

**Η**  
**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**  
**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Μαρτίου 2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 19.02.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/231/21.02.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της «.....» (.....) [εφεξής αναθέτων φορέας].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .... Διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα, με αντικείμενο την προμήθεια «.....», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 21.000.000,00€ πλέον ΦΠΑ. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διενέργειας του Διαγωνισμού μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. .... Διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, για την

προμήθεια «.....», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 21.000.000,00€ πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, η οποία προσδιορίζεται με βάση το προδιαγραφόμενο συνολικό κόστος κατοχής του αυτομετασχηματιστή, συνυπολογίζοντας το κόστος απωλειών, ανταλλακτικών κλπ. Η εν λόγω Πρόσκληση καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 04.02.2019 με ΑΔΑ: ....., αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του αναθέτοντος φορέα την ίδια ημέρα και απεστάλη, μέσω της διαδικτυακής πύλης [simap.europa.eu](http://simap.europa.eu), για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στις 31.01.2019. Η διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται ηλεκτρονικά, μέσω της πλατφόρμας ηλεκτρονικών διαγωνισμών της εταιρείας cosmoONE, δυνάμει σχετικής απόφασης εξαίρεσης του αναθέτοντος φορέα από το ΕΣΗΔΗΣ (ΑΔΑ:.....). Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών καθώς και αποσφράγισης αυτών ορίστηκε η 13.03.2019 και ώρα 10.00 π.μ.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αριθμ. .... Διακήρυξης, ισχυριζόμενη ότι είναι παράνομος ο όρος του τελευταίου εδαφίου της πρώτης παραγράφου του άρθρου 6 «Δικαίωμα Συμμετοχής στη Διαδικασία», με τον οποίο διευκρινίζεται ότι δεν αποκλείονται σε καμία περίπτωση χώρες που είναι σε διαδικασία υπογραφής σύμβασης κατά το στοιχείο (γ), συμπεριλαμβανομένων των παρατηρητών – observers – καθώς και χώρες που έχουν υπογράψει συμφωνίες προώθησης και αμοιβαίας προστασίας επενδύσεων ή ανάλογες οικονομικές συμφωνίες / συμβάσεις με την Ελλάδα. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 255 και 314 του Ν. 4412/2016, ισχυριζόμενη ότι με την προσβαλλόμενη πράξη καθώς και με τις προγενέστερες αποφάσεις της ΑΕΠΠ, 3/2018 (Επταμελούς Σύθεσης) και 60/2019, έχει γίνει εσφαλμένη ερμηνεία των διατάξεων αυτών, με αποτέλεσμα – κατά τους ισχυρισμούς της- να διευρύνεται παρανόμως το δικαίωμα συμμετοχής στις διαγωνιστικές διαδικασίες οικονομικών φορέων προερχόμενων από τρίτες χώρες.

4. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, με τις από 25.02.2019 Απόψεις του αιτείται την απόρριψη της Προσφυγής και του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων, επικαλούμενος τους εξής λόγους: 1) Ότι από τη συστηματική αλλά και την τεολογική ερμηνεία του άρθρου 255 του Ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με το άρθρο 314, προκύπτει ευθέως η νομιμότητα του προσβαλλόμενου όρου. 2) Ότι σε κάθε περίπτωση οι προγενέστερες αποφάσεις της ΑΕΠΠ 3/2018 (Επταμελούς Σύθεσης) και 60/2019 έχουν δημιουργήσει δεδικασμένο, το οποίο – κατά τον αναθέτοντα φορέα – απαραδέκτως βάλλεται από την υπό κρίση Προσφυγή. 3) Ότι η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος, καθώς δεν εμποδίζεται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, δεν αποδεικνύει τη βλάβη της από τον συγκεκριμένο όρο και δεν έχει εκδηλώσει ενδιαφέρον να συμμετάσχει, καθώς δεν έχει εγγραφεί στον διαγωνισμό μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας. 4) Ότι ανεπικαίρως προσβάλλει τον συγκεκριμένο όρο, δεδομένου ότι το ζήτημα έχει ήδη κριθεί και μάλιστα σε μείζονα σύνθεση. 5) Ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις λήψης προσωρινών μέτρων.

5. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ....., ποσού ευρώ δεκαπέντε χιλιάδων (€15.000,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

6. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 21.000.000,00€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά την 26.06.2017.

7. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εκπρόθεσμα, δηλαδή μετά την παρέλευση της 10ήμερης προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017,

από την πλήρη, πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης πράξης από την προσφεύγουσα, η οποία κατά δήλωσή της έλαβε χώρα την 04.02.2019 (όπως αναφέρεται στη σελ. 3 της Προσφυγής) ή την 06.02.2019 (όπως αναφέρεται στη σελ. 4 της Προσφυγής). Ειδικότερα, ακόμη και υπό την ευνοϊκότερη εκδοχή ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της Διακήρυξης την 06.02.2019 και, δεδομένου ότι η 10η ημέρα από την επομένη της ημερομηνίας αυτής (ήτοι η 16.02.2019) ήταν ημέρα Σάββατο, θα πρέπει να θεωρηθεί ότι η εν λόγω προθεσμία παρεκτάθηκε έως την 18.02.2019. Ωστόσο η εν λόγω Προσφυγή ασκήθηκε την 19.02.2019 και ώρα 15.59, ήτοι μία ημέρα μετά την παρέλευση της ήδη παρεκταθείσας προθεσμίας, η οποία εκκινεί από την πλήρη, πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης πράξης. Εν προκειμένω, η ημερομηνία πλήρους, πραγματικής γνώσης της προσβαλλόμενης Διακήρυξης προκύπτει από τη δεσμευτική δήλωση της προσφεύγουσας και μάλιστα, έχοντας λάβει υπόψη την επεικέστερη από τις 2 ημερομηνίες που δηλώθηκαν στην Προσφυγή (04.02.2019 και 06.02.2019), ώστε να μην καταλείπεται αμφιβολία περί του εκπροθέσμου της υποβολής. Επισημαίνεται ότι το τεκμήριο πλήρους γνώσης της προσβαλλόμενης πράξης μετά την πάροδο δέκα πέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων, το οποίο προβλέπεται στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) δεύτερο εδάφιο του Π.Δ. 39/2017, εφαρμόζεται εφόσον δεν προκύπτει με άλλο τρόπο η πραγματική γνώση, ενώ εν προκειμένω προκύπτει από τη δήλωση της ίδιας της προσφεύγουσας.

8. Επειδή, επιπροσθέτως, η υπό κρίση Προσφυγή ασκήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, το οποίο εστάλη την 19.02.2019 και ώρα 15.59, ενώ η διαγωνιστική διαδικασία διενεργείται ηλεκτρονικά, μέσω της πλατφόρμας ηλεκτρονικών διαγωνισμών της εταιρείας cosmoONE, δυνάμει σχετικής απόφασης εξαίρεσης του αναθέτοντος φορέα από το ΕΣΗΔΗΣ (ΑΔΑ:.....). Ειδικότερα, στο άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017 προβλέπεται ότι η προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ καθώς και ότι ως ημερομηνία υποβολής της

προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Ομοίως, στο άρθρο 19 παρ. 3 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι: *«Η προδικαστική προσφυγή, με βάση και τα όσα προβλέπονται στο π.δ. 39/2017, κατατίθεται ηλεκτρονικά βάσει του τυποποιημένου εντύπου και μέσω της λειτουργικότητας “Επικοινωνία” του ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ προς τον Αναθέτοντα Φορέα, επιλέγοντας κατά περίπτωση την ένδειξη “Προσφυγές” και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο»*. Ωστόσο, όπως προκύπτει από την επισκόπηση της ένδειξης «Προσφυγές» μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ της πλατφόρμας της cosmoONE, η υπό κρίση Προσφυγή ουδέποτε αναρτήθηκε στην πλατφόρμα.

9. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. λήψης απόφασης παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

10. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη αφενός την εκπρόθεσμη άσκηση της Προσφυγής και αφετέρου την παράλειψη άσκησής της μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας διενέργειας του διαγωνισμού, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων απαραδέκτως φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να απορριφθεί.

**Για τους λόγους αυτούς**

**Αριθμός απόφασης: Α 100/2019**

Απορρίπτει το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 04.03.2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κουρή Σταυρούλα**

**Νικολαΐδου Ανθούλα**