

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 22 Νοεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Εισηγήτρια και Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 17.10.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1458/19.10.2022 Προδικαστική Προσφυγή της Εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής: «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του **ΔΗΜΟΥ** ... όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφεξής: «η αναθέτουσα αρχή»).

Με την Προδικαστική της Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν ή άλλως να τροποποιηθούν **α.** οι όροι των άρθρου 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» περ. β, γ, δ & ε της υπ. αρ. ... κρινόμενης διακήρυξης καθώς του άρθρου 8.5 Αποδεικτικά Μέσα περ. β, γ, δ & ε της υπ. αριθ. 10/2022 μελέτης της Διεύθυνσης Καθαριότητας και Ανακύκλωσης - Τμήμα Διαχείρισης Εξοπλισμού και Οχημάτων, και **β.** οι όροι των άρθρου 2.4.4. -Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών της υπ' αριθμ. ... Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, η οποία δημοσιεύθηκε στη διαδικτυακή πύλη του ΚΗΜΔΗΣ στις 12.09.2022 με ΑΔΑΜ: ..., δυνάμει της οποίας προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων για την σύναψη συμφωνίας πλαίσιο με αντικείμενο την «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΙ ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΟΧΗΜΑΤΩΝ» συνολικού προϋπολογισμού 884.355,00 ευρώ μη

συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και μη συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, στην οποία περιλαμβάνεται το υπό κρίση αίτημα, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.487,12 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 των Τμημάτων σύμβασης για τα οποία ασκείται η προσφυγή, ήτοι των Τμημάτων 2 και 3 αυτής.

2. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«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 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»*.

3. Επειδή, στο αρ. 361 του Ν. 4412/2016 «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. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης».

4. Επειδή στο άρ. 4 του π.δ. 39/2017 ορίζεται 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 δέκα πέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' ν. 4412/2016).», σύμφωνα δε με το αρ. 361, παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «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».

5. Επειδή, ειδικώς στην περίπτωση προσβολής όρων προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής εκ μέρους του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα τεκμαίρεται ότι λαμβάνει χώρα μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευσή της στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.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 γνώσης. Η δε ως άνω δεκαπενθήμερη προθεσμία από τη δημοσίευση της διακηρύξεως στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. έχει προβλεφθεί στον νόμο, προκειμένου να καθορισθεί ένα σταθερό χρονικό σημείο, μετά την πάροδο του οποίου τεκμαίρεται η πλήρης γνώση της διακηρύξεως, προκειμένου να κινηθεί η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και όχι ως προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής (πρβλ. ΣτΕ 2631/2020, σκ. 7).

6. Επειδή, εν προκειμένω η προσφεύγουσα ισχυρίζεται στην προσφυγή της ότι έλαβε γνώση της προσβαλλομένης Διακήρυξης στις 05.10.2022, ημερομηνία η οποία συμπίπτει, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο της υπόθεσης και χωρίς πάντως η ίδια η προσφεύγουσα να ταυτίζει τα δύο γεγονότα, με την εκ μέρους της αποστολή προς την αναθέτουσα αρχή επιστολής με Θέμα: «ΠΑΡΟΧΗ ΔΙΕΥΚΡΙΝΗΣΕΩΝ ΣΧΕΤΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ ΥΠ. ΑΡΙΘ. ... ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΔΙΕΘΝΗ ΜΕΙΟΔΟΤΙΚΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΣΥΝΑΨΗ ΣΥΜΦΩΝΙΑΣ-ΠΛΑΙΣΙΟ ΜΕ ΤΙΤΛΟ «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΙ ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΟΧΗΜΑΤΩΝ». Συνεπώς, κατά τους ισχυρισμούς της, η προθεσμία προς άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής έληγε στις 17.10.2022, δοθέντος ότι η δέκατη ημέρα (15.10.2022) ήταν ημέρα Σάββατο, ήτοι εξαιρετέα, σύμφωνα με τα άρθ. 9, παρ. 3 και 18 της υπ' αριθ. 64233/2021 ΚΥΑ «*Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών και Υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)*» (ΦΕΚ Β' 2453/09.06.2021). Ωστόσο, δεδομένου ότι η επίμαχη Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ 12.09.2022, η προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά των όρων αυτής εξέπνευσε στις 7.10.2022, δηλαδή 10 ημέρες μετά την πάροδο 15 ημερών (27.09.2022) από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Και τούτο διότι, όπως και ανωτέρω εκτέθηκε στη σκέψη 5 της παρούσας, η πάροδος 15 ημερών από την δημοσίευση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ σηματοδοτεί άνευ ετέρου την τεκμαιρόμενη γνώση της από τους

ενδιαφερόμενους, μη δυνάμενου του σταθερού αυτού χρονικού σημείου να ανατραπεί από έτερο επιγενόμενο γεγονός, παρά μόνο από τυχόν προγενέστερο (πρβλ. ΣτΕ 2631/2020, σκ. 7, εδ. 3).

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις υπ' αρ. πρωτ. 86815/02.11.2022 απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής, στις οποίες αναφέρει ότι «2. Η προσβαλλόμενη με την υπό εξέταση προσφυγή διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ, όπως συνομολογεί, εξάλλου, και η ίδια η προσφεύγουσα, στις 12.9.2022. Επομένως, η, κατά την ανωτέρω ρητή επιταγή του νόμου (άρθρο 361 παρ. 1, περ. γ', εδ. β'), πλήρης γνώση της διακήρυξης από την προσφεύγουσα τεκμαίρεται αμάχητα (πρβλ. ΣτΕ 2631/2020) ότι συντελέστηκε την 27.9.2022. 3. Τα ανωτέρω, εξάλλου, συνομολογεί και η ίδια η προσφεύγουσα, με την προσφυγή της (σελ. 9 αυτής), όπου αναφέρει, επί λέξει, ότι: «... Επομένως, η συμπλήρωση του παραπάνω δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ (που έλαβε χώρα την 12-09-2022) έλαβε χώρα την 27-09-2022 σημείο κατά το οποίο παρήχθη τεκμήριο πλήρους γνώσης και από το οποίο εκκίνησε, και όχι προφανώς έληξε η προθεσμία προσβολής της διακήρυξης. ...». 4. Συνακόλουθα, από την επομένη της 27.9.2022 εκκίνησε η 10ήμερη προθεσμία του εδ. α' της ανωτέρω διάταξης, για την άσκηση προσφυγής κατά της διακήρυξης, η οποία παρήλθε την 7.10.2022 (ημέρα Παρασκευή και εργάσιμη). Παρά ταύτα, εν προκειμένω, η υπό εξέταση προσφυγή ασκήθηκε (κατατέθηκε ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού), κατ' άρθρο 362 παρ. 1 του ν. 4412/2016, την 17.10.2022, όπως συνομολογεί και η ίδια η προσφεύγουσα, ήτοι 10 ημέρες μετά την παρέλευση της κατά τα ανωτέρω νόμιμης προθεσμίας. 5. Τα ανωτέρω, εξάλλου, έχουν ήδη γίνει δεκτά και με την με αριθ. Α827/2022 απόφαση του 3ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ επί του αιτήματος της προσφυγής περί παροχής προσωρινής προστασίας, το οποίο και απερρίφθη για τον ανωτέρω λόγο. Ως εκ τούτου, και κατά τα ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή τυγχάνει απορριπτέα ως απαράδεκτη, λόγω εκπρόθεσμης άσκησής της».

8. Επειδή, η προσφεύγουσα στο με ημ/νία 07.11.2022 Υπόμνημά της, που κατέθεσε προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής προς υποστήριξη της εμπρόθεσμης άσκησης της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι: «Από τα ανωτέρω προκύπτει, ότι η απορριψη της (από 05.10.2022) αίτησής μας με την 80749/13-10-2022 απόφαση του Αντιδημάρχου αποτελεί νέα εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, εκδοθείσα μετά από νέα ουσιαστική έρευνα της υποθέσεως και αφού λήφθηκαν υπόψη νέα ουσιώδη στοιχεία (το ως άνω 80422/12-10-2022 έγγραφο της Διεύθυνσης Καθαριότητας και Ανακύκλωσης και τα πραγματικά γεγονότα και νομολογιακά προηγούμενα που αναφέρονται σε αυτό και δεν αναφέρονταν στη Μελέτη της ίδιας Διεύθυνσης, που συνοδεύει τη διακήρυξη). Η πράξη αυτή βλάπτει τα συμφέροντά μας, διότι εμποδίζει την εταιρία μας να γίνει ανάδοχος της σύμβασης και υπόκειται, συνεπώς, σε προδικαστική προσφυγή. Η προθεσμία για την άσκηση της τελευταίας άρχισε με την κοινοποίηση της απορριπτικής αποφάσεως (13-10-2022) και συνεπώς η προσφυγή μας, που κατατέθηκε στις 17-10-2022, είναι εμπρόθεσμη και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της. Λόγω δε της εκτελεστότητας της απορριπτικής αποφάσεως η διακήρυξη του διαγωνισμού απέβαλε την εκτελεστότητά της και ενσωματώθηκε στην απορριπτική απόφαση (ΣτΕ 3539/2011 σκ. 2) και ο χρόνος πραγματικής ή τεκμαιρόμενης (βάσει δημοσιεύσεως στο ΚΗΜΔΗΣ) γνώσης αυτής δεν ασκεί καμία επιρροή στο εμπρόθεσμο της κρινόμενης προσφυγής». Οι ως άνω ισχυρισμοί όμως ουδόλως δύναται να στοιχειοθετήσουν το εμπρόθεσμο της υπό κρίση προσφυγής, καθόσον σύμφωνα με το αίτημα της προσφυγής προσβάλλονται οι όροι 2.2.6 και 2.2.4 της επίμαχης Διακήρυξης και όχι η 80749/13-10-2022 απόφαση του Αντιδημάρχου του Δήμου Αμαρουσίου. Άλλωστε και στη σελίδα 9 της υπό κρίση προσφυγής ρητώς αναφέρεται ότι **«η παρούσα προσφυγή προσβάλλει την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής (...)**». Επιπλέον, και σε κάθε περίπτωση θα πρέπει επίσης να επισημανθεί ότι από το περιεχόμενο της υπό κρίση προσφυγής προκύπτει ότι η προσφεύγουσα έχει στηρίξει τον ισχυρισμό της περί της εμπρόθεσμης άσκησης της στο γεγονός ότι έλαβε γνώση της **προσβαλλόμενης Διακήρυξης στις 05.10.2022**, μη δυνάμενη να μεταβάλλει με το Υπόμνημά της ούτε την πράξη κατά της οποίας στρέφεται, κατά τα ανωτέρω, ούτε και να μεταφέρει το σημείο εκκίνησης της προθεσμίας στις 13.10.2022, απόπειρα με την οποία πάντως

δεν επιτυγχάνει την απόδειξη περί εμπροθέσμου ασκήσεως της προσφυγής. Ουδόλως τέλος η επίμαχη Διακήρυξη έχει απωλέσει τον εκτελεστό της χαρακτήρα και ούτε έχει ενσωματωθεί στην απόφαση δια της οποίας δόθηκαν διευκρινίσεις επί ερωτημάτων της προσφεύγουσας, καθώς η Διακήρυξη εξακολουθεί ως μη ακυρωθείσα να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της.

9. Επειδή, εν προκειμένω, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εκπροθέσμως, και άρα απαραδέκτως, δοθέντος ότι αυτή ασκήθηκε στις 17.10.2022, εκτός της οριζόμενης, κατά τα εκτεθέντα στις σκέψεις 5 και 6 της παρούσας, προθεσμίας.

10. Επειδή, η εισήγηση γίνεται δεκτή εν όλω.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
2. Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 22 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 12 Δεκεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ