

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 1η Οκτωβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη - Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ
1062/26.08.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την
επωνυμία «» (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει στη ΒΙΠΕ
Σίνδου, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται
νόμιμα και

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «», που εδρεύει
στο, επί της οδού αρ. (εφεξής παρεμβαίνων), όπως
εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί,
άλλως να ανακληθεί η με αρ. Διακήρυξη για την προμήθεια «Ιατρική
γάζα» προς κάλυψη των αναγκών του για ένα (1) έτος, που
προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή και να επαναδημοσιοποιηθεί ο
προκείμενος διαγωνισμός με νόμιμο τρόπο, συμπεριλαμβάνοντας τις
απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές των υπό προμήθεια ειδών, όπως αυτές
ορίζονται από το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο.

Ο παρεμβαίνων αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης
απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο σύμφωνα, ύψους 620,00€ ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, αποδεικτικό τραπεζικής συναλλαγής της ΤΡΑΠΕΖΑΣ της 23.08.2019 για την πληρωμή του εν λόγω παραβόλου, εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την με αρ. πρωτ. 391 /Γρ. Διοικητή 25.07.2019 Απόφαση (αρ. Διακήρυξης), προκήρυξε Δημόσιο Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, για την προμήθεια «Ιατρικής γάζας», προϋπολογισμού 123.893,80€ μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. (εκατόν είκοσι τρεις χιλιάδες οχτακόσια ενενήντα τρία ευρώ και ογδόντα λεπτά), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής.

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 25.07.2019 με Α.Δ.Α.Μ. 2019-07-25, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4. Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας των προς ανάθεση συμβάσεων και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας,

Αριθμός απόφασης: 1134/2019

εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε στις 26.08.2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη φέρουσα ψηφιακή υπογραφή ημερομηνίας 24.08.2019. Ο δε προσφεύγων απέστειλε στην ΑΕΠΠ την υπό εξέταση προσφυγή στις 24.08.2019 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

6. Επειδή, στις 26.08.2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε την υπό εξέταση παρέμβαση του στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 03.09.2019, ήτοι εμπρόθεσμα, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου το οποίο νομίμως υπέγραψε, και κοινοποίησε την παρέμβαση του στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

8. Επειδή, με την με αρ. 1343/29.08.2019 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις οικείες απόψεις της με το με αρ. πρωτ. 12637/05.09.2019 έγγραφό της, ήτοι εμπροθέσμως. Αναφορικά με τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας το οποίο σώρευσε ο προσφεύγων στην προσφυγή του, αυτό κατέστη άνευ αντικειμένου προ της παρέλευσης της προθεσμίας έκδοσης απόφασης εκ μέρους της ΑΕΠΠ, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή, ανέστειλε

την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και του Π.Δ/τος 39/2017.

10. Επειδή, ο προσφεύγων, ο οποίος δραστηριοποιείται στο χώρο της Υγείας και προμηθεύει με φαρμακευτική γάζα τα της Ελλάδας, επιθυμεί, κατά δήλωση του να συμμετάσχει στον ως άνω διαγωνισμό, με σκοπό την ανάθεση της εν λόγω προμήθειας στον ίδιο, καθώς, ομοίως κατά δήλωση του διαθέτει όλα τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη τυπικά και ουσιαστικά προσόντα. Ωστόσο, ως ισχυρίζεται, στην εν λόγω διακήρυξη, ήτοι σε ορισμένους όρους αυτής που περιγράφει αναλυτικά έχουν εμφιλοχωρήσει σφάλματα και πλημμέλειες που παραβιάζουν το οικείο νομοθετικό πλαίσιο, εθνικού και ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων, καθώς η αναθέτουσα αρχή, εσφαλμένως, κατάρτισε τους όρους αυτούς, οι οποίοι όροι είναι αόριστοι, κατά τους ισχυρισμούς του, και καθιστούν τη συμμετοχή του στον εν θέματι διαγωνισμό ιδιαιτέρως δυσχερή. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι η συμμετοχή του καθίσταται ιδιαιτέρως δυσχερής λόγω συγκεκριμένων, προσβαλλόμενων με την παρούσα, όρων της ως άνω διακήρυξης και συγκεκριμένα εξαιτίας των αόριστων και μη ειδικώς καθοριζόμενων απαιτούμενων τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια ειδών που παραπέμπουν σε προδιαγραφές οι οποίες δεν υπάρχουν σε κανένα σημείο της διακήρυξης με τέτοιο τρόπο ώστε να είναι αδύνατο να υποβάλλει προσφορά που να μπορεί να συγκριθεί με προσφορές άλλων συμμετεχόντων. Επίσης, ισχυρίζεται ότι, ενώ όλες οι προδιαγραφές αφορούν φαρμακευτική γάζα σε διάφορες διαστάσεις, οι προδιαγραφές διαφέρουν από είδος σε είδος ενώ κατά την άποψη του, θα ήταν αυτονόητο να υπήρχε μία ίδια προδιαγραφή για όλα τα είδη αφού παράγονται από το ίδιο ύφασμα γάζας και να αλλάζει μόνο η διάσταση.

11. Επειδή, ο παρεμβαίνων, ο οποίος δραστηριοποιείται στον οικείο

χώρο, και ο οποίος κατά δήλωση του επιθυμεί να υποβάλλει προσφορά στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ισχυρίζεται, ομοίως ότι επιθυμεί να υποβάλει προσφορά και εν προκειμένω για τα είδη με α/α 1 έως 8, στα οποία αφορά και υπό κρίση προσφυγή και αιτείται την απόρριψη της καταρχήν απαράδεκτης λόγω εκπρόθεσμης άσκησης της, αφού σύμφωνα με την ίδια την προσφεύγουσα αυτή έλαβε γνώση της διακήρυξης στις 26.07.2019, οπότε κατά τους ισχυρισμούς του, ακόμα κι αν εφαρμοζόταν το τεκμήριο γνώσης, ως προς τη διακήρυξη, του άρθρου 361, σύμφωνα με το οποίο η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά το πέρασ 15 ημέρων από την ανάρτησή της στο ΚΗΔΜΗΣ, όπου μετά το διάστημα αυτό εκκινεί το 10ήμερο της προθεσμίας, και πάλι η προσφυγή είναι εκπρόθεσμη αφού θα έπρεπε να έχει ασκηθεί το αργότερο έως τις 19.08.2019 (ημέρα Δευτέρα). Επίσης, ισχυρίζεται ότι ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος, αφού στην προσφυγή ουδόλως διαλαμβάνεται ποια είναι η βλάβη που προκαλείται στον προσφεύγοντα από τους προσβαλλόμενους όρους και πως οι όροι αυτοί ενδέχεται να τον θέσουν εκτός διαγωνισμού για τα είδη που προσφέρει, αφού: α) ως προς τη μη συμπερίληψη στη διακήρυξη προδιαγραφών, στις οποίες παραπέμπει, δεν του προκαλείται βλάβη αφού είναι προφανές ότι αυτές δεν είναι δεσμευτικές και επομένως δεν τίθεται ζήτημα βλάβης (πχ. προδιαγραφές που δεν πληροί και θα μπορούσαν να την θέσουν εκτός διαγωνισμού), β) το γεγονός ότι η διακήρυξη δεν κάνει ειδική μνεία σε διεθνή ή εθνικά πρότυπα για τη φαρμακευτική γάζα και στη σήμανση CE και πάλι δεν προξενεί καμία βλάβη στην προσφεύγουσα, η οποία μάλιστα φέρεται να διαθέτει σήμανση CE και γ) τα ίδια ισχύουν και για όσα αναφέρει σχετικά με τη διαβούλευση των τεχνικών προδιαγραφών. 2.3. Επομένως, καταλήγει, ο παρεμβαίνων, ότι εκτός από απαράδεκτη η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή είναι και αβάσιμη, παρέχοντας προς τούτο σχετικές αιτιάσεις.

12. Η αναθέτουσα αρχή με τις από 05.09.2019 οικείες απόψεις της οι οποίες εκπορεύονται από την Επιτροπή Κατάρτισης Τεχνικών Προδιαγραφών προμήθειας Ιατρικής Γάζας, ισχυρίζεται ότι, για τον Λόγο Προσφυγής Γ, γενικές προδιαγραφές της βαμβακερής απορροφητικής γάζας 1 (1.1,1.2,1.3,1.4), εκ

παραδρομής δεν αναφέρθηκε με σαφήνεια ότι αφορούν σε όλους τους κωδικούς που αναφέρονται σε φαρμακευτικές γάζες. Επομένως αφορούν και τα είδη 4,5,6,8 της διακήρυξης. Για το Λόγο Προσφυγής Δ, που αφορά στη σήμανση CE, εκ παραδρομής δεν αναφέρθηκε με σαφήνεια ότι αφορά σε όλους τους κωδικούς που αναφέρονται σε φαρμακευτικές γάζες. Επομένως, και σε αυτήν την περίπτωση συμπεριλαμβάνεται σε όλα τα είδη.

13. Επειδή, το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών (βλ. ενδεικτικά C-470/99, *Universale-Bau*, Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 74 και της 19ης Ιουνίου 2003, *Fritsch, Chiari & Partner*, κλπ, C-410/01, Συλλογή 2003, σ. I6413, σκέψη 30). Ως δε ως έχει κριθεί από το ΔΕΕ, δεν απαγορεύεται εθνική ρύθμιση η οποία προβλέπει ότι η προσφυγή κατ' αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ασκείται εντός της ταχθείσας προς τούτο προθεσμίας και ότι οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι που επικαλούνται πλημμέλεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, προς στήριξη της προσφυγής τους, πρέπει να προβάλλουν την εν λόγω πλημμέλεια εντός της ίδιας προθεσμίας, διότι άλλως θα απωλέσουν το σχετικό δικαίωμά τους, με αποτέλεσμα, αν παρέλθει η προθεσμία αυτή, δεν είναι δυνατή ούτε η προσβολή της εν λόγω αποφάσεως ούτε η προβολή της εν λόγω πλημμέλειας (βλ. Απόφαση της 11ης Οκτωβρίου 2007, C 241/06, *Lämmerzahl*, Συλλογή 2007, σ. I 8415, σκέψη 50 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Επομένως, η θέσπιση εύλογων και γνωστών εκ των προτέρων προθεσμιών, προφανώς δεν περιορίζει την πρακτική αποτελεσματικότητα της δικονομικής Οδηγίας αλλά σε πολλές περιπτώσεις συνάδει στην σκοπούμενη επιτάχυνση και συνακόλουθα αποτελεσματικότητα της παροχής έννομης προστασίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων (βλ. Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη «Η παροχή έννομης προστασίας στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων βάσει των "δικονομικών οδηγιών" <https://pergamos.lib.uoa.gr/uoa/dl/object/2289026>) .

14. Επειδή 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: «1. 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».

15. Επειδή το άρθρο 361 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Προθεσμία άσκησης της προσφυγής» αναφέρει τα εξής : «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. 2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης».

16. Επειδή το άρθρο 4 του ΠΔ 39/2017 με τίτλο «Προθεσμία άσκησης προσφυγής» ορίζει ρητώς ότι : «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της

προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή με τηλεομοιοτυπία (άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' ν. 4412/2016) ή β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας (άρθρο 361 παρ. 1 περ. β' ν. 4412/2016), άλλως γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δέκα πέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' ν. 4412/2016). 2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επόμενη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης (άρθρο 361 παρ. 2 ν. 4412/2016)».

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 36 «Υποχρέωση χρήσης – Λειτουργία ΕΣΗΔΗΣ» του ν. 4412/2016 ορίζεται: «1. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. 2. Το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. οφείλει να συμμορφώνεται με: α) τις απαιτήσεις του Παραρτήματος IV του Προσαρτήματος Α' και β) τους κανόνες του παρόντος άρθρου και των άρθρων 22 και 37. Πέραν των ανωτέρω το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. οφείλει να τηρεί τα οριζόμενα: α) στο ν. 3979/2011 (Α' 138) και στην κατ' εξουσιοδότηση αυτού εκδοθείσα νομοθεσία, ιδίως στο Πλαίσιο Παροχής Υπηρεσιών Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (ΠΗΔ), το οποίο κυρώθηκε με την ΥΑΠ/Φ.40.4/1/989/2012 απόφαση του Υφυπουργού Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (Β' 1301) και β) στο π.δ. 25/2014 (Α' 44). [...]».

5. Με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού ρυθμίζονται, για τις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, τα τεχνικά ζητήματα που αφορούν: α) τη λειτουργία της ηλεκτρονικής πύλης ΕΣΗΔΗΣ, τη δομή και το

περιεχόμενό της, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 3979/ 2011 και του ΠΗΔ, τη διαβάθμιση των χρηστών, τον τρόπο πρόσβασης και μελέτης των εγγράφων των διαγωνισμών και τη δημιουργία και χορήγηση αντιγράφων με χρήση ΤΠΕ, τα αντίστοιχα αναγνωριστικά και διαπιστευτήρια και τα ειδικότερα θέματα και μεθόδους εγγραφής, αυθεντικοποίησης, την πολιτική ασφάλειας του δικτυακού τόπου και την εφαρμογή της κείμενης νομοθεσίας για την προστασία προσωπικών δεδομένων των χρηστών του ΕΣΗΔΗΣ,γ) τους όρους και τις προϋποθέσεις για την υποβολή, τη γνωστοποίηση, τη διακίνηση εγγράφων μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, τον τύπο και το περιεχόμενό τους, τον προσδιορισμό του χρόνου αποστολής ή παραλαβής και τον υπολογισμό των προθεσμιών, τεκμήρια γνωστοποίησης και απόκτησης πρόσβασης από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, καθώς και τον τρόπο και την απόδειξη πρόσβασης σε έγγραφα μέσω του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. και χορήγησης αντιγράφων,ε) τους όρους και προϋποθέσεις που εξασφαλίζουν, σε τεχνικό επίπεδο, την αδιάλειπτη και ορθή λειτουργία του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στη Γενική Γραμματεία Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού». [...]

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 37 «Πολιτική ασφάλειας ΕΣΗΔΗΣ» (άρθρο 22 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Το επίπεδο ασφαλείας του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. πρέπει να είναι ανάλογο προς τους κινδύνους. 2. Στα εργαλεία και τις συσκευές για την ηλεκτρονική διαβίβαση και παραλαβή προσφορών, καθώς και για την ηλεκτρονική παραλαβή αιτήσεων συμμετοχής πρέπει: α) να είναι διαθέσιμες στους ενδιαφερομένους οι πληροφορίες σχετικά με τις προδιαγραφές για την ηλεκτρονική υποβολή προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, συμπεριλαμβανομένης της κρυπτογράφησης και της χρονοσήμανσης, 2.[...] 3. Οι υπηρεσίες χρονοσήμανσης παρέχονται, σύμφωνα με τις διατάξεις της ΥΑΠ/Φ.40.4/163/2013 (Β´ 401) απόφασης του Υφυπουργού Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης, από τρίτους, εθνικούς ή αλλοδαπούς φορείς, πιστοποιημένους από τις αντίστοιχες αρμόδιες αρχές για την παροχή τέτοιων υπηρεσιών και διασυνδεδεμένους με τον εθνικό χρόνο. **Η**

*παροχή των υπηρεσιών χρονοσήμανσης αποδεικνύεται με σχετική ηλεκτρονική επιβεβαίωση λήψης των υπηρεσιών αυτών των φορέων προς το χρήστη, η οποία διαβιβάζεται στο χρήστη μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, με κρυπτογραφημένο τρόπο και η οποία επέχει θέση εγγράφου με βέβαιη χρονολογία. Δεν επιτρέπεται στην αναθέτουσα αρχή ή στη Γενική Γραμματεία Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η παρέμβαση στη διαδικασία χρονοσήμανσης, όπως περιγράφεται ανωτέρω. **4. Σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ**, η οποία οφείλεται σε γεγονότα ανωτέρας βίας, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει άμεσα όλα τα απαιτούμενα μέτρα κυρίως για την τήρηση του ελάχιστου διαστήματος για την υποβολή των προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής, όπως ιδίως η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας και η σχετική δημοσίευσή της. Η ανωτέρω αδυναμία πιστοποιείται από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Υποστήριξης του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και, στη συνέχεια, με αιτιολογημένη απόφασή της, η αναθέτουσα αρχή ρυθμίζει τα της συνέχειας του διαγωνισμού. **5. Οι χρήστες αποκτούν δικαίωμα χρήσης του ΕΣΗΔΗΣ, εφόσον διαθέτουν τα ανάλογα διαπιστευτήρια που απαιτούνται, σύμφωνα με την απόφαση της παραγράφου 5 του άρθρου 36».***

19. Επειδή κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 36 του ν. 4412/2016 εκδόθηκε η με αρ. 56902/215/19.05.2017 ΥΑ «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.)» (Β'1924/2.6.2017) στην οποία ορίζεται : Άρθρο 8 «Επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων» [...]2. Τα σχετικά στοιχεία αποστολής, κοινοποίησης, υποβολής ή ανάρτησης που αποτυπώνονται στις αντίστοιχες οθόνες της διεπαφής του χρήστη, και ειδικότερα ο καταγεγραμμένος χρόνος αυτών, αποτελούν απόδειξη επικοινωνίας και διακίνησης εγγράφων μέσω του Συστήματος. **Οι σχετικές προθεσμίες αρχίζουν την επομένη της ημέρας της προαναφερθείσας κατά περίπτωση αποστολής, κοινοποίησης ή**

*υποβολής και λήγουν όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και, αν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη». [...], άρθρο 9 Χρονοσήμανση «Άρθρο 9 Χρονοσήμανση» Οι υπηρεσίες χρονοσήμανσης παρέχονται, σύμφωνα με τις διατάξεις της υπουργικής απόφασης ΥΑΠ/Φ.40.4/163/2012 του Υφυπουργού Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (Β` 401) από τρίτους εθνικούς ή αλλοδαπούς φορείς υποχρεωτικά πιστοποιημένους από τις αντίστοιχες αρμόδιες αρχές για την παροχή τέτοιων υπηρεσιών και διασυνδεδεμένους με τον εθνικό χρόνο. Η παροχή των υπηρεσιών χρονοσήμανσης αποδεικνύεται με σχετική ηλεκτρονική επιβεβαίωση λήψης των προαναφερόμενων φορέων προς τον χρήστη των υπηρεσιών αυτών, η οποία διαβιβάζεται στον χρήστη μέσω του ΕΣΗΔΗΣ με ασφαλή κρυπτογραφημένο τρόπο και η οποία επέχει θέση εγγράφου βέβαιης χρονολογίας. Δεν επιτρέπεται στην αναθέτουσα αρχή/ αναθέτοντα φορέα ή στη ΓΓΕΠΚ η παρέμβαση στη διαδικασία χρονοσήμανσης, όπως περιγράφεται ανωτέρω» [...] **Άρθρο 19 Προδικαστικές Προσφυγές-Ενστάσεις 1. Προδικαστικές Προσφυγές 1.1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 2 του παρόντος, οι Προδικαστικές Προσφυγές του Βιβλίου IV του ν.4412/2016, κατατίθενται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Συστήματος, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, επιλέγοντας κατά περίπτωση την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF), το οποίο φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8. Τα σχετικά παράβολα κατατίθενται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 7 της παρούσας.»***

20. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 120 «Έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης» του ν. 4412.2016, ορίζεται ότι: «1. Για συμβάσεις κάτω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας.....νοείται η ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ».

21. Επειδή στο άρθρο 10 του Ν. 2690/1999 «Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας» με τίτλο «Προθεσμίες προς ενέργεια» ορίζεται ότι «1. Οι προθεσμίες για την υποβολή αίτησης, Αναφοράς, δήλωσης ή άλλου εγγράφου του ενδιαφερομένου, καθώς και για οποιαδήποτε άλλη ενέργειά του είναι αποκλειστικές, εκτός αν χαρακτηρίζονται ενδεικτικές από τις διατάξεις που τις προβλέπουν.» (βλ. αναφορικά με την έναρξη της αποκλειστικής προθεσμίας ΑΕΔ 2/1999, ΣτΕ 2841/1984 κ.α αλλά και άρθρο 19 του ΚΔΔσίας).

22. Επειδή, από το συνδυασμό των διατάξεων της παρ. 1 του άρθρου 361 του ν. 4412/2016, των εννοιολογικά ταυτόσημων διατάξεων του π.δ/τος 39/2017 και του άρθρου 8 της ΥΑ με αρ. 56902/215/19.05.2017, προκύπτει ότι, η προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης άρχεται από τη δημοσίευση της στο ΚΗΜΔΗΣ, όπου ο εκάστοτε ενδιαφερόμενος ο οποίος θίγεται από όρους διακήρυξης που βλάπτει τα συμφέροντα του, οφείλει εντός δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης να ασκήσει προσφυγή κατά αυτής. Εν προκειμένω, η πλήρης γνώσης στην περίπτωση προσβολής όρων διακήρυξης τεκμαίρεται, μετά την πάροδο 15 ημερών, από τη δημοσίευση της. Ουδόλως, δε, χαρακτηρίζονται οι οικείες προθεσμίες ως ενδεικτικές, επομένως οι οικείες προθεσμίες είναι αποκλειστικές (βλ. την προηγούμενη σκέψη), ομοίως δεν ορίζεται ότι αφορά σε εργάσιμες ημέρες, οπότε είναι ημερολογιακές, στοιχείο που, άλλωστε, εξειδικεύεται και στο άρθρο 8 της ως άνω ΥΑ. Ειδικότερα, στο άρθρο 8 ορίζεται, ότι οι σχετικές προθεσμίες αρχίζουν την επομένη της ημέρας κατά την οποία έλαβε γνώση ο ενδιαφερόμενος και λήγουν όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και, αν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη. Περαιτέρω, κατ' άρθρο 19 της ίδιας ΥΑ, οι Προδικαστικές Προσφυγές του Βιβλίου IV του ν.4412/2016, όπως εν προκειμένω, κατατίθενται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Συστήματος, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Επομένως, πλην περιπτώσεων βλάβης του ΕΣΗΔΗΣ, που πιστοποιείται ειδικά από την αρμόδια Υπηρεσία, κατά τα ως άνω (βλ. σκέψη 18 της παρούσας), η

προσφυγή, υποχρεωτικά κατατίθεται στο ΕΣΗΔΗΣ στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (βλ. σκέψη 19 της παρούσας), η δε ημερομηνία κατάθεσης της, προκύπτει από τον διαδικτυακό τόπο διενέργειας του διαγωνισμού, ήτοι το ΕΣΗΔΗΣ, οι υπηρεσίες χρονοσήμανσης του οποίου, αποδεικνύονται με σχετική ηλεκτρονική επιβεβαίωση λήψης των υπηρεσιών αυτών των φορέων προς το χρήστη, η οποία διαβιβάζεται στο χρήστη μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, με κρυπτογραφημένο τρόπο και **η οποία επέχει θέση εγγράφου με βέβαιη χρονολογία.**

23. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής τους από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, οι προυποθέσεις παραδεκτού της προδικαστικής προσφυγής, μεταξύ των οποίων και η εμπρόθεσμη άσκηση της, ελέγχονται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. κατ' αναλογία ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα).

24. Επειδή, ως ρητά αναγράφει στην προσφυγή του ο προσφεύγων, στο οικείο πεδίο του τυποποιημένου εντύπου, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης στις 26.07.2019, ενώ παράλληλα η επίμαχη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 25.07.2019. Περαιτέρω, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, η προσφυγή κατατέθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 26.08.2019, στοιχείο που επέχει θέση εγγράφου με βέβαιη χρονολογία. Επομένως, εκπρόθεσμα ο προσφεύγων στρέφεται κατά της ανωτέρω Διακήρυξης, ήτοι πέραν της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού, ακόμα κι αν εφαρμοζόταν το τεκμήριο γνώσης, ως προς τη διακήρυξη, του άρθρου 361, σύμφωνα με το οποίο η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά το πέρασ 15 ημέρων από την ανάρτησή της στο ΚΗΔΜΗΣ, όπου μετά το διάστημα αυτό εκκινεί το 10ήμερο της προθεσμίας, και πάλι η προσφυγή είναι εκπρόθεσμη αφού θα έπρεπε να έχει ασκηθεί το αργότερο έως τις 19.08.2019 (ημέρα Δευτέρα. Συνεπώς, σε συνέχεια όσων αναφέρθηκαν στη σκέψη 22 της παρούσας, η υπό εξέταση προδικαστική

προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, ως απαράδεκτη λόγω εκπρόθεσμης άσκησης της.

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, παρέλκει, ελλείπει αντικειμένου, η εξέταση της ασκηθείσας παρέμβασης, καθόσον σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016 αναφορικά με την ενώπιον της ΑΕΠΠ άσκηση παρέμβασης, σαφώς αναγράφεται ότι ασκείται για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης, αποσκοπεί ειδικότερα, στην απόκρουση της Προδικαστικής Προσφυγής και των λόγων που προβάλλονται με αυτήν.

26. Επειδή, σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον Προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης, περί υπάρξεως πλημμελειών κατά τη διοικητική διαδικασία ή περί παράβασης νόμου, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, ανάγονται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής. Συνιστά, δε, έτερο ζήτημα η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, βάσει της αρχής της νομιμότητας, να ανακαλέσει – εφόσον κρίνει ότι συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις – τυχόν παράνομη διοικητή πράξη (βλ. ΣτΕ 4026/2008).

27. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

28. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, πρέπει να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή ομοίως και η παρέμβαση.

29. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο 363 Ν. 4412/2016, βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 122/2017 σκ. 8).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 1134/2019

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 01.10.2019 και εκδόθηκε την 04.10.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΧΑΡΑΛΑΜΠΟΠΟΥΛΟΥ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ