

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Σωτηρία Σταματοπούλου – Εισηγήτρια
και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 29.11.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2233/2.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα, εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «.....» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη, επί της αριθ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «.....», ΟΤΑ α' βαθμού, όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής η αναθέτουσα αρχή).

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, ομόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στις ... (οδός ...αριθ. ..) και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 189/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., δυνάμει της οποίας εγκρίθηκε το από 29-10-2021 πρώτο (1ο) πρακτικό περί αποσφράγισης προσφορών, το από 29-10-2021 δεύτερο (2ο) πρακτικό περί αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, το από 05-10-2021 τρίτο (3ο) πρακτικό περί αποσφράγισης οικονομικών προσφορών, το από 05-10-2021 τέταρτο (4ο) πρακτικό περί αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα εταιρεία, στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού ανοιχτού διαγωνισμού «.....», προϋπολογισμού 200.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή της ανωτέρω προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η υποβληθείσα προσφορά της και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Σωτηρία Σταματοπούλου,

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή με την υπ' αριθ. πρωτ. Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Ανοιχτός Διαγωνισμός για την ανάθεση υπηρεσιών, προϋπολογισμού 161.290,33€ πλέον ΦΠΑ 38.709,67€, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής. Η Διακήρυξη, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 6.10.2021 με ΑΔΑΜ:....., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) με συστημικό αριθμό

2. Επειδή, για την άσκηση της από 29.11.2021 και με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 2233/2.12.2021 Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, ύψους 806,45€ , δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ενώ, επίσης, για την άσκησή της, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου που προβλέπεται στα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/20217.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016, και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 189/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, με την οποία εγκρίθηκαν τα Πρακτικά αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών - οικονομικών προσφορών και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα εταιρεία. Η άνω προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε από την αναθέτουσα αρχή και κοινοποιήθηκε σε όλους συμμετέχοντες, και στην προσφεύγουσα, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, **στις 16.11.2021**, οπότε και έλαβαν πλήρη γνώση αυτής.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία άσκησε την κρινόμενη Προσφυγή δια κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την **29^η.11.2021** (και ώρα 23:57:47), ισχυριζόμενη αναφορικά με την εμπρόθεσμή άσκησή της ότι, *«...με δεδομένο ότι την καταληκτική ημερομηνία ασκήσεώς της (26.11.2021) το σύστημα ΕΣΗΔΗΣ ήταν εκτός λειτουργίας μέχρι την επόμενη ημέρα, η οποία συνέπιπτε με εξαιρετέα ημέρα (Σάββατο), η προθεσμία αυτή παρατείνεται για την επόμενη εργάσιμη ημέρα»*. Προς επίρρωση, δε, του ισχυρισμού της αυτού, η προσφεύγουσα επισυνάπτει στην κρινόμενη προσφυγή της, το με αριθ. πρωτ. Δ11/19.11.2021 έγγραφο της Διεύθυνσης Διαγωνισμών Δημοσίων Συμβάσεων του Υπουργείου Μεταφορών (Δ11) της Γενικής Γραμματείας Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών με θέμα «Ενημέρωση για την πρόσβαση στο υποσύστημα ΕΣΗΔΗΣ Δημόσια Έργα», πλην όμως, το υπόψη έγγραφο, αφενός, αφορά ρητά τη θέση εκτός λειτουργίας (την Παρασκευή 26.11.2021 από ώρα 08:00 και έως ώρα 23:59) του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ δημοσίων έργων και όχι αυτό των υπηρεσιών - προμηθειών, αφετέρου, παρέχει, για το χρονικό διάστημα που θα ετίθετο εκτός λειτουργίας το άνω σύστημα, τη δυνατότητα πρόσβασης των χρηστών σε αυτό μέσω άλλων διευθύνσεων.

6. Επειδή, στο άρθρο 361 («Προθεσμία άσκησης της προσφυγής») του Ν. 4412/2016 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 ενδιαφερόμενου 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»

7. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 362 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Άσκηση προσφυγής - Άσκηση παρέμβασης), ορίζεται 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».

8. Επειδή, στο άρθρο 8 του ΠΔ 39/2017 ορίζεται ότι «1. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξάριετα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ ν. 4412/2016). 2. Η προσφυγή υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου, όπως αυτό παρατίθεται στο Παράρτημα Ι (άρθρο 362 παρ. 2 ν. 4412/2016), 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».

9. Επειδή, δυνάμει των ως άνω νομοθετικών προβλέψεων, η προθεσμία για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής είναι αποκλειστική ή ανατρεπτική και η μη τήρησή της συνεπάγεται το απαράδεκτο της Προσφυγής.

10. Επειδή, και με το προγενέστερο νομικό καθεστώς (Ν. 3886/2010), η προθεσμία για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής συνιστά προϋπόθεση παραδεκτής άσκησης κι έχει παγίως κριθεί ότι «δεν αναστέλλεται κατά τη διάρκεια των δικαστικών διακοπών (βλ. ΕΑ 888/2004, 365, 931/2007, 199/2009), δεν αναβιώνει σε περίπτωση μεταγενέστερης ρητής απορρίψεως της προδικαστικής προσφυγής με σχετική πράξη της αναθέτουσας αρχής, ούτε προσβάλλεται η πράξη αυτή αυτοτελώς με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων εντός νέας δεκαήμερης προθεσμίας, διότι σκοπός του νομοθέτη είναι η ταχεία επίλυση της διαφοράς και η περαιτέρω πρόοδος του διαγωνισμού (βλ. ΣΤΕ 27/2017, ΔεΦ Πατρ. 39/2017, ΣΤΕ 119/2014, 400/2014, Ε.Α. 119/2014, 427, 637/2012, 181, 796/2011)».

11. Επειδή, με βάση τις προπαρατεθείσες διατάξεις, η δεκαήμερη προθεσμία για την ηλεκτρονική υποβολή, μέσω του πληροφοριακού συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής, έληξε εν προκειμένω, την Παρασκευή, 26.11.2021 και ως εκ τούτου, είναι προδήλως απαράδεκτη λόγω της εκπρόθεσμης κατάθεσής της στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού, στις 29.11.2021.

12. Επειδή, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί θέσης εκτός λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ την Παρασκευή, 26.11.2021, και μετάθεσης για το λόγο αυτό της καταληκτικής προθεσμίας άσκησης της κρινόμενης προσφυγής της για την Δευτέρα, 29.11.2021 τυγχάνουν απορριπτέοι, κατ'αρχάς, διότι, και στην περίπτωση αυτή δεν προβλέπεται μετάθεση της καταληκτικής προθεσμίας άσκησης της προσφυγής, αλλά η προσφεύγουσα όφειλε να προβεί σε εμπρόθεσμη κατάθεση αυτής, μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, απευθείας στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τα ειδικώς προβλεπόμενα στο άρθρο 8 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017, ενέργεια στην οποία ουδέποτε προέβη, ενώ, κατά δεύτερον η επικαλούμενη εκ μέρους της θέση εκτός λειτουργίας αφορά ρητώς

το υποσύστημα ΕΣΗΔΗΣ δημοσίων έργων και συνεπώς ουδεμία επιρροή ασκεί στην κρινόμενη περίπτωση.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή υποβλήθηκε εμπροθέσμως και παραδεκτώς.

14. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, δεν μπορούν να καταστήσουν παραδεκτή την προδικαστική προσφυγή, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής.

15. Επειδή, οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την Α.Ε.Π.Π. (πρβλ. ΣΤΕ 2080/2016) και ανεξαρτήτως τυχόν σχετικής ένστασης απαραδέκτου, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ή του παρεμβαίνοντα. Σημειώνεται ότι, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 7.12.2021 απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής, στις οποίες αναφέρει ότι αυτή βάλλει κατά των όρων της Διακήρυξης και ως εκ τούτου θα έπρεπε να ασκηθεί μέσα σε δεκαπέντε ημέρες από τη δημοσίευσής της διακήρυξης και όχι κατά της 189/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής.

16. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της Προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του - τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου - και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και **προδήλως απαράδεκτη**, προδικαστική προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και το σωρευθέν αίτημα χορήγησης αναστολής -

Αριθμός Απόφασης: Α 612 /2021

προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί ως προδήλως απαράδεκτο, λόγω εκπροθέσμου ασκήσεως αυτής.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ