

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 17.01.2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Αργυρώ Τσουλούφα, Εισηγήτρια και Νικόλαο Σαββίδη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.12.2018 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1361/21.12.2018 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στην επί της οδού αρ. ... και ... αρ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του, που εδρεύει στο, επί της, και της με αριθμό(εφεξής «προσβαλλόμενη») απόφασης του ενιαίου Δ.Σ. τουπερί αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, σύμφωνα με την οποία κρίθηκε εντός τεχνικής αξιολόγησης το προσφερόμενο από την εταιρεία «.....» υλικό για το είδος με α/α 22 της διακήρυξης, στο πλαίσιο διενέργειας ανοικτού ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού Άνω των Ορίων Διαγωνισμού με σφραγισμένες προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την προμήθεια Καθετήρων, προϋπολογισθείσας δαπάνης 99.996,56€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για τις ανάγκες του

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, ανώνυμης εταιρείας, με την επωνυμία «.....», η οποία κατέθεσε την από 04.01.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση, που εδρεύει στα, επί της οδού αρ...., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «παρεμβαίνων» ή «παρεμβαίνουσα»), ο

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

οποίος επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας, να απορριφθεί και να τεθεί εκτός τεχνικής αξιολόγησης η τεχνική προσφορά της εταιρείας «.....» για το προσφερόμενο από την τελευταία υλικό για το είδος με α/α 22 της διακήρυξης, λόγω έλλειψης κύριας τεχνικής προδιαγραφής και να αποκλειστεί η παραπάνω εταιρεία από την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας για το είδος με α/α 22 της διακήρυξης.

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ.Διακήρυξη του προκηρύχθηκε διεθνής, ανοικτός, ηλεκτρονικός, διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου για την προμήθεια «.....(CPV) για την κάλυψη των αναγκών τουγια ένα έτος, προϋπολογισθείσας δαπάνης 82.504,28€ χωρίς ΦΠΑ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά μόνο βάσει τιμής, η οποία είχε αποσταλεί για δημοσίευση στην Εφημερίδα της Ένωσης στις 23/10/2017 και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 30.10.2017, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

2. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας, να απορριφθεί και να τεθεί εκτός τεχνικής αξιολόγησης η τεχνική προσφορά της εταιρείας «.....»

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

για το προσφερόμενο από την τελευταία υλικό για το είδος με α/α 22 της διακήρυξης, λόγω έλλειψης κύριας τεχνικής προδιαγραφής και να αποκλειστεί η παραπάνω εταιρεία από την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας για το είδος με α/α 22 της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, αναφέρει ότι: *Με την προσβαλλόμενη με την παρούσα υπ' αριθ.....απόφαση του ενιαίου Δ.Σ. τουπερί αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών κρίθηκε εντός τεχνικής αξιολόγησης το προσφερόμενο από την εταιρεία «.....» υλικό για το είδος με α/α 22 της διακήρυξης. Η εν λόγω κρίση είναι παντελώς εσφαλμένη, διότι το προσφερόμενο από την εταιρεία «.....» υλικό δεν πληροί την σαφή τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης, που απαιτεί αυτό να είναι 7,5 Fr. Από την ίδια την από 4-12-2017 τεχνική προσφορά της παραπάνω εταιρείας προκύπτει κατά τρόπο πρόδηλο και μη επιδεχόμενο κάποιας αμφισβήτησης ότι το προσφερόμενο από την τελευταία υλικό είναι εκτός των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης. Συγκεκριμένα στην σελίδα 7 της τεχνικής προσφοράς της παραπάνω εταιρείας αναφέρεται για το προσφερόμενο από την τελευταία είδος ότι αυτό είναι «...εύρους 7 έως 8,5 Fr». Η παραπάνω αναφορά είναι παντελώς αόριστη και παραπλανητική. Η όποια, όμως, αμφιβολία αίρεται στην συνέχεια της τεχνικής προσφοράς (βλέπετε σελίδα 8), όπου τα προσφερόμενα από την εν λόγω εταιρεία υλικά αναφέρεται ότι έχουν εύρος, είτε 7Fr, είτε 8,5 Fr και πάντως όχι 7,5 Fr, που θέτει ως τεχνική προδιαγραφή η διακήρυξη για το είδος με α/α 22.*

3. Επειδή, στις 02/01/2019 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε με ηλεκτρονικό μήνυμα στην ΑΕΠΠ τις από 02/01/2019 με αριθμό πρωτ. 31 απόψεις της, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017, όπου ισχυρίζεται ότι η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως εκπρόθεσμη.

4. Επειδή, η παρεμβαίνουσα εταιρεία «.....» μετά εννόμου συμφέροντος άσκησε εμπροθέσμως την από 04-01-2019 παρέμβασή της αιτούμενη την απόρριψη της εν λόγω προσφυγής αφενός ως

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

απαράδεκτης λόγω εκπρόθεσμης άσκησης και αφετέρου και ως αβάσιμης για τους λόγους που παραθέτει στην παρέμβασή της.

5. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 600.00€, το οποίο υπολογίζεται εν προκειμένω με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη άνευ ΦΠΑ της υπό ανάθεση σύμβασης (εκτιμώμενης αξίας 82.504,28€ άνευ ΦΠΑ) για την οποία ασκείται η παρούσα προσφυγή.

6. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 82.504,28 € χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου δημοσίευσης της Προκήρυξης στην Εφημερίδα της Ε.Ε. , σύμφωνα με τα άρθρα 120, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

8. Επειδή, με την από 28-11-2018 με αριθμό 1338 απόφασή της η αναθέτουσα αρχή ενέκρινε το από 05-07-2018 Πρακτικό Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής και το από 27-11-2018 Πρακτικό Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών της αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού.

9. Επειδή, ο προσφεύγων κατά δήλωσή του στο σώμα της προσφυγής του έλαβε γνώση στις 13-12-2019, χωρίς να αναφέρει ουδέν περαιτέρω σχετικά με τον τρόπο λήψης της ως άνω γνώσης.

10. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων της σύμβασης η ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες με μήνυμα μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 04-12-2018.

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

11. Επειδή, κατά της άνω πράξης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή με κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 20/12/2018, η οποία κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο επίσης την 20/12/2018.

12. Επειδή, στις 28/12/2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη από το άρθρο 9 παρ. 1 α κοινοποίηση του ΠΔ 39/2017 της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

13. Επειδή, στις 23 Ιανουαρίου 2019 η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού «Υπόμνημα», το οποίο αναφέρεται και συμπληρώνει το περιεχόμενο της υπό κρίση Προσφυγής, απατώντας σε ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας εταιρείας. Ωστόσο, το εν λόγω υποβληθέν υπόμνημα δεν λαμβάνεται υπόψη, καθόσον δεν προβλέπεται στο οικείο νομοθετικό (Ν. 4412/2016) και κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017).

14. Επειδή, στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 και δη όσον αφορά το άρθρο 361 αναφέρεται μεταξύ άλλων : *«...Με τις προτεινόμενες προθεσμίες επιτυγχάνεται πληρέστερη συμμόρφωση προς τις δικονομικές οδηγίες (Οδηγία 89/665/ΕΟΚ και 2007/66/ΕΚ), καθώς εγκαθιδρύεται ένα σαφές χρονικό πλαίσιο εντός του οποίου μπορεί να ασκηθεί η προδικαστική προσφυγή».*

15. Επειδή, με βάση το Άρθρο 22 του Ν. 4412/2016 «Κανόνες που εφαρμόζονται στις επικοινωνίες» (άρθρο 22 παράγραφοι 1- 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι *«1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 1 του άρθρου 36, όλες οι επικοινωνίες, καθώς και όλες οι ανταλλαγές πληροφοριών δυνάμει του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ιδίως η ηλεκτρονική υποβολή, εκτελούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του παρόντος άρθρου, των άρθρων 36 και 37 και του Παραρτήματος IV του Προσαρτήματος Α´...»*

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 36 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Υποχρέωση χρήσης – Λειτουργία ΕΣΗΔΗΣ» ορίζεται ότι «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).3. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων ρυθμίζονται τα τεχνικά ζητήματα που αφορούν την ανάθεση και εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών σχετικά με:α) τον προσδιορισμό του περιεχομένου, των κανόνων και λεπτομερειών χρήσης των επιμέρους εργαλείων του ΕΣΗΔΗΣ, όπως της διαδικτυακής διαχείρισης αιτημάτων και πληροφοριών, της χρήσης προτύπων και υποδειγμάτων, της ηλεκτρονικής κοινοποίησης, της διαδικασίας ηλεκτρονικής σύναψης των δημοσίων συμβάσεων που συνάπτονται, των ηλεκτρονικών καταλόγων, των ηλεκτρονικών πλειστηριασμών, των δυναμικών συστημάτων αγορών, των ηλεκτρονικών παραγγελιών, της ηλεκτρονικής τιμολόγησης, των ηλεκτρονικών πληρωμών, β) 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

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

χορήγησης αντιγράφων και [...]4. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, καθώς και του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, ρυθμίζονται τα τεχνικά ζητήματα που αφορούν τη διαλειτουργική σύνδεση του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. με την Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων της Αρχής και τα πληροφοριακά συστήματα των αναθετουσών αρχών, και των πάσης φύσεως φορέων του δημόσιου τομέα, όπως το Γενικό Εμπορικό Μητρώο, το Μητρώο Δεσμεύσεων του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους, τα σχετικά Μητρώα του Υπουργείου Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων (ΜΕΚ, ΜΕΕΠ, κ.λπ.), του Προγράμματος ΔΙΑΥΓΕΙΑ του ν. 3862/2010 (Α' 112), όπως εκάστοτε ισχύει, το Ολοκληρωμένο Πληροφοριακό Σύστημα παρακολούθησης συγχρηματοδοτούμενων έργων, και με κάθε άλλο πληροφοριακό σύστημα που κρίνεται απαραίτητο για την παρακολούθηση των δημοσίων συμβάσεων για ελεγκτικούς, δημοσιονομικούς, στατιστικούς και λοιπούς σκοπούς των φορολογικών ασφαλιστικών, δικαστικών και εισαγγελικών αρχών, καθώς, και με τα πληροφοριακά συστήματα της Ένωσης και άλλων κρατών-μελών».

17. Επειδή, με το άρθρο 37 παρ. 2 και 3 του Ν. 4412/2106 ορίζεται ότι : «1 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, β) να απαιτούνται προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές, όπως ορίζονται στο π.δ. 150/2001 (Α' 125). ..[...]«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

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

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».

18. Επειδή, το άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» προβλέπει ρητώς ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368. 2. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360, μπορεί να ασκήσει αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης και αίτηση για την ακύρωση της απόφασής της ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων, σύμφωνα με το άρθρο 372. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ δεχθεί την προδικαστική προσφυγή. 3. Διαφορές που προκύπτουν από την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου και αφορούν αξιώσεις αποζημίωσης εκδικάζονται από τα αρμόδια δικαστήρια, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 373».

19. Επειδή, το άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» ορίζει 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

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

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. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1».

20. Επειδή, με βάση το άρθρο 361 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Προθεσμία άσκησης της προσφυγής» ορίζεται 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 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».

21. Επειδή, με βάση το άρθρο 4 του ΠΔ. 39/2017 με τίτλο «προθεσμία άσκησης προσφυγής» προβλέπεται ομοίως 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

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

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)».

22. Επειδή, το άρθρο 8 παρ. 3 του ΠΔ. 39/2017 ορίζει ότι : « ... 3. Η προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού».

23. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 12 παρ. 1 του Π.Δ. 38/2017 «Κανονισμός λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/04.05.2017) ορίζεται ότι: «Για τα θέματα που δεν ρυθμίζονται με ειδικότερες διατάξεις στον παρόντα Κανονισμό, εφαρμόζονται επικουρικά οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, όπως ισχύει».

24. Επειδή, ενώ στο άρθρο 10 με τίτλο «προθεσμίες προς ενέργεια» του Ν. 2690/1999, ως ισχύει (Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας) ορίζεται ότι: «1. Οι προθεσμίες για την υποβολή αίτησης, αναφοράς, δήλωσης ή άλλου εγγράφου του ενδιαφερομένου, καθώς και για οποιαδήποτε άλλη ενέργεια του είναι αποκλειστικές, εκτός αν χαρακτηρίζονται ενδεικτικές από τις διατάξεις που τις προβλέπουν».....[...].7. «Για τον

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

υπολογισμό των προθεσμιών αν ειδικές διατάξεις δεν ορίζουν διαφορετικά, εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 241-246 του Αστικού Κώδικα» (βλ. και Α.Ι. Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό δίκαιο*, 5η έκδοση, 1996, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, σελ. 383).

25. Επειδή, τα άρθρα 240-242 ΑΚ ορίζουν τα εξής : το άρθρο 240 ότι «Στις προθεσμίες που καθορίζονται με νόμο, δικαστική απόφαση ή δικαιοπραξία ισχύουν οι ερμηνευτικές διατάξεις των άρθρων 241 έως 246, το άρθρο 241 «Έναρξη» ότι «Η προθεσμία αρχίζει την επόμενη της ημέρας όπου έγινε το γεγονός που αποτελεί την αφετηρία της...[.] και το άρθρο 242 «Λήξη» ότι «Η προθεσμία λήγει όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και αν είναι κατά νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επόμενη εργάσιμη».

26. Επειδή, η Απόφαση 56902/215/2-6-17 (ΦΕΚ 1924/Β' /2 Ιουνίου 17) «Τεχνικές Λεπτομέρειες και Διαδικασίες Λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ» που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του Ν. 4412/2016 (άρθρο 36) ορίζει ρητά στα άρθρα 8, 9 και 19 ότι : «8. *Επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων*» 1. Η διαδικασία επικοινωνίας, ενημέρωσης και διακίνησης εγγράφων πραγματοποιείται μέσω του Συστήματος κατά περίπτωση, με: • την αποστολή ή κοινοποίηση σχετικών στοιχείων με μηνύματα δια της λειτουργικότητας «Επικοινωνία». • την ανάρτηση σχετικών στοιχείων από τις αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένων Προκηρυγμένου Διαγωνισμού» του εκάστοτε διαγωνισμού • την υποβολή σχετικών στοιχείων από τους οικονομικούς φορείς στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς», ο οποίος περιλαμβάνει τους (υπό)φακέλους: - «Δικαιολογητικά Συμμετοχής -Τεχνική Προσφορά» - «Οικονομική Προσφορά»- «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου». 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

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

ολόκληρη η τελευταία ημέρα και, αν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη»... «άρθρο 9. Χρονοσήμανση. Οι υπηρεσίες χρονοσήμανσης παρέχονται, σύμφωνα με τις διατάξεις της υπουργικής απόφασης ΥΑΠ/Φ.40.4/1 63/2012 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. 1.2. Οι αναθέτουσες αρχές/ αναθέτοντες φορείς μέσω της λειτουργίας της «Επικοινωνίας»: • κοινοποιούν την προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην περ. α της παρ.1 του αρ. 365 του ν. 4412/2016. • διαβιβάζουν στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) τα προβλεπόμενα στην περ. β της παρ.1 του αρ. 365. του ν. 4412/2016.2. Έως την έναρξη ισχύος των παρ. 7 και 8 του άρθρου 379 του ν. 4412/2016 όπως

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

τροποποιήθηκε και ισχύει, ενστάσεις ή προδικαστικές προσφυγές υποβάλλονται ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργίας του Συστήματος «Επικοινωνία», συμπληρώνοντας την ειδική φόρμα 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. Η αναθέτουσα αρχή/ αναθέτων φορέας προβαίνει στην εξέταση των υποβληθέντων ενστάσεων ή προδικαστικών προσφυγών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων και των διαδικασιών της κατά περίπτωση αρμόδιας Αρχής. Ιδίως μέσω του Συστήματος: • Πιστοποιημένοι χρήστες του αρμόδιου για την εξέταση της ένστασης ή προδικαστικής προσφυγής οργάνου προβαίνουν στη διαδικασία ελέγχου και αξιολόγησης των ενστάσεων ή προδικαστικών προσφυγών και συντάσσουν και υπογράφουν τα πρακτικά επί αυτών. • Πιστοποιημένοι χρήστες της αναθέτουσας αρχής/ αναθέτοντα φορέα κοινοποιούν τις αποφάσεις επί των ενστάσεων ή προδικαστικών προσφυγών στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς».

27. Επειδή, είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο 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 προβάλουν την εν λόγω πλημμέλεια εντός της ίδιας προθεσμίας, διότι άλλως θα απολέσουν το σχετικό δικαίωμά τους, με αποτέλεσμα ότι, αν παρέλθει η προθεσμία αυτή, δεν είναι δυνατή ούτε η προσβολή της εν λόγω αποφάσεως ούτε η προβολή της εν λόγω πλημμέλειας, εφόσον η επίμαχη προθεσμία είναι εύλογη (Απόφαση της 11ης Οκτωβρίου 2007, C-241/06, Lämmerzahl, Συλλογή 2007, σ. I-8415, σκέψη 50 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

28. Επειδή, δυνάμει των ως άνω νομοθετικών προβλέψεων η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι αποκλειστική ή ανατρεπτική και η μη τήρησή της συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφυγής (Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, 2017, σελ. 853).

29. Επειδή, και με το προγενέστερο νομικό καθεστώς (ν. 3886/2010) η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής συνιστά προϋπόθεση παραδεκτής άσκησης κι έχει παγίως κριθεί ότι «δεν αναστέλλεται κατά τη διάρκεια των δικαστικών διακοπών (βλ. ΕΑ 888/2004, 365, 931/2007, 199/2009), δεν αναβιώνει σε περίπτωση μεταγενέστερης ρητής απορρίψεως της προδικαστικής προσφυγής με σχετική πράξη της αναθέτουσας αρχής, ούτε προσβάλλεται η πράξη αυτή αυτοτελώς με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων εντός νέας δεκαήμερης προθεσμίας, διότι σκοπός του νομοθέτη είναι η ταχεία επίλυση της διαφοράς και η περαιτέρω πρόοδος του διαγωνισμού (βλ. ΣτΕ 27/2017, ΔεΦ Πατρ. 39/2017, ΣτΕ 119/2014, 400/2014, Ε.Α. 119/2014, 427, 637/2012, 181, 796/2011)».

30. Επειδή, εν προκειμένω, η υπό εξέταση προσφυγή κατατέθηκε στις 20/12/2018, ήτοι 16 μέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον προσφεύγοντα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού που έλαβε χώρα στις 04-12-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α του Ν.4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α του ΠΔ 39/2017.

31. Επειδή, με βάση τις προπαρατεθείσες διατάξεις, η δεκαήμερη προθεσμία για την ηλεκτρονική υποβολή, μέσω του πληροφοριακού συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, της υπό εξέτασης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. έληξε στις 14/12/2018 και, ως εκ τούτου, είναι προδήλως απαράδεκτη λόγω της εκπρόθεσμης κατάθεσής της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και εν γένει της εν γένει εκπρόθεσμης άσκησής της. Περαιτέρω, η απλή δήλωση του προσφεύγοντα (σκ. 10) στην προσφυγή του ότι έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης στις 13-12-2018 προβάλλεται αορίστως και αναπόδεικτα και δεν μπορεί να γίνει δεκτή.

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

32. Επειδή, ακόμα και να ήθελε γίνει δεκτό το από 23/01/2019 υπόμνημα της προσφεύγουσας, τα όσα σε αυτό αναφέρονται περί δικαιολόγησης του εκπροθέσμου της υποβολής της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής δεν μπορούν να γίνουν δεκτά ως βάσιμα διότι ο μόνος λόγος που αιτιολογεί την εκπρόθεσμη υποβολή προδικαστικής προσφυγής είναι η ύπαρξη τεχνικού προβλήματος στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, κάτι το οποίο σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να επιβεβαιώνεται από το ίδιο το ΕΣΗΔΗΣ, γεγονός το οποίο δεν προκύπτει εν προκειμένω. Τα αναφερόμενα από τον προσφεύγοντα ότι το e-mail επικοινωνίας του (.....@.....gr) για τον συγκεκριμένο διαγωνισμό, στο οποίο απεστάλη η ειδοποίηση της ανάρτησης της προσβαλλόμενης απόφασης, είχε ήδη καταστεί ανενεργό από την 5-7-2018 από το ΕΒΕΑ, το οποίο σε όλα τα μέλη του είχε δώσει e-mail λογαριασμούς και λόγω των περιορισμών (για προσωπικά δεδομένα) από την εφαρμογή του κανονισμού GDPR δεν επιτρεπόταν να διαχειρίζεται πλέον τα e-mail των μελών του και εξαιτίας του παραπάνω γεγονότος δεν έλαβε γνώση της ειδοποίησης ανάρτησης της προσβαλλόμενης απόφασης από τον ΕΣΗΔΗΣ την 4-12-2018, απορρίπτονται ως αβάσιμα. Άλλωστε, λαμβανομένου υπόψη και του ευλόγου, κατά την κοινή αντίληψη, ενδιαφέροντος των διαγωνιζομένων για την τελική έκβαση του διαγωνισμού, η πάροδος απράκτου του οικείου απολύτως αναγκαίου χρόνου έχει ως αποτέλεσμα να μην κινείται πλέον παραδεκτώς η διαδικασία της προκείμενης έννομης προστασίας.

33. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

34. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 147 / 2019

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου (κωδικός ε-παραβόλου), ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 17 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στις 06 Φεβρουαρίου 2019.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης