

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 29 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια, σε αναπλήρωση του Μέλους 1^{ου} Κλιμακίου Σταυρούλας Κουρή, δυνάμει της υπ' αρ. 28/2022 Πράξης Προέδρου της ΕΑΔΗΣΥ, και Μαρία Μανδράκη, σε αναπλήρωση του Μέλους 1^{ου} Κλιμακίου Ελευθερίας Καλαμιώτη δυνάμει της υπ' αρ. 30/2022 Πράξης Προέδρου της ΕΑΔΗΣΥ, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.03.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 479/29.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «.....» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στ.., οδός ..., αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αρ. 100/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (εφεξής η «προσβαλλομένη»).

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του

Αριθμός απόφασης : 715/2022

Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.500,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ποσού 300.000,00€.

2. Επειδή, η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. πρωτ. ... Διακήρυξης Ανοικτής Διαδικασίας μέσω του ΕΣΗΔΗΣ για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗ ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΟΥ ΚΕΝΤΡΟΥ Δ.Ε...» με εκτιμώμενη αξία χωρίς ΦΠΑ 300.000,00€ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), σύμφωνα με το άρ. 14 της Διακήρυξης. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 14.12.2021, έλαβε ΑΔΑΜ ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ, που έλαβε συστημικό α/α ...

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ο Δήμος ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 με αποστολή με ηλεκτρονικό μήνυμα προς την ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ στις 28.03.2022, ήτοι την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα μετά την προθεσμία κατ' άρ. 361, παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρ. 4, παρ. 1 του π.δ. 39/2017, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε δια μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 15.03.2022.

5. Επειδή στις 04.04.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους ενδιαφερόμενους, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

Αριθμός απόφασης : 715/2022

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 683/2022 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Η Πράξη αυτή τροποποιήθηκε με την υπ' αρ. 827/2022 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου, η οποία εν συνεχεία τροποποιήθηκε με την υπ' αρ. 912/2022 Πράξη.

7. Επειδή, εάν και κλήθηκε προς τούτο, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις.

8. Επειδή στις 14.04.2022 η παρεμβαίνουσα κοινοποίησε διά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την παρέμβασή της εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, μετ' εννόμου συμφέροντος, καθότι έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της προσβαλλομένης, με την οποία βάλλει κατά της προσβαλλομένης και κατά της απόρριψης της προσφοράς της, περαιτέρω, αν εξακολουθήσει να ίσταται ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα θα αναδειχθεί ανάδοχος του επίμαχου έργου. Την παρέμβαση κοινοποίησε δια μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ η αναθέτουσα αρχή στις 15.04.2022 προς τους ενδιαφερομένους.

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρ. 362, παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «*Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ.*». Συναφώς, στο άρ. 8 του π.δ. 39/2017 προβλέπεται 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. 4. Σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), η οποία 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, ή σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται*

Αριθμός απόφασης : 715/2022

ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail). Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία παραλαβής της από την ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Το αργότερο την επόμενη εργάσιμη ημέρα από την παραλαβή της προσφυγής, η ΑΕΠΠ ειδοποιεί ηλεκτρονικά τον προσφεύγοντα για την παραλαβή της προσφυγής και τον αριθμό πρωτοκόλλου αυτής.». Το δε άρ. 36 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το ΕΣΗΔΗΣ σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των τριάντα χιλιάδων (30.000) ευρώ, εξαιρουμένης της διαδικασίας σύναψης συμβάσεων που προβλέπονται στο άρθρο 128, περί ανάθεσης εξειδικευμένων υπηρεσιών (σύμβουλοι, εμπειρογνώμονες) για τη μελέτη και εκτέλεση συμβάσεων δημοσίων έργων και συμβάσεων παραχώρησης έργων. ... 3. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Υποδομών και Μεταφορών, Ψηφιακής Διακυβέρνησης και Οικονομικών ρυθμίζονται τα τεχνικά ζητήματα που αφορούν στην 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 δημόσιων 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, τα τεκμήρια γνωστοποίησης και απόκτησης πρόσβασης από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, καθώς και τον τρόπο και την απόδειξη πρόσβασης σε έγγραφα μέσω του ΕΣΗΔΗΣ και χορήγησης αντιγράφων...». Ακόμα, σύμφωνα με το άρ. 4.3 «Προδικαστικές Προσφυγές ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών/Προσωρινή δικαστική προστασία» της Διακήρυξης «Η προδικαστική προσφυγή, συντάσσεται υποχρεωτικά με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του

Αριθμός απόφασης : 715/2022

Παραρτήματος I του π.δ/τος 39/2017 και, κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ηλεκτρονική περιοχή του συγκεκριμένου διαγωνισμού μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του υποσυστήματος προς την Αναθέτουσα Αρχή, επιλέγοντας την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» σύμφωνα με άρθρο 15 της ΚΥΑ ΕΣΗΔΗΣ-Δημόσια Έργα.». Σύμφωνα δε με το άρ. 15 της υπ' αρ. 166278/25.06.2021 ΚΥΑ «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν στην ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)», «Οι Προδικαστικές Προσφυγές του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 (Α' 147) κατατίθενται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ Δημόσια Έργα, στην ηλεκτρονική περιοχή του διαγωνισμού, επιλέγοντας την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» και επισυνάπτοντας τα σχετικά έγγραφα και ιδίως το τυποποιημένο έντυπο του Παραρτήματος I του π.δ. 39/2017 (Α' 64), σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF), το οποίο υποβάλλεται και γίνεται αποδεκτό σύμφωνα με τις περ. β ή δ της παρ. 1.2.1 του άρθρου 12 της παρούσας.».

10. Επειδή, εν προκειμένω, όπως προεκτέθηκε, η προσφεύγουσα προέβη σε άσκηση της προσφυγής της μόνο μέσω υποβολής ηλεκτρονικού μηνύματος προς την ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ουδόλως δε, κατά τα ως άνω, ίδια δε κατ' άρ. 8, παρ. 4 του π.δ. 39/2017 έγινε επίκληση στην υπό κρίση προσφυγή περίπτωσης τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), πιστοποιημένης 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, ούτε έγινε επίκληση κάποιας σχετικής ανακοίνωσης. Ο συγκεκριμένος διαγωνισμός, όπως προεκτέθηκε, διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ (Δημόσια Έργα), έχει δε λάβει τον συστημικό α/α Επισημαίνεται, ότι πέραν της ανυπαρξίας σχετικών ισχυρισμών από την πλευρά της προσφεύγουσας προς θεμελίωση του παραδεκτού της άσκησης της προσφυγής της με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου δεν προκύπτει από ανάρτηση στην κεντρική σελίδα του

Αριθμός απόφασης : 715/2022

ΕΣΗΔΗΣ (<http://www.eprocurement.gov.gr>) αναστολή λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ (Δημόσια Έργα) ή τεχνική αδυναμία λειτουργίας του κατά τον κρίσιμο χρόνο άσκησης της επίμαχης προσφυγής. Συνεπώς για τον λόγο αυτό, μόνου του αρκούντος για την απόρριψη της προσφυγής, απαραδέκτως ασκήθηκε η προσφυγή με αποστολή μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, χωρίς υποβολή της μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, διαδικασία που αποτελεί ουσιώδη τύπο κατάθεσης και παραδεκτού, ο οποίος δεν τηρήθηκε (βλ. ΑΕΠΠ 1243/2020, 1392/2019, σκ. 3, 1304/2019, σκ. 4).

11. Επειδή, ο τρόπος άσκησης της προσφυγής προβλέπεται ρητά και με σαφήνεια στον νόμο, αποτελεί δε, εν πάση περιπτώσει, ευθύνη του οικονομικού φορέα ο οποίος οφείλει να επιδεικνύει και την ανάλογη επιμέλεια (πρβλ. ΣτΕ 27/2015, ΔΕφΑθ 269/2018). Η δε προσπάθεια διάσωσης της προδικαστικής προσφυγής δεν μπορεί να φτάσει μέχρι την υποκατάσταση της προσφεύγουσας από την ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ και την εκ μέρους της τελευταίας «διόρθωση» της «τυπικής προϋπόθεσης παραδεκτού», αφού αυτό θα ισοδυναμούσε με παραβίαση της αρχής της ισότητας (βλ. ΣτΕ 935/2017, σχετικές αποφάσεις ΑΕΠΠ 52, 72, 40, 155, 178/2017) που συνιστά συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή (άρ. 4 και 20 Συντ. και 6 ΕΣΔΑ) και της αρχής της αμεροληψίας, που δέον είναι να διέπει την κρίση των διοικητικών οργάνων.

12. Επειδή, ο τρόπος άσκησης της προσφυγής κατά περίπτωση είναι ξεκάθαρος και στηρίζεται στη σαφή διάταξη του άρθ. 362 του ν. 4412/2016 και του άρθ. 8 του π.δ. 39/2017 (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 27,29,235/2015, ΣτΕ 777/2013 Ολομ., 494/2013), ως, επίσης, σαφής είναι από το οικείο κανονιστικό πλαίσιο, οπότε παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και λεπτομερειών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., ιδίως, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, 7 C 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 111).

13. Επειδή, στο πλαίσιο των διοικητικών προσφυγών που ασκούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου του μικρού κύκλου των αποδεκτών της οικείας νομοθεσίας και της κατ' επάγγελμα κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων ενασχολήσεώς τους με τις διαδικασίες των δημοσίων

Αριθμός απόφασης : 715/2022

συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να γνωρίζουν τις κρίσιμες διατάξεις (ΟΛΣΤΕ 876/2013, ΣΤΕ 268, 360/2018, 1400, 1595/2016, 3128, 3129/2015, 1072, 1985, 1988/2014, 2886/2013, 2315/2013). Επιπλέον, οι διατάξεις που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως οιονεί «δικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου.

14. Επειδή η αρχή της ισότητας (βλ.ΣΤΕ 935/2017) που συνιστά συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή (άρθρο 4 και 20 Συντ. και 6 ΕΣΔΑ) και της αρχής της αμεροληψίας, που δέον είναι να διέπει την κρίση των διοικητικών οργάνων, επιβάλλει την ομοιόμορφη εφαρμογή της κείμενης νομοθεσίας σε όλους τους διοικούμενους.

15. Επειδή οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣΤΕ 2080/2016).

16. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

17. Επειδή, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, ως εκ τούτου, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των ισχυρισμών της παρέμβασης που αφορούν τους προβαλλόμενους από την προσφεύγουσα λόγους (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 374/2004, σκ. 8).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 29.04.2022 και εκδόθηκε στις 12.05.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ