνοντας από την προσφεύγουσα να έχει πλήρη γνώση του επίμαχου όρου της διακήρυξης, χωρίς να έχει προηγηθεί νομότυπη δημοσίευση του πλήρους κειμένου της διακήρυξης και καλώντας την να υποβάλει το αίτημά της για επιτόπια επίσκεψη σε ημερομηνία, πριν καν παρέλθει το χρονικό διάστημα, το οποίο προβλέπει ο νόμος ως ελάχιστη αναγκαία προθεσμία για τη δημιουργία του αμάχητου τεκμηρίου γνώσης σε βάρος της προσφεύγουσας. Η απαίτηση αυτή της Διακήρυξης, για υποβολή αιτήσεων για διενέργεια αυτοψίας το αργότερο έως και την 20^η Δεκεμβρίου 2022, αντίκειται, πέραν των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της προστασίας του ανταγωνισμού, και στην κοινή λογική καθώς και στα διδάγματα της κοινής πείρας. Και τούτο, διότι, κατά την κοινή πείρα, οι οικονομικοί φορείς χρειάζονται έναν εύλογο χρόνο, τόσο για να ενημερωθούν απλώς για τη δημοσίευση μιας Διακήρυξης όσο και για να λάβουν πλήρη γνώση αυτής. Αυτό, άλλωστε, αναγνώρισε και ο νομοθέτης, ο οποίος προέβλεψε, ότι ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. Συνεπώς, ο προσβαλλόμενος όρος της επίμαχης Διακήρυξης, που θέτει αδικαιολόγητη προϋπόθεση, ήτοι την υποβολή αίτησης για διενέργεια αυτοψίας στις οικείες εγκαταστάσεις του μέχρι και την 20^η Δεκεμβρίου 2022, ήτοι μία (1) ημέρα μετά τη δημοσίευση της Διακήρυξης στο

Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., είναι μη νόμιμος, καθώς περιορίζει ανατιολόγητα και υπέρμετρα τον κύκλο των προσώπων, που δύνανται να συμμετάσχουν στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, μόνον σ' όσους είχαν προλάβει να λάβουν γνώση της Διακήρυξης την ημέρα δημοσίευσής της και την επομένη αυτής και, σε κάθε περίπτωση, καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή οικονομικών φορέων, που διαθέτουν την απαιτούμενη τεχνική ικανότητα να αντεπεξέλθουν στις απαιτήσεις της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας, μόνον για τον λόγο, ότι δεν είχαν λάβει γνώση της Διακήρυξης το αργότερο την επομένη της δημοσίευσής της στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., ώστε να μπορέσουν να υποβάλουν εμπρόθεσμα αίτηση για διενέργεια αυτοψίας. Έτσι, η προσφεύγουσα, η οποία έλαβε γνώση της Διακήρυξης στις 30 Δεκεμβρίου 2022, βάσιμα υποστηρίζει, ότι εμποδίσθηκε να υποβάλει παραδεκτή προσφορά στον διαγωνισμό, καθώς, κατά την ημέρα κατά την οποία έλαβε γνώση της Διακήρυξης, είχε εκπνεύσει η καθοριζόμενη από τη Διακήρυξη προθεσμία υποβολής αίτησης για διενέργεια αυτοψίας στις προς φύλαξη εγκαταστάσεις, όπως επιβεβαίωσε σχετικώς και ο Διευθύνων Σύμβουλος της Αναθέτουσας Αρχής.

9. Επειδή, επιπλέον, επιχείρημα προς επίρρωση του ανωτέρω συλλογισμού, συνιστά η περίπτωση του άρθρου 60 παρ. 2 του ν. 4412/2016, λαμβάνοντας υπ' όψη ότι, όταν προβλέπεται από τη διακήρυξη επιτόπια επίσκεψη των υποψήφιων οικονομικών φορέων, οι ελάχιστες προθεσμίες των άρθρων 27 έως 31 του Ν. 4412/2016 ορίζονται υποχρεωτικά μεγαλύτερες από την αναθέτουσα στο κείμενο της διακήρυξης. Ακόμα και υπ' αυτήν την έννοια, η αναθέτουσα Αρχή, εφ' όσον προβλέπει στο κείμενο της διακήρυξης επιτόπια επίσκεψη των οικονομικών φορέων, παραβίασε τη διάταξη του νόμου, αφού όχι μόνο δεν τήρησε τις ελάχιστες προβλεπόμενες από τον νόμο προθεσμίες αλλά de facto κατέληξε σε ανεπίτρεπτη σύντμησή τους.

10. Επειδή, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν ανωτέρω, κατά την κρίση του Κλιμακίου, η προσβαλλόμενη διάταξη της διακήρυξης εμποδίζει αδικαιολόγητα τη νόμιμη συμμετοχή της προσφεύγουσας στη διαγωνιστική διαδικασία και, ως εκ τούτου, οδηγεί εκ του αποτελέσματος σε αδικαιολόγητο περιορισμό της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού, μέσω της συμμετοχής περισσότερων εν δυνάμει διαγωνιζομένων. Κατά συνέπεια, ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, απορριπτόμενων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας Αρχής (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 211/2017).

11. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση δύνανται να ακυρωθούν μόνον οι προσβαλλόμενοι όροι και όχι η εν θέματι διακήρυξη στο σύνολό της πρέπει δε να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα που περιλαμβάνεται στην προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τον όρο 1.3. της υπ' αριθμ. προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς και την συμπροσβαλλόμενη, υπ' αρ. πρωτ. ΕΞΕ 25/02-01-2022, απόφαση της αναθέτουσας Αρχής.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17/2/2023 και εκδόθηκε στις 06/03/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ