

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 25 Ιανουαρίου 2023 στην έδρα της με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 16.12.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1817/19.12.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» με διακριτικό τίτλο Α.Ε. (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., οδός ... αριθ. ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά του ... «...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ...» με διακριτικό τίτλο «...Α.Ε. – Α.Ο.Τ.Α.», που εδρεύει στην, οδός ...αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμό ... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής για την ανάθεση της σύμβασης με τίτλο «...» στο πλαίσιο της Πράξης με τίτλο «...», ως προς τους όρους των άρθρων 2.2.6 και 2.2.7 αυτής, κατά τα ειδικότερα προβαλλόμενα με την προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο ποσού 11.561,50€, όπως αυτό υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 2.312.300,00€, χωρίς Φ.Π.Α.

2. Επειδή με την με αριθμό ... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάθεση

Αριθμός απόφασης: 251 /2023

της σύμβασης με τίτλο «...» στο πλαίσιο της Πράξης με τίτλο «...» και MIS ..., προϋπολογισμού 2.312.300,00€, χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής. Η σύμβαση αφορά στην υλοποίηση ενός προγράμματος συμβουλευτικής υποστήριξης, κατάρτισης διάρκειας 140 ωρών και πιστοποίησης και απευθύνεται σε 1.900 εργαζομένους σε επιχειρήσεις όλων των οικονομικών κλάδων που δραστηριοποιούνται στην ... Η προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα προς δημοσίευση την .../.../2022 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την .../.../2022 και έλαβε μοναδικό ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό Σύμφωνα με τη διακήρυξη, καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η .../.../2023 και ώρα 17:00 και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών η .../.../2023 και ώρα 12:00 μ.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε 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 και κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις .../.../2022, κοινοποιήθηκε δε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του π.δ. 39/2017.

5. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη στις .../.../2022 στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε όλους τους συμμετέχοντες, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή με τις υπ' αριθμό 2538/2022 και 160/2023 Πράξεις της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της

Αριθμός απόφασης: 251 /2023

προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλλει τις απόψεις της επί της προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ στις 24/12/2022 τις με αριθ. πρωτ. 974/23.12.2022 απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε στους συμμετέχοντες στις 29/12/2022, αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής για τους εκεί αναφερόμενους λόγους.

8. Επειδή με την υπό εξέταση προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την εν συνόλω ακύρωση της προσβαλλόμενης διακήρυξης, επαγόμενη ότι, μολονότι η επιχειρηματική της δραστηριότητα ταυτίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης και διαθέτει τις σχετικές προϋποθέσεις και τα κατάλληλα μέσα για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης, εντούτοις οι πλησσόμενοι όροι αυτής και δη τα άρθρα 2.2.6 και 2.2.7 την εμποδίζουν να συμμετάσχει στη διαγωνιστική διαδικασία. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι, η επί ποινή αποκλεισμού (υπό 2.2.6), απαίτηση της διακήρυξης που προβλέπει ότι οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει κατά τη διάρκεια των τελευταίων τριών (3) ετών να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση, η εκτιμώμενη αξία της οποίας να ανέρχεται κατ' ελάχιστον στο 75% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης, περιορίζει αδικαιολόγητα και υπέρμετρα τον κύκλο των εν δυνάμει υποψήφιων οικονομικών φορέων, κατά παράβαση της ενωσιακής αρχής του ανόθευτου ανταγωνισμού και της διαφάνειας. Ομοίως, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η επί ποινή αποκλεισμού υπό 2.2.7 απαίτηση της διακήρυξης περί σωρευτικής και όχι διαζευκτικής συνδρομής στο πρόσωπο εκάστου συμμετέχοντος έξι (6) προτύπων διασφάλισης ποιότητας, κατά παράβαση των αριθμητικά λιγότερων απαιτούμενων προτύπων ποιότητας, που καθιερώνουν τα υφιστάμενα μητρώα παρόχων, περιορίζει αδικαιολόγητα και υπέρμετρα τον κύκλο των εν δυνάμει υποψήφιων οικονομικών φορέων κατά παράβαση της ενωσιακής αρχής του ανόθευτου ανταγωνισμού και της διαφάνειας.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ζητεί με τις απόψεις της την απόρριψη της προσφυγής τόσο για τυπικούς όσο και για ουσιαστικούς λόγους. Συγκεκριμένα, προβάλλει ότι η προσφυγή έχει ασκηθεί εκπροθέσμως και άρα απαραδέκτως. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της, κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μετά την προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία από την γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης, η οποία κατά τα

Αριθμός απόφασης: 251 /2023

δηλούμενα από την ίδια την προσφεύγουσα έλαβε χώρα στις .../.../2022. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αντικρούει επί της ουσίας τους κατ' ιδίαν λόγους της προσφυγής, υπεραμυνόμενη της νομιμότητας των πλησσομένων όρων της διακήρυξης.

10. Επειδή, στο 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 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. 2. ...» [βλ. ομοίως άρθρο 4 του π.δ. 39/2017 (Α' 64) «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών»]. Περαιτέρω, στο άρθρο 8 παρ. 3 του π.δ. 39/2017 ορίζεται 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», ενώ στο άρθρο 12 παρ. 1 του π.δ. 38/2017, ορίζεται ότι: «Για τα θέματα που δεν ρυθμίζονται με ειδικότερες διατάξεις στον παρόντα Κανονισμό, εφαρμόζονται επικουρικά οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, όπως ισχύει». Στο άρθρο 10 του ν. 2690/1999, 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 ενέργεια του είναι αποκλειστικές, εκτός αν χαρακτηρίζονται ενδεικτικές από τις διατάξεις που τις προβλέπουν».....[...].7. Για τον υπολογισμό των προθεσμιών αν ειδικές διατάξεις δεν ορίζουν διαφορετικά, εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 241-246 του Αστικού Κώδικα». Το άρθρο 241 του ΑΚ ορίζει ότι «Η προθεσμία

Αριθμός απόφασης: 251 /2023

αρχίζει την επόμενη της ημέρας όπου έγινε το γεγονός που αποτελεί την αφετηρία της...[..]» και το άρθρο 242 ότι «Η προθεσμία λήγει όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και αν είναι κατά νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επόμενη εργάσιμη».

11. Επειδή, σύμφωνα με τις ανωτέρω προβλέψεις, 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). Η εν λόγω προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής προβλέπεται ρητά και με σαφήνεια στον νόμο, αποτελεί δε, σε κάθε περίπτωση, ως στοιχείο του παραδεκτού της άσκησης της προσφυγής, ευθύνη του οικονομικού φορέα, ο οποίος οφείλει να επιδεικνύει και την ανάλογη επιμέλεια (βλ. ΣΤΕ 27/2015, ΔΕΦΑΘ 269/2018). Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ν. 4412/2016, οι προθεσμίες που τέθηκαν για την άσκηση της προσφυγής βρίσκονται σε πλήρη εναρμόνιση με τις δικονομικές Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 2007/55/ΕΚ, «εγκαθιδρύοντας ένα σαφές χρονικό πλαίσιο εντός του οποίου μπορεί να ασκηθεί η προδικαστική προσφυγή...και πλέον ο θιγόμενος οικονομικός φορέας γνωρίζει σαφώς, μέσα σε ποια προθεσμία μπορεί να ασκήσει την ενδικοφανή προσφυγή μέσα στα πλαίσια της έννομης προστασίας του, γεγονός που συμβάλλει στην πάντα επιδιωκόμενη ασφάλεια δικαίου». Ειδικώς, όσον αφορά την προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, έχει κριθεί ότι (πρβλ. ad hoc ΣΤΕ ΕΑ 56/2020 σκ. 5, 61/2020) «...Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται ότι η άσκηση προδικαστικής προσφυγής από τον ενδιαφερόμενο ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. αποτελεί διαδικαστική προϋπόθεση για το παραδεκτό της ασκήσεως τόσο αιτήσεως αναστολής εκτελέσεως όσο και αιτήσεως ακυρώσεως κατά της αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. Πρέπει δε η προσφυγή αυτή να ασκείται εντός της τασσομένης στον νόμο (κατά περίπτωση, δεκαήμερης ή δεκαπενθήμερης) προθεσμίας, η οποία κινείται είτε από την επομένη της κοινοποίησης στον ενδιαφερόμενο της βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης είτε από την επομένη της ημέρας κατά την οποία ο τελευταίος λαμβάνει πλήρη γνώση αυτής. Ειδικώς, στην περίπτωση προσβολής όρων προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής εκ μέρους του

Αριθμός απόφασης: 251 /2023

ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα τεκμαίρεται ότι λαμβάνει χώρα μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευσή της στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.). Συνεπώς, από την επομένη της παρόδου του ως άνω δεκαπενθημέρου κινείται η τασσόμενη στον νόμο δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, εκτός αν από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει πραγματική γνώση της διακήρυξης εκ μέρους του ενδιαφερομένου σε χρόνο προ του δεκαπενθημέρου από την δημοσίευσή της στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. [οπότε η δεκαήμερη προθεσμία ξεκινάει από την επομένη της πραγματικής γνώσεως]». Άρα, με βάση τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, σχετικά με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων της διακήρυξης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 του ν. 4412/2016, διακρίνονται δύο περιπτώσεις: **α)** όταν προκύπτει ότι ο οικονομικός φορέας έχει πραγματική γνώση της διακήρυξης πριν την πάροδο δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευσή της στο ΚΗΜΔΗΣ. Στην περίπτωση αυτή η προθεσμία άσκησης της προσφυγής άρχεται από την πραγματική πλήρη γνώση αυτής εκ μέρους του οικονομικού φορέα, σύμφωνα με τα ειδικώς οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, μη εφαρμοζομένου του τεκμηρίου πλήρους γνώσης του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του ίδιου άρθρου, και **β)** όταν δεν προκύπτει ότι ο οικονομικός φορέας έχει πραγματική γνώση της διακήρυξης πριν την πάροδο δεκαπενθημέρου από την δημοσίευσή της στο ΚΗΜΔΗΣ. Στην περίπτωση αυτή, ο οικονομικός φορέας μπορεί να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά των όρων της διακήρυξης το αργότερο δέκα ημέρες μετά την πάροδο δεκαπενθήμερης προθεσμίας από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, οπότε και τεκμαίρεται πλήρης γνώση αυτής.

12. Επειδή, εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την .../.../2022, όπως άλλωστε ρητώς αναφέρει και η προσφεύγουσα στην προσφυγή της. Υπό τα δεδομένα αυτά, η προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά της επίμαχης διακήρυξης εκκινεί το αργότερο την δέκατη πέμπτη (15η) ημέρα από την δημοσίευση της προκήρυξης στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), ήτοι την .../.../2022, οπότε και τεκμαίρεται η πλήρης γνώση αυτής, εκτός εάν με άλλον τρόπο, με

Αριθμός απόφασης: 251 /2023

σαφήνεια και χωρίς αμφιβολία, συνάγεται πραγματική πλήρης γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης νωρίτερα. Όπως, εξάλλου, αναφέρθηκε στην προηγούμενη σκέψη, το θεσπιζόμενο στο νόμο τεκμήριο πλήρους γνώσης είναι μαχητό και ισχύει εφόσον δεν προκύπτει προγενέστερη του δεκαπενθημέρου γνώση (πρβλ. ανωτέρω σκέψη και την εκεί αναφερόμενη νομολογία). Στην υπό εξέταση περίπτωση, η προσφεύγουσα δηλώνει ρητώς και σαφώς ότι έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης και των όρων της στις .../.../2022, ήτοι νωρίτερα από το απώτατο χρονικό σημείο, οπότε θα τεκμαιρόταν η πλήρης γνώση (βλ. σελ. 5 της προσφυγής, δήλωση της προσφεύγουσας υπό το στοιχείο Δ' με τίτλο «Ημερομηνία κατά την οποία ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης ή απόφασης», σελ. 12 όπου επί λέξει αναφέρεται «Στις .../.../2022 πληροφορηθήκαμε την προσβαλλόμενη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής και λάβαμε γνώση του περιεχομένου της», καθώς και σελ. 11 όπου αναφέρεται ότι «Στη συγκεκριμένη περίπτωση, δεδομένου ότι όπως προεκτέθηκε λάβαμε γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης την επομένη ημέρα της ανάρτησής της στο ΚΗΜΔΗΣ, ήτοι στις ...-...-2022...»). Επομένως, δοθέντος ότι από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει πραγματική πλήρης γνώση της προσβαλλόμενης στις .../.../2022 καθ' ομολογίαν της ίδιας της προσφεύγουσας, η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής εκκινεί από την πραγματική, και όχι από την τεκμαιρόμενη γνώση, δηλαδή στην εξεταζόμενη περίπτωση εκκινούσε από την επομένη της δηλωθείσας πλήρους και πραγματικής γνώσης (.../.../2022) και έληγε στις .../.../2022. Δεδομένου όμως, ότι η υπό εξέταση προσφυγή έχει κατατεθεί μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις .../.../2022, έχει ασκηθεί εκπροθέσμως και επομένως απαραδέκτως. Ενόψει των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως εκπρόθεσμη και άρα απαραδέκτη και να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 14 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ