

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2353/23.12.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., οδός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 1560/3.12.2021 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου περί έγκρισης του από 16.11.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του για το Τμήμα 2 του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί 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, συνολικού ποσού 1.162,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 23.12.2021 πληρωμή στη ALPHA BANK και

την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη του Τμήματος 2 της σύμβασης σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 232.500,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΑΧΥΜΕΤΡΙΚΩΝ ΥΔΡΟΜΕΤΡΗΤΩΝ ΔΙΑΣΤΑΣΕΩΝ DN 15– DN 40, ΗΛΕΚΤΡΟΜΑΓΝΗΤΙΚΩΝ ΥΔΡΟΜΕΤΡΗΤΩΝ ΔΙΑΣΤΑΣΕΩΝ DN 50 – DN 150 ΚΑΙ ΥΔΡΟΜΕΤΡΗΤΩΝ ΤΥΠΟΥ ... ΔΙΑΣΤΑΣΕΩΝ DN50 – DN 150», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισμού 1.698.180,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε τρία Τμήματα, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα ή όλα τα Τμήματα.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 31.05.2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 4.06.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα την 23.12.2021 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

6. Επειδή ο αναθέτων φορέας την 23.12.2021 προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού

τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 3278/2021 και 76/2022 Πράξεις του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο αναθέτων φορέας απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 7.01.2022 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις του επί της προδικαστικής προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

9. Επειδή, το άρθρο 362 του Ν. 4412/2016 ορίζει 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. [...]».

10. Επειδή το άρθρο 8 του ΠΔ 39/2017 ορίζει 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. 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). Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία παραλαβής της από την ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Το αργότερο την επόμενη εργάσιμη ημέρα από την παραλαβή της προσφυγής, η ΑΕΠΠ

ειδοποιεί ηλεκτρονικά τον προσφεύγοντα για την παραλαβή της προσφυγής και τον αριθμό πρωτοκόλλου αυτής.[...]».

11. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο προσφεύγων κατέθεσε την προσφυγή του μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την 23.12.2021 και την ίδια ημερομηνία κοινοποίησε την προσφυγή μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ωστόσο, η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες την 7.12.2021 και άρα η καταληκτική ημερομηνία άσκησης προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης έληγε, εν προκειμένω, την 17.12.2021. Το δε γεγονός ότι κατά την καταληκτική ημερομηνία άσκησης της προσφυγής συνέτρεχε τεχνική αδυναμία λειτουργίας του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ουδόλως συνεπάγεται οιαδήποτε παρέκταση της καταληκτικής ημερομηνίας άσκησης της προσφυγής, δοθέντος ότι στο ισχύον κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ήτοι στην παρ. 3 του άρθρου 8 του Π.Δ. 39/2017, σαφώς προβλέπεται ότι, σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail), ήτοι υφίσταται συγκεκριμένη ειδική ρύθμιση του τρόπου άσκησης της προδικαστικής προσφυγής. Η ανωτέρη κανονιστική ρύθμιση προδήλως δεν αναιρείται ή τροποποιείται από το έγγραφο της Επιτροπής Διαγωνισμού, που κοινοποιήθηκε την 14.12.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο «*Λόγω διακοπής λειτουργίας του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες από την Τετάρτη 15.12.2021 και ώρα 00:00:01 π.μ. έως την Τρίτη 21.12.2021 και ώρα 8.00 π.μ. παρατείνεται έως την Πέμπτη 23/12/2021 η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής για τον διαγωνισμό ...*». Και τούτο διότι, καταρχάς, κατά πάγια νομολογία, δεν μπορεί να γίνεται από τον αναθέτοντα φορέα επιλογή δικονομικού καθεστώτος επίλυσης της επίδικης διαφοράς διαφορετικού από το νόμιμο (ΔΕφΠειρ Ν128/2018, ΣτΕ ΕΑ 1012/2009, 381/2008, 1130/2007), ούτε ο αναθέτων φορέας έχει αρμοδιότητα και κανονιστική εξουσιοδότηση εκ του νόμου 4412/2016, όπως κατ' ευχέρειά του τροποποιεί τις διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του εν λόγω νόμου και των

κανονιστικών διαταγμάτων που εκδίδονται κατ' εξουσιοδότηση αυτού, ως άλλωστε συνομολογεί και ο αναθέτων φορέας στις απόψεις του. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, ο προσφεύγων όφειλε να καταθέσει ηλεκτρονικώς στην ΑΕΠΠ την προδικαστική του προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης πράξης έως και την 17.12.2021, οπότε και έληγε η δεκαήμερη προθεσμία άσκησης προσφυγής και άρα η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί απαραδέκτως την 23.12.2021 ήτοι μετά την εκπνοή της δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση στον προσφεύγοντα της προσβαλλόμενης.

12. Επειδή, ο τρόπος άσκησης της προσφυγής προβλέπεται ρητά και με σαφήνεια στον νόμο, αποτελεί δε, εν πάση περιπτώσει, ευθύνη του οικονομικού φορέα ο οποίος οφείλει να επιδεικνύει και την ανάλογη επιμέλεια (πρβλ. ΣΤΕ 27/2015, ΔΕφΑθ 269/2018).

13. Επειδή, στο πλαίσιο των διοικητικών προσφυγών που ασκούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου του μικρού κύκλου των αποδεκτών της οικείας νομοθεσίας και της κατ' επάγγελμα κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων ενασχολήσεώς τους με τις διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να γνωρίζουν τις κρίσιμες διατάξεις (ΟΛΣΤΕ 876/2013, ΣΤΕ 268, 360/2018, 1400, 1595/2016, 3128, 3129/2015,). Επιπλέον, οι διατάξεις που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως οιονεί «οικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου.

14. Επειδή οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣΤΕ 2080/2016).

15. Επειδή, εν προκειμένω, η υπό εξέταση προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως εκπρόθεσμη και συνεπώς अपαράδεκτη.

16. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 96/2022

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή
Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν
στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ