

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 18 Μαΐου 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 προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 10-4-2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 518/11.4.2023 του οικονομικού φορέα «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που διατηρεί ατομική επιχείρηση στο ... Κατά της ... «...», που εδρεύει στην ... «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στις ... (... , όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμό ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, κατά τα ειδικότερα προβαλλόμενα με την προσφυγή.

Υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης Διακήρυξης άσκησε παρέμβαση η άνω παρεμβαίνουσα εταιρεία, με αίτημα την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο ποσού 600,00€, το οποίο αντιστοιχεί στο κατώτατο ποσό παραβόλου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 και με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 50.000,00€ χωρίς Φ.Π.Α. (βλ.

Αριθμός απόφασης: 848 /2023

ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2. Με την υπ' αριθμό ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «... (CPV:...), για την ... για ένα (1) εξάμηνο», εκτιμώμενης αξίας 50.000,00€, χωρίς Φ.Π.Α. Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της χαμηλότερης τιμής. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 17-3-2023 και έλαβε μοναδικό ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό ... Σύμφωνα με τη διακήρυξη, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η Τρίτη, 28/3/2023 και ώρα 10:00 π.μ. και ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού η Δευτέρα, 3/4/2023 και ώρα 12:00μ.

3. 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. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και κατατέθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ στις 10-4-2023 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του προσφεύγοντος, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, και στις παρ. 2 και 4 του άρθρου 8 του π.δ. 39/2017, λόγω πιστοποιημένης τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) κατά την ημερομηνία κατάθεσής της (βλ. το με αριθ. πρωτ. 15624/28.3.2023 έγγραφο του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης με θέμα «*Διακοπή λειτουργίας και αναβάθμιση του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ την Παρασκευή 07.04.2023*», στο οποίο ρητώς αναφέρεται ότι «...το υποσύστημα ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ θα τεθεί εκτός λειτουργίας την Παρασκευή 07.04.2023 και ώρα 15:00 προκειμένου να

Αριθμός απόφασης: 848 /2023

εκτελεστούν οι απαραίτητες εργασίες αναβάθμισης. Το υποσύστημα θα τεθεί εκ νέου σε παραγωγική λειτουργία την Τρίτη 11.04.2023 και ώρα 09.00 πμ»).

5. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 12-4-2023 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, και ανάρτησε αυτήν αυθημερόν (12-4-2023) στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

6. Η παρεμβαίνουσα άσκησε εν γένει παραδεκτά και εμπρόθεσμα στις 21-4-2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας των δέκα ημερών από την κοινοποίηση της προσφυγής, την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή της, αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης.

7. Με την υπ' αριθμό 677/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλλει τις απόψεις της επί της προσφυγής.

8. Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ στις 27-4-2023 τις με αριθ. πρωτ. ... απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν (27-4-2023) στους συμμετέχοντες, αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής για τους εκεί αναφερόμενους λόγους. Όμως, οι απόψεις αυτές υποβλήθηκαν εκπρόθεσμα, δηλαδή μετά την αποκλειστική δεκαπενθήμερη προθεσμία του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, και ως εκ τούτου δεν λαμβάνονται υπόψη.

9. Με την υπό εξέταση προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την εν συνόλω ακύρωση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, ισχυριζόμενη ότι, μολονότι πληροί όλες τις τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις για την συμμετοχή της στο διαγωνισμό, εντούτοις λόγω του ορισμού στη Διακήρυξη του χρονικού διαστήματος των δώδεκα ημερών, από την ανάρτηση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ έως την καταληκτική προθεσμία υποβολής των προσφορών, κατέστη ανέφικτη η εκ μέρους της συμμετοχή και υποβολή προσφοράς.

10. Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί τόσο για τυπικούς όσο και για ουσιαστικούς λόγους. Ειδικότερα, προβάλλει ότι η προσφυγή είναι απορριπτέα ως εκπρόθεσμη, διότι ασκήθηκε μετά την πάροδο της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την πραγματική

Αριθμός απόφασης: 848 /2023

γνώση της Διακήρυξης, όπως αυτή δηλώνεται στην προσφυγή. Επιπλέον, διατείνεται ότι η προσφυγή είναι απορριπτέα και ως ουσία αβάσιμη, για τους λόγους και τις αιτίες που αναπτύσσει στην παρέμβασή της.

11. 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 (ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.). 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 αρχίζει την επόμενη της ημέρας όπου έγινε το γεγονός που αποτελεί την

Αριθμός απόφασης: 848 /2023

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*».

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). 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. (ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) αποτελεί διαδικαστική προϋπόθεση για το παραδεκτό της ασκήσεως τόσο αιτήσεως αναστολής εκτελέσεως όσο και αιτήσεως ακυρώσεως κατά της αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π (ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ). 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 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]».

Αριθμός απόφασης: 848 /2023

Άρα, 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. Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 17-3-2023, όπως άλλωστε ρητώς αναφέρει και ο προσφεύγων στην προσφυγή του. 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), οπότε και τεκμαίρεται η πλήρης γνώση αυτής, εκτός εάν με άλλον τρόπο, με σαφήνεια και χωρίς αμφιβολία, συνάγεται πραγματική πλήρης γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης νωρίτερα. Ο προσφεύγων δηλώνει ρητώς και σαφώς ότι έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης στις **17-3-2023**, δηλαδή νωρίτερα από το ανωτέρω απώτατο χρονικό σημείο, οπότε θα τεκμαιρόταν η πλήρης γνώση (βλ. σελ. 4 της προσφυγής, δήλωση του προσφεύγοντος υπό το στοιχείο Δ' με τίτλο «Ημερομηνία κατά την οποία ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης ή απόφασης», όπου ρητώς αναφέρει 17 Μαρτίου 2023, σελ. 5 όπου επί λέξει αναφέρει «Έλαβα γνώση ότι θα διενεργηθεί ο ανωτέρω διαγωνισμός την ημέρα της ανάρτησης της διακήρυξής του, ήτοι την 17 Μαρτίου 2023...», καθώς και σελ. 6 όπου

Αριθμός απόφασης: 848 /2023

αναφέρει ότι «...*Εν προκειμένω έλαβα γνώση της Διακήρυξης στις 17-3-2023 που δημοσιεύθηκε αυτή στο ΚΗΜΔΗΣ – ΕΣΗΔΗΣ*»). Επομένως, δοθέντος ότι από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει πραγματική πλήρης γνώση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης στις 17-3-2023 καθ' ομολογίαν του ίδιου του προσφεύγοντος, η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής εκκινεί από την πραγματική, και όχι από την τεκμαιρόμενη γνώση, δηλαδή εκκινεί από την επομένη της δηλωθείσας πλήρους και πραγματικής γνώσης (17-3-2023), και έληγε στις 27-3-2023. Καθόσον, όμως, η υπό εξέταση προσφυγή έχει κατατεθεί με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΕΑΔΗΣΥ στις 10-4-2023, έχει ασκηθεί εκπροθέσμως κι 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.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 7 Ιουνίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ