

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 25 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 17.03.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 358/20.03.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στον ..., ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ..., νόμιμα εκπροσωπούμενου.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής με αριθμό Πρωτοκ. .../2023 και ειδικότερα την τροποποίηση / διαγραφή των οριζόμενων στους όρους 2.2.6, 1.3 και 1.5 αυτής, για τους λόγους που αναλυτικά παραθέτει στην προσφυγή της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό .../2023

Αριθμός Απόφασης: 687/2023

προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για τη «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 105.160,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και καταληκτική ημερομηνία λήξης υποβολής προσφορών η 26.03.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 11.03.2023 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ο ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και μάλιστα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο αρ. 345 παρ. 1 και στο αρ. 379 παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 17.03.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 11.03.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 490/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 04.04.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. 526/04.04.2023, με τις οποίες ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 07.04.2023 παραδεκτά το Υπόμνημά της για την αντίκρουση των παραπάνω απόψεων.

6. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

7. Κατά την έννοια των ως διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2) και 360 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, σε περίπτωση που δεν υποβάλει προσφορά εντός της προθεσμίας υποβολής της, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον του για την προσβολή της διακήρυξης με αίτηση ακύρωσης διατηρείται μόνον εφ' όσον προβάλλει, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρآنόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής (βλ. ΣΤΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011). Η επίκληση δε τέτοιων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αιτούντος απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων

που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της (ΣΤΕ 2631/2020).

8. Περαιτέρω, η διατύπωση του αρ. 360 παρ. 1 ν. 4412/2016, δεν αναιρεί, αλλά αντίθετα επιβεβαιώνει και ενσωματώνει την πάγια δικονομική αρχή ότι το έννομο συμφέρον για άσκηση ενδίκου βοηθήματος, και στην προκειμένη περίπτωση ενδικοφανούς προσφυγής, πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς. Έτσι, η κατά την παραπάνω διάταξη έννοια του «συμφέροντος» ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενό της με την παγία έννοια του «εννόμου συμφέροντος» στα πλαίσια της ακυρωτικής και διοικητικής δικονομίας.

9. Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα, προκειμένου να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής ισχυρίζεται τα εξής: *«Τυχάνουμε ανώνυμη εταιρεία η οποία μεταξύ άλλων δραστηριοποιείται και στον τομέα της συντήρησης κολυμβητηρίων. Συγκεκριμένα κατά το άρθρο 3 του Καταστατικού της εταιρείας μας, μεταξύ των σκοπών μας συγκαταλέγονται η διαχείριση αποβλήτων και υδάτινων πόρων, και η κατασκευή και συντήρηση κολυμβητικών δεξαμενών. Στο πλαίσιο της παραπάνω δραστηριοποίησής μας προτιθέμεθα να συμμετάσχουμε στον υπό κρίση διαγωνισμό, το αντικείμενο του οποίου είναι ο έλεγχος της λειτουργίας και καθαρισμού κολυμβητικών δεξαμενών και η ομαλή και απρόσκοπτη λειτουργία των Ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων και των συστημάτων των Μηχανοστασίων στα Δημοτικά Κολυμβητήρια του ... για τα έτη 2021-2022-2023. Άλλωστε, η εταιρεία μας είναι ήδη ανάδοχος της συγκεκριμένης υπηρεσίας, έχοντας υπογράψει με το ΝΠΔΔ ... (αναθέτουσα αρχή) την υπ' αριθμ. .../30.9.2021 σύμβαση, μάλιστα διάρκειας δέκα οκτώ μηνών. Πλην όμως στην υπ' αριθμ. .../2023 διακήρυξη διαλαμβάνονται όροι, όπως κατωτέρω (υπό ΙΙΙ, και ιδιαιτέρως ΙΙΙ.1 εκτίθεται) οι οποίοι τυχάνουν αντίθετοι στις αρχές της αναλογικότητας και του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού, και καθιστούν ουσιαστικά αδύνατη, άλλως εξαιρετικά δυσχερή την συμμετοχή μας στην ανωτέρω διαγωνιστική διαδικασία, κατά τα αναλυτικώς αναφερόμενα*

κατωτέρω».

10. Μετά τα παραπάνω, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα, εφόσον ασκεί δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, περιλαμβάνεται, στον κύκλο των οικονομικών φορέων που θεμελιώνουν εύλογο ενδιαφέρον να μετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό. Επιπλέον, δεδομένου ότι επικαλείται βλάβη της, η οποία συνίσταται στην παρεμπόδιση της συμμετοχής της στο διαγωνισμό εκ του γεγονότος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη περιλαμβάνει απαιτήσεις, που έχουν τεθεί κατά παράβαση των αρχών της αναλογικότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ασκείται καταρχήν με έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας.

11. Με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα βάλλει κατά του όρου 2.2.6 α' της Διακήρυξης, με τον οποίο ορίζονται τα κριτήρια της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των συμμετεχόντων και συγκεκριμένα έχει ως εξής:

«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) Να διαθέτουν εμπειρία σε αντίστοιχα έργα ως εξής: Κατά τη διάρκεια των τελευταίων τριών (3) ετών (2020-2021-2022) να έχουν εκτελέσει χωρίς διακοπή τρεις ή περισσότερες, συμβάσεις (υπογραφή συμβάσεων στα έτη 2020 2021 2022) για συντήρηση και λειτουργία τουλάχιστον δύο κολυμβητηρίων ανά σύμβαση. Κατά το τελευταίο έτος να έχει υπογράψει μία η περισσότερες συμβάσεις (υπογραφή συμβάσεων εντός 2022) για συντήρηση και λειτουργία τουλάχιστον δύο κολυμβητηρίων ανά σύμβαση με προϋπολογισμό τουλάχιστον ίσο με τον ετήσιο προϋπολογισμό της μελέτης. Ο παρών όρος θα αποδεικνύεται με αντίγραφα συμβάσεων και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης. Εναλλακτικά γίνονται δεκτοί οικονομικοί φορείς του άρθρου 11 της Μελέτης (.../2023) με εμπειρία που στηρίζεται σε τρίτους της παραγράφου α».

12. Ειδικότερα, σχετικά τις παραπάνω απαιτήσεις, με τις οποίες ζητείται από τους συμμετέχοντες **α.** κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών, 2020,

2021 και 2022, να έχουν εκτελέσει χωρίς διακοπή τρεις ή περισσότερες συναφείς συμβάσεις, οι οποίες να έχουν **υπογραφεί** εντός των ετών **2020, 2021 και 2022** και **β.** κατά το τελευταίο έτος, **2022**, να έχουν **υπογράψει** μία ή περισσότερες συναφείς συμβάσεις, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι δυσανάλογες και υπερβολικές, καθώς για την απόδειξη της εμπειρίας είναι αρκετή η εκτέλεση και όχι απαραίτητα η υπογραφή της σύμβασης εντός της τριετίας 2020, 2021 και 2022. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι οι παραπάνω απαιτήσεις παρακωλύουν την συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένης της ίδιας, οι οποίοι, παρότι πληρούν όλες τις απαιτήσεις και ειδικότερα παρότι πράγματι διαθέτουν την απαιτούμενη εμπειρία, όχι μόνον επί τριετία αλλά επί σειρά ετών, αποκλείονται από τον διαγωνισμό μόνο για το λόγο ότι επειδή δεν υπέγραψαν σύμβαση ή συμβάσεις κατά το προβλεπόμενο από τη Διακήρυξη χρονικό διάστημα. Επισημαίνει τέλος ότι η ίδια, παρά το γεγονός ότι έχει μεγάλη εμπειρία στο αντικείμενο της συντήρησης Κολυμβητηρίων, δεν πληροί τις ζητούμενες απαιτήσεις περί υπογραφής συμβάσεων κατά τα έτη 2020, 2021 και 2022, καθώς, αν και εκτελεί συναφείς συμβάσεις, αποκλείεται από τη συμμετοχή στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία για τον μόνο λόγο ότι δεν έχει υπογράψει συναφή σύμβαση εντός του έτους 2020 και του έτους 2022 και παρά μόνο κατά το έτος 2021, οπότε και υπέγραψε συναφή σύμβαση που εκτελεί έως και σήμερα.

13. Επί του ισχυρισμού της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τον οποίο είναι καταχρηστική η απαίτηση για την **υπογραφή συναφών συμβάσεων κατά τα έτη 2020, 2021 και 2022** η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αντιτάσσει τα εξής: *«Διευκρινίζεται ότι στην παρένθεση (υπογραφή συμβάσεων στα έτη 2020 2021 2022) της περίπτωσης α) της παραγράφου 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της Διακήρυξης, εκ παραδρομής αναφέρεται η φράση «υπογραφή συμβάσεων» αντί της φράσης «ενεργές συμβάσεις». Αυτό αποδεικνύεται και από το γεγονός ότι στην συνέχεια έχει τεθεί ο όρος της*

υπογραφής σύμβασης ειδικά για το 2022 (υπογραφή συμβάσεων εντός 2022) που σε αντίθετη περίπτωση θα ήταν πλεονάζων».

14. Κατόπιν της παραπάνω θέσης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία συνομολογείται ότι δεν απαιτείται η υπογραφή των συναφών συμβάσεων να έχει λάβει χώρα κατά τα έτη 2020, 2021 και 2022, παρά μόνο να είναι ενεργείς οι συμβάσεις, ήτοι να εκτελούνται, κατά τα παραπάνω έτη, ο πρώτος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως προς το πρώτο σκέλος του και η επίμαχη απαίτηση (υπογραφή συμβάσεων στα έτη 2020 2021 2022) του όρου 2.2.6 περ. α' της διακήρυξης θα πρέπει να διαγραφεί.

15. Περαιτέρω, σχετικά με την απαίτηση του όρου 2.2.6 περ. α', κατά την οποία οι συμμετέχοντες θα πρέπει **να έχουν υπογράψει κατά το έτος 2022** μία ή περισσότερες συμβάσεις (υπογραφή συμβάσεων εντός 2022) για συντήρηση και λειτουργία τουλάχιστον δύο κολυμβητηρίων ανά σύμβαση με προϋπολογισμό τουλάχιστον ίσο με τον ετήσιο προϋπολογισμό της μελέτης, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αντιτάσσει τα εξής: *«Το δημοτικό κολυμβητήριο της ... είναι ένα από τα πλέον σύγχρονα κολυμβητήρια που λειτουργούν σήμερα. Οι μηχανολογικές του εγκαταστάσεις απαρτίζονται από πλήθος συστημάτων τεχνολογίας αιχμής όπως bms (building management systems) δηλαδή συστήματα που θέτουν σε λειτουργία, εποπτεύουν, ελέγχουν, συντηρούν και βελτιστοποιούν όλα τα ηλεκτρομηχανολογικά υποσυστήματα της εγκατάστασης, συστήματα γεωθερμίας για εξοικονόμηση ενέργειας, συστήματα εναλλακτών θερμότητας, συστήματα συμπαραγωγής ηλιακής ενέργειας κ.α. Κάποιες από τις εταιρείες που ασχολούνταν και με το αντικείμενο της συντήρησης κολυμβητικών δεξαμενών, κατά την περίοδο της πανδημίας της νόσου του κορονοϊού (covid-19), σταμάτησαν την συγκεκριμένη δραστηριότητα και στράφηκαν σε διαφορετικές δραστηριότητες προκειμένου να μπορέσουν να επιβιώσουν. Το σκεπτικό της αναθέτουσας αρχής, σε ότι αφορά στον όρο της υπογραφής σύμβασης στο έτος 2022 αντικατοπτρίζει αυτήν την απαίτηση, δηλαδή την ανάληψη της συντήρησης από εταιρεία που έχει συνεχή και όχι ευκαιριακή παρουσία στον χώρο των υπηρεσιών συντήρησης κολυμβητικών*

δεξαμενών. Η απαίτηση υπογραφής σύμβασης μέσα στο έτος 2022, διασφαλίζει έτσι την επιλογή εταιρείας συντήρησης που κατά την διάρκεια της πανδημίας του κορονοϊού, όχι μόνο συνέχισε να εξασκεί την συγκεκριμένη δραστηριότητα και να εξυπηρετεί τις ήδη ανειλημμένες συμβάσεις της αλλά επιπλέον συνέχισε να εξελίσσεται και να ενημερώνεται σχετικά με τις νέες τεχνολογίες μέχρι και σήμερα».

16. Σχετικά με την επίκληση της αναθέτουσας αρχής για την ανάγκη της προς ανάθεση της σύμβασης σε οικονομικό φορέα, ο οποίος να έχει συνεχή και όχι ευκαιριακή παρουσία στο χώρο των υπηρεσιών συντήρησης κολυμβητικών δεξαμενών καθώς και στην διασφάλιση του γεγονότος ότι ο ανάδοχος της σύμβασης θα είχε συνεχίσει να παρέχει τις υπηρεσίες του κατά τη διάρκεια της πανδημίας του κορονοϊού, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με το Υπόμνημά της ότι το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης είναι ποσοτικά περιορισμένο, καθώς είναι πολύ λίγα τα υφιστάμενα Κολυμβητήρια και ιδίως τα Δημοτικά, τα οποία λειτουργούν εντός της ... αλλά και πανελλαδικά και επομένως καθίσταται σπάνιο για έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος ασχολείται σε μόνιμη βάση και με επιτυχία με το αντικείμενο αυτό, να υπογράφει ετησίως συμβάσεις. Η παραπάνω περίπτωση συντρέχει και για την ίδια, η οποία έχει μεγάλη εμπειρία στο συγκεκριμένο αντικείμενο και εκτελεί ενεργές συμβάσεις από το έτος 2021 έως και το 2023 (όπως και η σύμβαση «...»), ωστόσο δεν έχει υπογράψει καμία σύμβαση εντός του έτους 2022 και εμποδίζεται να υποβάλει προσφορά μόνο για το λόγο αυτό.

17. Μετά την εκτίμηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών, επί του δεύτερου σκέλους του πρώτου λόγου προσφυγής γίνεται δεκτό ότι η αρχική θέση της αναθέτουσας αρχής περί απαλοιφής της απαίτησης για την υπογραφή των συναφών συμβάσεων εντός των ετών 2020, 2021 και 2022, έρχεται σε αντίθεση με τους μετέπειτα ισχυρισμούς, που προβάλλει προς υποστήριξη της απαίτησής της υπογραφής μίας σύμβασης τουλάχιστον εντός του έτους 2022. Και αυτό γιατί, ενώ και η ίδια παραδέχεται ότι το κρίσιμο στοιχείο για την επιλογή του αναδόχου είναι η εκτέλεση τριών τουλάχιστον συμβάσεων κατά τα

Αριθμός Απόφασης: 687/2023

τρία τελευταία έτη και όχι η υπογραφή τους, στη συνέχεια εμμένει στην ανάγκη υπογραφής τουλάχιστον μίας από αυτές κατά το έτος 2022, υποπίπτοντας σε αντιφάσεις σχετικά με το αν τελικά το κρίσιμο στοιχείο είναι αυτό του χρόνου εκτέλεσης ή αυτό του χρόνου της υπογραφής της σύμβασης. Και πάντως, ως προς την ουσία του ισχυρισμού της προς υποστήριξη της απαίτησής της, κατά τον οποίο η υπογραφή τουλάχιστον μίας σύμβασης εντός του έτους 2022 διασφαλίζει ότι ο ανάδοχος της σύμβασης θα είχε συνεχίσει να παρέχει τις υπηρεσίες του κατά τη διάρκεια της πανδημίας του κορονοϊού, οπότε κάποιες εταιρείες αποσύρθηκαν από τη συγκεκριμένη δραστηριότητα, και επομένως θα είχε παρακολουθήσει την τεχνολογική εξέλιξη, θα πρέπει να επισημανθεί ότι τα παραπάνω δεν συνδέονται αιτιωδώς με το έτος υπογραφής της σύμβασης αλλά με το χρόνο εκτέλεσής της. Ούτε και μπορεί να υποστηριχθεί ότι δυνητικός συμμετέχων, που έχει υπογράψει σύμβαση εντός του έτους 2020 ή 2021 υπολείπεται στην παρακολούθηση των νέων τεχνολογιών, έναντι υποψηφίου που έχει υπογράψει σύμβαση εντός του έτους 2022, καθώς τα χρονικά αυτά σημεία βρίσκονται σε εγγύτητα και δεν απέχουν τόσο, ώστε να αναμένεται σημαντική τεχνολογική μεταστροφή. Τέλος, βάσιμα η προσφεύγουσα προβάλλει ότι είναι μικρός ο αριθμός των υφιστάμενων Δημοτικών Κολυμβητηρίων και επομένως υπάρχουν μειωμένες πιθανότητες για τις εταιρείες που δραστηριοποιούνται στο χώρο αυτό να υπογράψουν συμβάσεις ετησίως και άρα να έχουν υπογράψει και μία σύμβαση εντός του έτους 2022. Κατά συνέπεια, με την κρινόμενη απαίτηση εμποδίζεται πράγματι ο ανταγωνισμός μεταξύ των δυνητικών αναδόχων, καθώς αποκλείεται η συμμετοχή διαγωνιζομένων, που δεν διαθέτουν ήσσονος σημασίας κριτήριο επιλογής για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής τους ικανότητας μη σχετιζόμενο με τον επιδιωκόμενο στόχο της επιτυχούς συντήρησης των κολυμβητικών δεξαμενών, ο οποίος μπορεί να επιτευχθεί από αναδόχους που αποδεδειγμένα εκτελούν συναφείς συμβάσεις κατά το έτος 2022 και όχι μόνο από αναδόχους που έχουν υπογράψει αυτές εντός του έτους 2022.

Επομένως, και το δεύτερο σκέλος του κρινόμενου λόγου προβάλλεται βάσιμα και ο πρώτος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός στο σύνολό του.

18. Με το δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα βάλλει κατά του όρου 1.5 της διακήρυξης με τίτλο «Προθεσμία παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού», ο οποίος έχει ως εξής *«Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών είναι η 26^η/3/2023 και ώρα 15:00. Η διαδικασία θα διενεργηθεί με χρήση του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) Προμήθειες και Υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ (Διαδικτυακή Πύλη www.promitheus.gov.gr)»*. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η παραπάνω προθεσμία έχει τεθεί παράνομα και κατά παράβαση του αρ. 27 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθώς η διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 11.03.2023 και επομένως η προθεσμία υποβολής των προσφορών εντός 15 ημερών βρίσκεται σε αντίθεση με την πρόβλεψη του παραπάνω άρθρου για την ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών εντός 35 ημερών από τη δημοσίευση της Προκήρυξης. Τον παραπάνω ισχυρισμό αντικρούει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ως εξής *«Ανυπόστατος ισχυρισμός που δεν χρήζει περαιτέρω διερεύνησης παρά απλή ανάγνωση του άρθρου που η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει»*.

19. Μετά την εκτίμηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών και του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου επί του δεύτερου λόγου προσφυγής λεκτέα τα εξής: Το αρ. 27 του ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής *«1. Στις ανοικτές διαδικασίες, 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. (...) 3. Σε περίπτωση που επείγουσα κατάσταση δεόντως τεκμηριωμένη από την αναθέτουσα αρχή καθιστά αδύνατη την τήρηση της ελάχιστης προθεσμίας που*

προβλέπεται στο δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ελάχιστη προθεσμία που δεν είναι μικρότερη των 15 ημερών από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης της σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συντμήσει κατά πέντε ημέρες την προθεσμία παραλαβής των προσφορών που ορίζεται στο δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1, όταν αποδέχεται την υποβολή προσφορών με ηλεκτρονικά μέσα, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 και την παράγραφο 5 του άρθρου 22 και το άρθρο 37». Από τα παραπάνω οριζόμενα προκύπτει ότι η καταρχήν προβλεπόμενη προθεσμία για την υποβολή και παραλαβή των προσφορών είναι 35 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της διακήρυξης προς δημοσίευση, όπως ορθά ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ενώ για τη σύντμηση αυτής στο διάστημα των 15 ημερών απαιτείται να συντρέχει περίπτωση επείγουσας κατάστασης τεκμηριωμένη από την αναθέτουσα αρχή. Στην προκειμένη περίπτωση ωστόσο, αν και η αναθέτουσα αρχή όρισε δεκαπενθήμερη προθεσμία για την υποβολή των προσφορών, δημοσιεύοντας την προκήρυξη στις 11.03.2023 και θέτοντας ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών την 26^η.03.2023, δεν επικαλείται ότι συντρέχει περίπτωση επείγουσας ανάγκης και πολύ περισσότερο δεν αιτιολογεί την απόφασή της. Τα παραπάνω έχουν ως αποτέλεσμα να μη συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 3 του αρ. 27 ν. 4412/2016 και κατά συνέπεια ο κρινόμενος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός, καθώς παράνομα η αναθέτουσα αρχή έταξε δεκαπενθήμερη προθεσμία για την υποβολή των προσφορών των διαγωνιζομένων.

20. Με τον τρίτο λόγο η προσφεύγουσα προβάλλει ζητήματα ασάφειας ως προς τον προσδιορισμό του ακριβούς αντικειμένου της σύμβασης, ωστόσο η εξέταση του λόγου αυτού παρέλκει ως αλυσιτελής, καθώς σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών και ιδίως προϋποθέσεων συμμετοχής, όπως στην υπό κρίση περίπτωση, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ ΣΤΕ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-

Αριθμός Απόφασης: 687/2023

52/2004, ΔΕΕ Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κλπ., σκέψεις 92-95) και επομένως οι διαπιστωθείσες πλημμέλειες της επίμαχης διακήρυξης παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωσή της (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικής 83/2019 κ.α.).

21. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../2023.
3. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 25 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 11 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ