

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19.06.2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18.05.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/606/19.05.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της (.....) και των όρων της υπ' αριθ. Διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η με Διακήρυξη της (.....).

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη η Εταιρία (.....) προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο την παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών της, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 307.000,00 € πλέον ΦΠΑ για δύο έτη, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής. Η εν λόγω διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 21.04.20, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο

Δημοσίων Συμβάσεων στις 24.04.20 και αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 24.04.2020 με Α/Α Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 25.05.20 και ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 29.05.2020.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό, ποσού 1.535,00 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας του δημοπρατούμενου αντικειμένου.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του αξίας ανώτερης των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, 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, η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής καθώς δραστηριοποιείται στον τομέα των υπό ανάθεση υπηρεσιών και επιθυμεί να μετάσχει στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, πλην όμως -κατά τους ισχυρισμούς της- οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης εμποδίζουν, χωρίς νόμιμο έρεισμα, την υποβολή της προσφοράς της.

6. Επειδή, ειδικότερα η προσφεύγουσα βάλλει κατά των όρων της Διακήρυξης που περιέχονται στην παράγραφο 3.1 με τίτλο : «Τεχνικές απαιτήσεις των ζητούμενων υπηρεσιών» όπου ορίζονται τα εξής : «Οι ζητούμενες υπηρεσίες περιλαμβάνουν: 1. Παροχή υπηρεσίας MPLS - VPN σε 20 γεωγραφικά σημεία-εγκαταστάσεις της εταιρείας (21 συνδέσεις) με δυνατότητα προσθήκης/αφαίρεσης/μεταφοράς σημείων, αλλά και αναβάθμισης των γραμμών και του τερματικού εξοπλισμού ανά σημείο. 2. Παροχή γραμμής πρωτεύουσας πρόσβασης 30 καναλιών φωνής (Primary) μέσω ιδιόκτητου δικτύου από άκρο σε άκρο με διεπαφή ISDN PRA (E1) και μεταφορά υφιστάμενου φάσματος (πρόθεμα και αριθμοί - και

..... –) στο κτίριο της με τον εξοπλισμό που απαιτείται για την υπηρεσία. 3. Παροχή 2 γραμμών πρωτεύουσας πρόσβασης 10 καναλιών φωνής μέσω ιδιόκτητου δικτύου από άκρο σε άκρο με διεπαφή και πρωτόκολλο SIP και μεταφορά του υφιστάμενου φάσματος. 4. Παροχή υπηρεσίας σταθερής τηλεφωνίας μέσω προεπιλογής φορέα σε υφιστάμενες τηλεφωνικές συνδέσεις η γνωστοποίηση των οποίων θα γίνει κατά την υλοποίηση της σύμβασης. 5. Δυνατότητα παροχής υπηρεσίας Internet σε σημεία ενδιαφέροντος της 6. Εξασφάλιση της αδιάλειπτης λειτουργίας (99,999%) της σύνδεσης του δικτύου MPLS - VPN. 7. Ηλεκτρονική πλατφόρμα παρακολούθησης λειτουργίας των παρεχόμενων κυκλωμάτων για το δίκτυο MPLS - VPN. 8. Ηλεκτρονική πλατφόρμα παρακολούθησης ιστορικού βλαβών ανά σημείο του δικτύου MPLS – VPN. 9. Παροχή υπηρεσίας Internet στα κτίρια της, και, όπως περιγράφεται στο παρόν τεύχος. 10. Παροχή υπηρεσίας κινητής τηλεφωνίας (φωνή, μηνύματα, δεδομένα κινητής, machine to machine) βάσει των προδιαγραφών του Πίνακα 4 Παραρτήματος Γ και των οδηγιών του Παραρτήματος Δ. 11. Προμήθεια απαραίτητου εξοπλισμού για εξασφάλιση της ζητούμενης υπηρεσίας MPLS-VPN για το επιπλέον σημείο ενδιαφέροντος που αποτελεί αντικείμενο το παρούσης (σημείο 20 – Δενδροπόταμος – του Πίνακα 1 του Παραρτήματος Β), ο οποίος να μην είναι end-of-sales και end-of-support για όλη την διάρκεια της σύμβασης. Για την απόδειξη της εν λόγω απαίτησης θα προσκομιστούν σχετικές βεβαιώσεις ή άλλα κατάλληλα πιστοποιητικά. Απαιτείται ο προμηθευόμενος εξοπλισμός να είναι ίδιος με αυτόν που χρησιμοποιείται στην υφιστάμενη κατάσταση ή άλλος με ισοδύναμα με αυτόν χαρακτηριστικά για την υλοποίηση του VPN-MPLS (Πίνακας 1 Παραρτήματος Β)». Επίσης, βάλλει κατά των οριζόμενων στην παράγραφο 5.1 της διακήρυξης, τα οποία τίθενται ως εξής : «Ο χρόνος υλοποίησης για το σύνολο των υπηρεσιών με βάση τις προδιαγραφές της παρούσης δε θα πρέπει να ξεπεράσει τους 2 μήνες για την παράδοση των υπηρεσιών στο σύνολο τους, για τις οποίες θα πρέπει να επιβεβαιώνεται η σωστή και αξιόπιστη λειτουργία τους...». Κατά την προσφεύγουσα, με τους παραπάνω όρους ζητείται από τον υποψήφιο ανάδοχο

να λάβει όλες τις απαραίτητες διοικητικές άδειες και εγκρίσεις και να κατασκευάσει, το αργότερο εντός 2 μηνών, ιδιόκτητο δίκτυο οπτικής ίνας, που θα καταλήγει στο κτήριο της Αναθέτουσας Αρχής στην οδό

Εντούτοις, η ως άνω απαίτηση είναι υπέρμετρη, μη εύλογη σε σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού και νοθεύει τον ελεύθερο ανταγωνισμό (περιορίζοντας ανεπίτρεπτα τον αριθμό των οικονομικών φορέων που θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό), αφού αφενός ζητείται η σχετική τηλεπικοινωνιακή υπηρεσία να παρασχεθεί μόνο μέσω ιδιόκτητου δικτύου οπτικών ινών (και όχι μέσω αντίστοιχου μισθωμένου κυκλώματος), με αποτέλεσμα να αποκλείονται πρακτικά όλοι οι υπόλοιποι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς από την δυνατότητα να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό και αφετέρου το χρονικό όριο των 2 μηνών που τίθεται για την λήψη όλων των απαραίτητων διοικητικών αδειών και εγκρίσεων και για την κατασκευή δικτύου οπτικών ινών σε ένα πολύ κεντρικό σημείο της (επί της οδού)

είναι μη ρεαλιστικό, με αποτέλεσμα να αποκλείονται πρακτικά όλοι οι υπόλοιποι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς από την δυνατότητα να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, λαμβανομένου υπόψιν ότι μόνο ο, που παρέχει σήμερα τις σχετικές υπηρεσίες στην αναθέτουσα αρχή και έχει έτοιμη την ζητούμενη υποδομή, πληροί την ως άνω απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι μόνο ο μπορεί να συμμετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό και ουδείς άλλος. Η απαίτηση παροχής της ζητούμενης υπηρεσίας μόνο μέσω ιδιόκτητου δικτύου οπτικών ινών αποκλείει, δηλαδή, αδικαιολόγητα κάθε άλλο (πλην του) ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα από την δυνατότητα να παράσχει την επίμαχη ζητούμενη υπηρεσία (ανταποκρινόμενος στο σύνολο των τεχνικών και ποιοτικών χαρακτηριστικών αυτής) μισθώνοντας από τον το απαραίτητο κύκλωμα οπτικών ινών και χρησιμοποιώντας το για την παροχή της ζητούμενης υπηρεσίας στην αναθέτουσα αρχή. Εξάλλου, από την μέχρι σήμερα εμπειρία της προσφεύγουσας, η λήψη όλων των διοικητικών αδειών για εγκατάσταση δικτύου οπτικών ινών στην περιοχή της κυμαίνεται μεταξύ 3 και 4 μηνών. Παράλληλα, μετά την λήψη των διοικητικών αδειών χρειάζεται χρόνος περίπου 1 με 2 εβδομάδων για την

εκτέλεση των σχετικών εργασιών (εργασίες ανοίγματος τάφρου για την εγκατάσταση της οπτικής ίνας και αποκατάσταση του οδοστρώματος και του πεζοδρομίου από όπου διήλθε η ως άνω τάφος). Συνεπώς ο χρόνος των 2 μηνών, που τίθεται στην προβαλλόμενη διακήρυξη είναι μη ρεαλιστικός και μη εύλογος. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από τις ζητούμενες υπηρεσίες, που περιγράφονται στον ως άνω όρο «3.1. Τεχνικές απαιτήσεις των ζητούμενων υπηρεσιών» της διακήρυξης το σύνολο αυτών (πλην μιας) αφορά υπηρεσίες σταθερής τηλεφωνίας και πρόσβασης στο διαδίκτυο και μόνο μια περίπτωση αφορά υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας (η περίπτωση 10 «Παροχή υπηρεσίας κινητής τηλεφωνίας (φωνή, μηνύματα, δεδομένα κινητής, machine to machine) βάσει των προδιαγραφών του Πίνακα 4 Παραρτήματος Γ και των οδηγιών του Παραρτήματος Δ»). Μέχρι σήμερα η αναθέτουσα αρχή προκήρυττε σταθερά δύο (2) ξεχωριστούς διαγωνισμούς, έναν διαγωνισμό για το σύνολο των υπηρεσιών σταθερής τηλεφωνίας και πρόσβασης στο διαδίκτυο και έναν διαγωνισμό για τις υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας, κάτι που δικαιολογείτο από τα διαφορετικά ποιοτικά χαρακτηριστικά των υπηρεσιών σταθερής και κινητής τηλεφωνίας. Μάλιστα σήμερα οι υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας στην αναθέτουσα αρχή παρέχονται από την προσφεύγουσα. Εντούτοις και παρά την μέχρι σήμερα παγιωμένη πρακτική της, στην προσαλλόμενη διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή σώρευσε σε έναν και μόνο διαγωνισμό τόσο την παροχή υπηρεσιών σταθερής τηλεφωνίας και πρόσβασης στο διαδίκτυο, όσο και την παροχή υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας. Ωστόσο, η ως άνω σύρρευση είναι αδικαιολόγητη και μη εύλογη σε σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού και νοθεύει τον ελεύθερο ανταγωνισμό (περιορίζοντας ανεπίτρεπτα τον αριθμό των οικονομικών φορέων που θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό), αφού κάποιος οικονομικός φορέας που θα μπορούσε κάλλιστα να συμμετάσχει στο διαγωνισμό για την παροχή υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας αποκλείεται αδικαιολόγητα, λόγω μη πλήρωσης ορισμένων κριτηρίων που αφορούν εντελώς άσχετες υπηρεσίες σταθερής τηλεφωνίας και πρόσβασης στο διαδίκτυο (όπως ενδεικτικά αυτή που αναφέρθηκε ανωτέρω για την απαίτηση ύπαρξης

ιδιόκτητου δικτύου οπτικών ινών). Τούτων δοθέντων, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπόψη διακήρυξης.

7. Επειδή, περαιτέρω, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η προσφεύγουσα απέστειλε προς την αναθέτουσα αρχή μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ το από 04.05.20 αίτημα παροχής διευκρινίσεων σε σχέση με επιμέρους όρους της υπ'αριθ. Διακήρυξης και ως εκ τούτου συνάγεται ότι εκ του χρόνου τούτου είχε λάβει πλήρη γνώση των όρων της Διακήρυξης.

8. Επειδή, επί της Προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της με το υπ'αριθ. πρωτ./28.05.20 έγγραφό της, όπου υποστηρίζει ότι η υπόψη Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως εκπρόθεσμη, σε κάθε δε περίπτωση ως αβάσιμη.

9. Επειδή, με την διάταξη του άρθρου 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : *«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»*, ομοίως δε προβλέπεται στο άρθρο 4 του π.δ. 39/2017.

10. Επειδή, ερμηνεύοντας την ως άνω διάταξη, η υπ'αριθ. 56/2020 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ έκρινε ότι ειδικά στην περίπτωση προδικαστικής προσφυγής κατά διακήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής εκ μέρους του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα τεκμαίρεται ότι λαμβάνει χώρα μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από την δημοσίευση της διακήρυξης στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), με συνέπεια από την

επόμενη της παρόδου της ως άνω δεκαπενθήμερης προθεσμίας να εκκινεί η τασσόμενη στο νόμο δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής, εκτός εάν από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει πραγματική γνώση της διακήρυξης εκ μέρους του ενδιαφερόμενου σε χρόνο προ του δεκαπενθημέρου από την δημοσίευσή της στο ΚΗΜΔΗΣ, οπότε η δεκαήμερη προθεσμία εκκινεί από την επόμενη της πραγματικής γνώσης, ανατρέποντας με την κρίση αυτή την υπ' αριθ. 109/2019 απόφαση της ΕΑ του ΣΤΕ περί δεκαπενθήμερης προθεσμίας.

11. Επειδή, στην κριθείσα περίπτωση, παρότι η προσφεύγουσα δηλώνει στο πεδίο Δ. του προδιατυπωμένου εντύπου Προδικαστικής Προσφυγής ότι έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης στις 09.05.2020, ως ήδη εκτέθηκε ανωτέρω, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι έλαβε πλήρη γνώση των όρων της υπ' αριθ. Διακήρυξης ήδη από τις 04.05.2020, οπότε υπέβαλε το σχετικό διευκρινιστικό ερώτημα. Συνεπώς, δοθέντος ότι η πλήρης γνώση της διακήρυξης έλαβε χώρα στις 04.05.2020, ήτοι πριν την πάροδο του δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευση αυτής στο ΚΗΜΔΗΣ, η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της υπόψη Προσφυγής εκκινεί από την επόμενη της πλήρους γνώσης και συνεπώς έληγε στις 14.05.2020, οπότε και θα έπρεπε να έχει ασκηθεί καταληκτικά η υπόψη Προσφυγή. Όμως, δοθέντος ότι η υπόψη Προσφυγή αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 18.05.2020, ήτοι μετά την παρέλευση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής αυτής στις 14.05.2020, κατ'εφαρμογή όσων εκτίθενται στη σκέψη 9 της παρούσας, προκύπτει ότι αυτή ασκήθηκε εκπροθέσμως.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπόψη Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως εκπρόθεσμη και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα Παρέμβαση.

12. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, ποσού 1.535,00 ευρώ, πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 1.535,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 19.06.2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 22.06.2020

Η Πρόεδρος

Σιδέρη Μαρία-Ελένη

Η Γραμματέας

Τσουλούφα Αργυρώ