

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 09.12.2019 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου – Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1439/25.11.2019 Προδικαστική Προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων «\*\*\*\*\*» με δ.τ. «\*\*\*\*\*» και της «\*\*\*\*\*», με δ.τ. «\*\*\*\*\*», που εδρεύει στο 3<sup>ο</sup> χλμ Ξάνθης-Καβάλας, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά των όρων της με αριθ. πρωτ. \*\*\*\*\* Διακήρυξης με ΑΔΑΜ \*\*\*\*\* του «\*\*\*\*\*»με αντικείμενο τον «Σχεδιασμό για την Εκπόνηση Αναπτυξιακού Προγράμματος και Μελέτης Διαχείρισης (Master Plan) Λιμένα \*\*\*\*\*».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα ένωση επιδιώκει την ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων της με αριθ. πρωτ. \*\*\*\*\* Διακήρυξης και δη την ακύρωση αυτής στο σύνολό της και την επαναπροκήρυξη του αντικειμένου της δημοπρατούμενης σύμβασης με νέους όρους.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. \*\*\*\*\* Διακήρυξη του \*\*\*\*\* προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, ανοικτός, δημόσιος, διαγωνισμός με αντικείμενο τον «Σχεδιασμό για την Εκπόνηση Αναπτυξιακού Προγράμματος και Μελέτης

## Αριθμός απόφασης: 1378 /2019

Διαχείρισης (Master Plan) Λιμένα \*\*\*\*\*», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 81.307,75 € (χωρίς ΦΠΑ), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 13.11.2019, με ΑΔΑΜ \*\*\*\*\* και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 13.11.2019, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α\*\*\*\*\*.

3. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό\*\*\*\*\*), ποσού 600,00 €, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα αξία της δημοπρατούμενης σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 81.307,75 €, χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π..

5. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 372/05.12.2019 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής, ισχυριζόμενη ότι η υπό κρίση Προσφυγή δεν έχει ασκηθεί συννόμως. Προς τούτο, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει τα εξής : *«Στην προκειμένη περίπτωση η Προσφυγή δεν κατατέθηκε ηλεκτρονικά και στο πλαίσιο του διαγωνισμού όπως ορίζετε στην παρ.3 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 για το λόγω αυτό κρίνεται απαράδεκτη και πρέπει να απορριφθεί για λόγους τυπικής νομιμότητας και ως εκ τούτου παρέλκει η εξέταση του περιεχομένου της και των λόγων που επικαλείται».*

6. Επειδή, με το κατατεθέν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ από 07.12.2019 υπόμνημά της, η προσφεύγουσα αντικρούει

## **Αριθμός απόφασης: 1378 /2019**

τον ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχής περί απαραδέκτου της προσφυγής λόγω της μη ηλεκτρονικής κατάθεσής της, υποστηρίζοντας τα εξής : «Σύμφωνα με το νόμο 4412/2016 (άρθρο 360) δικαίωμα άσκησης προσφυγής έχει κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος είχε ή έχει συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση. Η προσφυγή γίνεται ενώπιον της ΑΕΠΠ. Η προθεσμία άσκησης προσφυγής (άρθρο 361) ορίζεται εντός 10 ημερών από την πλήρη πραγματική ή τεκμαιρόμενη γνώση της βλαπτικής πράξης. Η προσφυγή μας γίνεται στα πλαίσια που επιθυμούμε και δυνάμεθα ως ένωση οικονομικών φορέων να αναλάβουμε την υπόψη σύμβαση. Εξαιτίας των περιορισμών και των λανθασμένων αποφάσεων της Αναθέτουσας Αρχής, δεν μας δίνεται το δικαίωμα διεκδίκησης της σύμβασης. Η προσφυγή μας έγινε ενώπιον της ΑΕΠΠ, εμπρόθεσμα μετά την δημοσίευσή της στο ΚΗΔΜΗΣ εντός της προβλεπόμενης από τον ν.4412/2016 προθεσμίας (άρθρο 361). Επιπρόσθετα η προσφυγή μας κατατίθεται επίσης εμπρόθεσμα ηλεκτρονικά, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, δηλαδή στις 6/12/2019, αίροντας την μη προγενέστερη ηλεκτρονική υποβολή της ενώπιον της ΑΕΠΠ. Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 361 γ. του ν. 4412/16, "η προσφυγή υποβάλλεται εντός 10 ημερών 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 τεκμηριώνεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από την δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ." Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η ανάρτηση στο ΚΗΜΔΗΣ έγινε στις 12/11/2019 και η τεκμαιρόμενη πλήρης γνώση αυτής, δηλαδή μετά την παρέλευση 15 ημερών ορίζεται σύμφωνα με τον ν.4412/2016 η 27/11/2019. Το δικαίωμα προσφυγής ορίζεται εντός 10 ημερών από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη γνώση της πράξης ήτοι στις 7/12/2019. Η προδικαστική προσφυγή μας κατατέθηκε και στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού εμπρόθεσμα στις 6/12/2019, πέραν της προγενέστερης υποβολής της στην ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη σήμανση της και υπό αυτήν την έννοια πρέπει να εκδικαστεί επί της ουσίας της. Αναφέρεται επίσης ότι τόσο το αρμόδιο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, όσο και η

## **Αριθμός απόφασης: 1378 /2019**

*Αναθέτουσα Αρχή, γνωρίζουν την ΠΡΟΣΦΥΓΗ μας και ήδη η Αναθέτουσα Αρχή έχει υποβάλει τις απόψεις της και επί της ουσίας της προσφυγής μας».*

7. Επειδή, σύμφωνα με άρθρο 361 παρ. 1 γ) του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : *«1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ....., (β) ....., (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 δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ».*

8. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 362 του Ν. 4412/2016 (Άσκηση προσφυγής - Άσκηση παρέμβασης), όπως η παρ. 1 αυτού αντικαταστάθηκε με το άρθρο 49 παρ. 3 του Ν. 4456/2017 (ΦΕΚ Α΄ 24/1.3.2017), ορίζεται ότι : *«1. 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. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της».*

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ. 3 και 4 του Π.Δ.39/2017 «... 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 ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail) ...».

## Αριθμός απόφασης: 1378 /2019

10. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1.1. του άρθρου 19 της υπ. αριθ. 56902/215 Απόφασης του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης, (ΦΕΚ Β΄ 1924/02.06.2017) «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)» «....., οι Προδικαστικές Προσφυγές του Βιβλίου IV του ν.4412/16, 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...».

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 3.4 (Προδικαστικές Προσφυγές – Προσωρινή Δικαστική Προστασία) της υπό εξέταση Διακήρυξης «.....Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ 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».

12. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε το πρώτον με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από την προσφεύγουσα στις 22.11.2019, ημέρα Παρασκευή και ώρα 17:31, ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης, κατά τα δηλούμενα στο οικείο πεδίο της προσφυγής, στις 12.11.2019, ήτοι κατά την ημέρα ανάρτησης της διακήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. και η εν λόγω Προσφυγή ασκήθηκε εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου. Ακολούθως, η εν λόγω Προσφυγή έλαβε Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) /Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1439 με ημερομηνία 25.11.2019, την

## Αριθμός απόφασης: 1378 /2019

αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, ως νομίμως προβλέπεται. Η Α.Ε.Π.Π., ως κατά νόμω προβλέπεται, απέστειλε αυθημερόν έγγραφο αίτημα για την χορήγηση πρόσβασης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο αρμόδιο 3<sup>ο</sup> Κλιμάκιο αυτής. Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή με το υπ'αριθ. πρωτ. 363/26.11.2019 έγγραφό της απήντησε ότι : *«Σε συνέχεια των ανωτέρω εγγράφων σας, σας ενημερώνουμε ότι στο περιβάλλον του διαγωνισμού με α/α συστήματος 81491, στην θέση Επικοινωνία δεν έχει αναρτηθεί καμία προσφυγή, όπως αυτό φαίνεται στο αποδεικτικό εκτύπωσης μηνυμάτων το οποίο σας επισυνάπτω. Προφανώς, η ένωση εταιριών με την επωνυμία 1. «\*\*\*\*\*» και 2. «\*\*\*\*\*» κοινοποίησε την Προδικαστική Προσφυγή κατά των όρων της διακήρυξης μόνο στην ΑΕΠΠ και όχι στο Περιβάλλον του διαγωνισμού, ως όφειλαν σύμφωνα με το ν. 4412/2016 και την αριθ. 351/12.11.2019 Διακήρυξη του Διαγωνισμού»*, ζητώντας από την ΑΕΠΠ να προβεί στις απαιτούμενες ενέργειες για την συνέχιση της διαδικασίας. Εν τέλει η ΑΕΠΠ με το από 28.11.2019 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου κοινοποίησε την υπόψη Προδικαστική Προσφυγή στην αναθέτουσα αρχή.

13. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή δεν έχει κατατεθεί σύμφωνα με τις προαναφερόμενες στις σκέψεις 6 - 11 διατάξεις, ήτοι με κατάθεση αυτής στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., αλλά μόνον κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π., καίτοι ο διαγωνισμός διενεργείται μέσω της ηλεκτρονικής πύλης του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. και με συστημικό α/α\*\*\*\*\*.

14. Επειδή, από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του υπό εξέταση διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. προκύπτει η μη κατάθεση της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής σε αυτόν, ενώ η προσφεύγουσα ουδεμία τεχνική αδυναμία της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. επικαλείται, η οποία θα δύνατο, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 8 του Π.Δ.39/2017, να δικαιολογήσει την κατάθεση της επίμαχης Προσφυγής με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου το πρώτον στην ΑΕΠΠ ένεκα τεχνικής αδυναμίας του συστήματος, πολλώ δε μάλλον τούτο ουδόλως αποδεικνύεται, με συνέπεια το απαράδεκτο της υπόψη Προσφυγής.

## **Αριθμός απόφασης: 1378 /2019**

15. Επειδή, το γεγονός ότι η προσφεύγουσα εν τέλει ανήρτησε την εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 06.12.2019 δεν δύναται να θεραπεύσει το απαράδεκτο αυτής. Και τούτο διότι στις 06.12.2019 η εν λόγω Προσφυγή, ακόμα κι αν εν τέλει υποβάλλεται ηλεκτρονικά από την προσφεύγουσα, σε κάθε περίπτωση ασκείται εκπροθέσμως δοθέντος ότι, ως η ίδια η προσφεύγουσα δηλώνει, τόσο στο σώμα της από 22.11.2019 Προσφυγής της όσο και στο σώμα της ταυτόσημης ηλεκτρονικώς ασκηθείσας από 06.12.2019 Προσφυγής της, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης στις 12.11.2019, ήτοι κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, με συνέπεια από το σημείο αυτό και μόνον να εκκινεί η εκ του νόμου ορισθείσα 10ήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής, χωρίς να υφίστανται εν προκειμένω συνθήκες που να δικαιολογούν την κατά τεκμήριο πλήρη γνώση της διακήρυξης μετά την πάροδο 15 ημερών από τη δημοσίευσή της στο ΚΗΜΔΗΣ και ως εκ τούτου την εκκίνηση της 10ήμερης προθεσμίας του νόμου από το τελευταίο αυτό σημείο.

16. Επειδή, οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την Α.Ε.Π.Π. (πρβλ. ΣτΕ 2080/2016).

17. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, κατά τα προλεχθέντα, δεν έχει ασκηθεί νομίμως και κατ' ακολουθίαν θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, ενώ παρέλκει η εξέταση των προβαλλόμενων επί της ουσίας λόγων αυτής.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό \*\*\*\*\* ) ποσού 600,00€, πρέπει να καταπέσει (άρθρο 5 παρ. 5 Π.Δ.39/2017 και άρθρο 365 παρ. 5 του Ν.4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλο ποσού 600,00 €.

**Αριθμός απόφασης: 1378 /2019**

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 9 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 12 Δεκεμβρίου 2019.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Μαρία-Ελένη Σιδέρη**

**Αργυρώ Τσουλούφα**