

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 15^η Οκτωβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Ιωάννης Κίτσος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος,
Μέλη,

Για να εξετάσει την από 11-9-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1128/11-9-2019 της εταιρείας με την επωνυμία ..., και τον διακριτικό τίτλο ..., με έδρα στα ..., οδός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ ΔΗΜΩΝ ..., που εδρεύει στα ..., οδός ... αριθ. ..., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται: *Να ακυρωθεί, ανακληθεί ή τροποποιηθεί η Διακήρυξη της Περιφερειακής Ένωσης Δήμων ... με αριθμό πρωτοκόλλου .../05-08-2019 με την οποία προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοιχτός διαγωνισμός κάτω των ορίων, μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., για την επιλογή αναδόχου παροχής γενικών υπηρεσιών με τίτλο «Παροχή Υπηρεσιών Τεχνικής Υποστήριξης της Π.Ε.Δ. ... για το έργο “...” και ακρωνύμιο: “...”» και κάθε άλλη, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη. Επικουρικώς, να ακυρωθεί, ανακληθεί ή τροποποιηθεί η παραπάνω Διακήρυξη ως και το κανονιστικό της περιεχόμενο, κατά τους προσβαλλόμενους όρους, να αναπεμφθεί δε στην αναθέτουσα για να λάβουν χώρα τα νόμιμα.*

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ. .../5-8-2019 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής διακηρύχθηκε *Ηλεκτρονικός Ανοιχτός Διαγωνισμός «για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης Παροχή Υπηρεσιών Τεχνικής Υποστήριξης της Π.Ε.Δ. ... για το έργο “...” (ακρωνύμιο ...), που χρηματοδοτείται από το Πρόγραμμα «...», CPV: ..., με κριτήριο ανάθεσης την*

Αριθμός Απόφασης : 1243/2019

πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας– τιμής, εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 151.693,55 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (όρος 1.3 της διακήρυξης), με καταληκτική ημερομηνία κατάθεσης των προσφορών την 2-9-2019 (όρος 1.5).

2. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 17-8-2019, στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος

3. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ 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.

4. Επειδή στον διαγωνισμό δεν κατέθεσε προσφορά τη προσφεύγουσα, αλλά ένας μόνο έτερος οικονομικός φορέας.

5. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού 758,47 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη «δεσμευμένο», και το από 11-9-2019 αποδεικτικό πληρωμής του στην Τράπεζα Πειραιώς).

6. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ, ι) την 11-9-2019 γνωστοποίησε ότι *δεν υπάρχει καταχωρημένη στο ΕΣΗΔΗΣ καμία προδικαστική προσφυγή*, ιι) εν συνεχεία την 12-9-2019 επανέλαβε ότι *στο σύστημα επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ δεν εμφανίζεται η προδικαστική προσφυγή* και ότι έχει χορηγήσει δικαίωμα πρόσβασης της ΑΕΠΠ στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, ιιι) και ακολούθως την 13-9-2019 γνωστοποίησε τα αυτά και ζήτησε να ενημερωθεί επί του κειμένου της προδικαστικής προσφυγής προκειμένου για την εκτέλεση των νομίμων υποχρεώσεων της περί κοινοποίησης της προσφυγής σε ενδιαφερόμενους τρίτους και διαβίβασης στην ΑΕΠΠ του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεών της, καθόσον δεν είχε γνώση της προδικαστικής προσφυγής η οποία δεν είχε αναρτηθεί ούτε στο ΕΣΗΔΗΣ ούτε της είχε κοινοποιηθεί με οποιονδήποτε τρόπο.

Αριθμός Απόφασης : 1243/2019

7. Επειδή την 17-9-2019 η ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου γνωστοποίησε προς την αναθέτουσα αρχή την υπό κρίση προσφυγή «λόγω του ότι δεν υπάρχει στο ηλεκτρονικό σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ». Αυθημερόν την 17-9-2019 η αναθέτουσα αρχή επιβεβαίωσε την λήψη της γνωστοποιηθείσας ως άνω προσφυγής, και την συνεχιζόμενη μη καταχώρηση της προσφυγής στο ΕΣΗΔΗΣ, θέτοντας θέμα νομιμότητας της προσφυγής για τον λόγο αυτό. Εν συνεχεία την 30-9-2019 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ η αναθέτουσα αρχή θέτοντας και πάλι θέμα απαραδέκτου της προσφυγής λόγω της μη υποβολής της μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, γνωστοποίησε σε κάθε περίπτωση τις απόψεις της επί των αιτιάσεων της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ την 20-9-2019 η προσφεύγουσα γνωστοποίησε προς το 8^ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο «*ΕΠΙΣΤΟΛΗ ΠΡΟΣ ΑΕΠΠ 8^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ*» όπου αναφέρει μεταξύ άλλων και ότι «...*Επισημαίνεται ότι η εταιρεία μας, άσκησε την από 11.09.2019 προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης, χωρίς να υποβάλει προσφορά στο διαγωνισμό, δεδομένης της βλάβης που υφίσταται από συγκεκριμένους όρους της διακήρυξης. Συνεπεία δε της μη υποβολής προσφοράς, η εταιρεία μας την 11.09.2019, οπότε και έληγε η προθεσμία υποβολής της προδικαστικής προσφυγής, δεν είχε πρόσβαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), και ως εκ τούτου δεν ήταν δυνατή η υποβολή της σχετικής προδικαστικής προσφυγής ηλεκτρονικά μέσω του εν λόγω συστήματος, όπως μας διαβεβαίωσε και τηλεφωνικά το ΕΣΗΔΗΣ. Ενόψει της κατά τα ανωτέρω έλλειψης πρόσβασης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, καταθέσαμε την 11.09.2019 την προδικαστική προσφυγή δια του εναλλακτικού τρόπου κατάθεσης που προβλέπεται στο Ν 4412/2016, ήτοι μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, και δη στην ηλεκτρονική διεύθυνση proedros@aep-procurement.gr, η οποία μας υποδείχθηκε σε τηλεφωνική επικοινωνία με την ΑΕΠΠ....»*

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 8ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 346 παρ. 1, και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθ. 3 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 1428/13-9-2019 Πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου

Αριθμός Απόφασης : 1243/2019

«περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση αναθέτουσας αρχής προ χορήγησης προσωρινών μέτρων».

10. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017, και το ταυτόσημο άρθ. 346 παρ. 1 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: *« 1. 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».*

11. Επειδή το άρθρο 362 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και το άρθ. 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».*

12. Επειδή το άρθρο 8 παρ. 3 και 4 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*

Αριθμός Απόφασης : 1243/2019

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

13. Επειδή στο άρθρ. 2 παρ. 1, περ. 32 και 33 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Ορισμοί (άρθρο 2 και άρθρο 33 παρ. 1 εδάφιο β΄ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)», προβλέπεται ότι « 1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί: ...32) ως «Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)» νοείται το ολοκληρωμένο πληροφοριακό σύστημα, το οποίο περιλαμβάνει όλα τα αναγκαία στοιχεία για τον προγραμματισμό και τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων, κατά την έννοια της διάταξης της περίπτωσης 5 της παρούσας παραγράφου, με τη χρήση και εφαρμογή Τεχνολογιών Πληροφορικής και Επικοινωνιών (ΤΠΕ), 33) ως «χρήστες ΕΣΗΔΗΣ» νοούνται οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς και οι οικονομικοί φορείς που χρησιμοποιούν το ΕΣΗΔΗΣ...»

14. Επειδή στο άρθρ. 22 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Κανόνες που εφαρμόζονται στις επικοινωνίες (άρθρο 22 παράγραφοι 1- 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», ορίζεται ότι «1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 1 του άρθρου 36, όλες οι επικοινωνίες, καθώς και όλες οι ανταλλαγές πληροφοριών δυνάμει του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ιδίως η ηλεκτρονική υποβολή, εκτελούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του παρόντος άρθρου, των άρθρων 36 και 37 και του Παραρτήματος IV του Προσαρτήματος Α΄. Τα εργαλεία και οι συσκευές που χρησιμοποιούνται για τις επικοινωνίες μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, καθώς και τα τεχνικά χαρακτηριστικά τους, δεν δημιουργούν διακρίσεις, είναι γενικώς προσιτά και διαλειτουργικά με τις γενικά χρησιμοποιούμενες ΤΠΕ, και δεν περιορίζουν την πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης.....»

15. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 36 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Υποχρέωση χρήσης – Λειτουργία ΕΣΗΔΗΣ» ορίζεται ότι « 1. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. 2. Το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. οφείλει να συμμορφώνεται με: α) τις απαιτήσεις του Παραρτήματος IV του Προσαρτήματος Α΄ και β) τους κανόνες του παρόντος άρθρου και των άρθρων 22 και 37. Πέραν των

Αριθμός Απόφασης : 1243/2019

ανωτέρω το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. οφείλει να τηρεί τα οριζόμενα: α) στο ν. 3979/2011 (Α' 138) και στην κατ' εξουσιοδότηση αυτού εκδοθείσα νομοθεσία, ιδίως στο Πλαίσιο Παροχής Υπηρεσιών Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (ΠΗΔ), το οποίο κυρώθηκε με την ΥΑΠ/Φ.40.4/1/989/2012 απόφαση του Υφυπουργού Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (Β' 1301) και β) στο π.δ. 25/2014 (Α' 44).

3. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων ρυθμίζονται τα τεχνικά ζητήματα που αφορούν την ανάθεση και εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών σχετικά με :

α) τον προσδιορισμό του περιεχομένου, των κανόνων και λεπτομερειών χρήσης των επιμέρους εργαλείων του ΕΣΗΔΗΣ, όπως της διαδικτυακής διαχείρισης αιτημάτων και πληροφοριών, της χρήσης προτύπων και υποδειγμάτων, της ηλεκτρονικής κοινοποίησης, ..., β) τους όρους και τις προϋποθέσεις για την υποβολή, τη γνωστοποίηση, τη διακίνηση εγγράφων μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, τον τύπο και το περιεχόμενό τους, τον προσδιορισμό του χρόνου αποστολής ή παραλαβής και τον υπολογισμό των προθεσμιών, τεκμήρια γνωστοποίησης και απόκτησης πρόσβασης από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, καθώς και τον τρόπο και την απόδειξη πρόσβασης σε έγγραφα μέσω του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. και χορήγησης αντιγράφων δ) τον καθορισμό και την εφαρμογή μέτρων εκπαίδευσης των χρηστών, μέσω σχετικών προγραμμάτων και σεμιναρίων εκπαίδευσης και επιμόρφωσης ή με τη σύνταξη κωδίκων πρακτικής και ε) τους όρους και προϋποθέσεις που εξασφαλίζουν, σε τεχνικό επίπεδο, την αδιάλειπτη και ορθή λειτουργία του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στη Γενική Γραμματεία Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού.

4. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, καθώς και του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, ρυθμίζονται τα τεχνικά ζητήματα που αφορούν τη διαλειτουργική σύνδεση του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. με την Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων της Αρχής και τα πληροφοριακά συστήματα των αναθετουσών αρχών, και των πάσης φύσεως φορέων του δημόσιου τομέα, όπως το Γενικό Εμπορικό Μητρώο, το Μητρώο Δεσμεύσεων του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους, τα σχετικά Μητρώα του Υπουργείου Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων (ΜΕΚ, ΜΕΕΠ, κ.λπ.), του Προγράμματος

Αριθμός Απόφασης : 1243/2019

ΔΙΑΥΓΕΙΑ του ν. 3862/2010 (Α' 112), όπως εκάστοτε ισχύει, το Ολοκληρωμένο Πληροφοριακό Σύστημα παρακολούθησης συγχρηματοδοτούμενων έργων, και με κάθε άλλο πληροφοριακό σύστημα που κρίνεται απαραίτητο για την παρακολούθηση των δημοσίων συμβάσεων για ελεγκτικούς, δημοσιονομικούς, στατιστικούς και λοιπούς σκοπούς των φορολογικών ασφαλιστικών, δικαστικών και εισαγγελικών αρχών, καθώς, και με τα πληροφοριακά συστήματα της Ένωσης και άλλων κρατών-μελών..»

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 37 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Πολιτική ασφαλείας ΕΣΗΔΗΣ (άρθρο 22 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι « ... 4. Σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία οφείλεται σε γεγονότα ανωτέρας βίας, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει άμεσα όλα τα απαιτούμενα μέτρα κυρίως για την τήρηση του ελάχιστου διαστήματος για την υποβολή των προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής, όπως ιδίως η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας και η σχετική δημοσίευσή της. Η ανωτέρω αδυναμία 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 και, στη συνέχεια, με αιτιολογημένη απόφασή της, η αναθέτουσα αρχή ρυθμίζει τα της συνέχειας του διαγωνισμού. 5. Οι χρήστες αποκτούν δικαίωμα χρήσης του ΕΣΗΔΗΣ, εφόσον διαθέτουν τα ανάλογα διαπιστευτήρια που απαιτούνται, σύμφωνα με την απόφαση της παραγράφου 5 του άρθρου 36...»

17. Επειδή η Απόφαση 56902/215/2-6-17 (ΦΕΚ 1924/Β' /2 Ιουνίου 17) «Τεχνικές Λεπτομέρειες και Διαδικασίες Λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ», που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του ν. 4412/2016 (άρθρο 36 σκέψη 17) ορίζει ρητά στα άρθ. 4 και 19 ότι : «...Άρθρο 4 Δικαιώματα χρήσης, και τρόπος πρόσβασης... 2.7 Πιστοποιημένοι οικονομικοί φορείς και πιστοποιημένοι χρήστες αυτών: η ομάδα αυτή περιλαμβάνει στελέχη των οικονομικών φορέων που πραγματοποιούν λειτουργίες δημοσίων συμβάσεων μέσω του Συστήματος, ανάλογα με τα δικαιώματα πρόσβασης που έχουν αιτηθεί και τους έχουν αποδοθεί από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Τεχνικής Στήριξης ΕΣΗΔΗΣ, καθώς και τον σχετικό Κανονισμό Ασφαλείας του. Οι χρήστες αυτοί έχουν διαβαθμισμένη πρόσβαση σε στοιχεία και λειτουργίες του Συστήματος που τους αφορούν σχετικά με τις διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης των

Αριθμός Απόφασης : 1243/2019

δημοσίων συμβάσεων στις οποίες και συμμετέχουν ανάλογα με το στάδιο της διαδικασίας... 1.2 Οι οικονομικοί φορείς αιτούνται την εγγραφή τους και την εγγραφή των στελεχών τους παρέχοντας τις απαραίτητες πληροφορίες και αποδεχόμενοι τους όρους χρήσης του Συστήματος ταυτοποιούμενοι ως ακολούθως: 1.2.1 Όσοι από τους ανωτέρω οικονομικούς φορείς διαθέτουν ελληνικό Αριθμό Φορολογικού Μητρώου (ΑΦΜ) ταυτοποιούνται με χρήση των διαπιστευτηρίων που αυτοί κατέχουν από το σύστημα TAXISNet της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων. Εφόσον γίνει η ταυτοποίηση, η αρμόδια Διεύθυνση Ανάπτυξης και Τεχνικής Στήριξης του ΕΣΗΔΗΣ, αποδίδει σε αυτούς τα απαραίτητα διαπιστευτήρια και δικαιώματα πρόσβασης και χρήσης του Συστήματος.... 1.3 Το αίτημα εγγραφής υποβάλλεται από όλους τους υποψήφιους χρήστες ηλεκτρονικά μέσω του Συστήματος ή μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.... Άρθρο 19 Προδικαστικές Προσφυγές-Ενστάσεις . 1. Προδικαστικές Προσφυγές .1.1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 2 του παρόντος, οι Προδικαστικές Προσφυγές του Βιβλίου IV του ν.4412/2016, κατατίθενται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Συστήματος, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, επιλέγοντας κατά περίπτωση την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF), το οποίο φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8. ...1.2. Οι αναθέτουσες αρχές/ αναθέτοντες φορείς μέσω της λειτουργίας της «Επικοινωνίας»: • κοινοποιούν την προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην περ. α της παρ.1 του αρ. 365 του ν. 4412/2016. • διαβιβάζουν στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) τα προβλεπόμενα στην περ. β της παρ.1 του αρ. 365. του ν. 4412/2016.2. Εως την έναρξη ισχύος των παρ. 7 και 8 του άρθρου 379 του ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, ενστάσεις ή προδικαστικές προσφυγές υποβάλλονται ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργίας του Συστήματος «Επικοινωνία», συμπληρώνοντας την ειδική φόρμα και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF), το οποίο φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών

Αριθμός Απόφασης : 1243/2019

σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8.....». Τα αυτά ως άνω ορίζονται και στο ταυτόσημο άρθ. 15 της με αριθ. 117384 Απόφασης των Υπουργών Οικονομίας και Ανάπτυξης και Υποδομών και Μεταφορών (ΦΕΚ Β 3821/31-10-2017 «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)»

18. Επειδή στον όρο 1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι «**1.1 ... Στοιχεία Επικοινωνίας** α) Τα έγγραφα της σύμβασης είναι διαθέσιμα για ελεύθερη, πλήρη, άμεση & δωρεάν ηλεκτρονική πρόσβαση μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. β) Κάθε είδους επικοινωνία και ανταλλαγή πληροφοριών πραγματοποιείται μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.. **1.4 Θεσμικό πλαίσιο** Η ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης διέπεται από την κείμενη νομοθεσία και τις κατ' εξουσιοδότηση αυτής εκδοθείσες κανονιστικές πράξεις, όπως ισχύουν και ιδίως: - του ν. 4412/2016 (Α' 147) "Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)... του π.δ. 39/2017 (Α'64) «Κανονισμός εξέτασης προδικαστικών προσφυγών ενώπιων της Α.Ε.Π.Π.»... της με αρ. 56902/215 (Β' 1924/2.6.2017) Απόφασης του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)», ... » Περαιτέρω, στον όρο 2 προβλέπεται ότι «...**2.1.2 Επικοινωνία - Πρόσβαση στα έγγραφα της Σύμβασης** Όλες οι επικοινωνίες σε σχέση με τα βασικά στοιχεία της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, καθώς και όλες οι ανταλλαγές πληροφοριών, ιδίως η ηλεκτρονική υποβολή, εκτελούνται με τη χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), η οποία είναι προσβάσιμη μέσω της Διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr...». Ειδικώς ως προς την άσκηση προδικαστικών προσφυγών, στον όρο 3.4 με τον τίτλο «**3.4 Προδικαστικές Προσφυγές** -

Προσωρινή Δικαστική Προστασία» προβλέπεται ότι: «...Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, επιλέγοντας κατά περίπτωση την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» και επισυνάπτοντας το σχετικό έγγραφο σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF), το οποίο φέρει εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών...»

19. Επειδή από το σύνολο της κείμενης νομοθεσίας καθώς και από τους ρητούς όρους της διακήρυξης (σκέψεις 10 έως και 18), καθίσταται αδιαμφισβήτητο ότι η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής διενεργείται υποχρεωτικώς με κατάθεση στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, δεδομένης της υποχρεωτικής ηλεκτρονικής διαδικασίας υποβολής της προσφυγής, στην περίπτωση διαγωνισμού που διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ως εν προκειμένω, καθώς και στην περίπτωση που δεν υφίσταται πιστοποιημένη τεχνική αδυναμία του συστήματος, ως εν προκειμένω. Επειδή οι ως άνω διατάξεις σχετικά με τον τρόπο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, αποκλειστικά διά της ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», είναι υποχρεωτικές, ενώ με αποστολή ηλεκτρονικού μηνύματος στην ΑΕΠΠ διενεργείται μόνο η κοινοποίηση από την αναθέτουσα αρχή ή τον οικονομικό φορέα της ήδη κατατεθείσας-ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής. Ως εκ τούτου, η αποστολή προδικαστικής προσφυγής με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ αντί κατάθεσης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ μέσω της «Επικοινωνίας», δεν συνιστά νόμιμο και παραδεκτό τρόπο άσκησης προδικαστικής προσφυγής. Τούτο προκύπτει και εξ αντιδιαστολής, διότι, εφόσον πρόκειται περί ηλεκτρονικού διαγωνισμού μέσω του ΕΣΗΔΗΣ - ως ο υπό εξέταση-, ο ίδιος ο νόμος προβλέπει ρητώς και περιοριστικώς μία και μόνη περίπτωση κατά την οποία γίνεται δεκτός και άλλος τρόπος άσκησης της προσφυγής -πλην της ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ- και συγκεκριμένα μόνον σε περίπτωση πιστοποιημένης τεχνικής αδυναμίας του ΕΣΗΔΗΣ (άρθ. 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, σκέψη 12), πράγμα το οποίο δεν προκύπτει ότι συντρέχει εν προκειμένω. Συνεπώς, με βάση τις άνω διατάξεις, καθίσταται σαφές ότι

Αριθμός Απόφασης : 1243/2019

υφίσταται ειδική πρόβλεψη για το παραδεκτό της άσκησης προσφυγής ενώπιον ΑΕΠΠ, μόνον με κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

20. Επειδή, όπως προκύπτει από τα έγγραφα της διαδικασίας ως είναι αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η κρινόμενη προσφυγή, δεν έχει κατατεθεί ηλεκτρονικά, κατά παράβαση του κανονιστικού πλαισίου περί παραδεκτής άσκησης της προσφυγής αποκλειστικά και μόνον με κατάθεση στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ. Συγχρόνως δε, η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται, ούτε προκύπτει από την επίσημη ιστοσελίδα του ΕΣΗΔΗΣ (στήλη Νέα-Ανακοινώσεις)

(http://www.eprocurement.gov.gr/webcenter/faces/oracle/webcenter/page/scopedMD/sd0cb90ef_26cf_4703_99d5_1561ceff660f/Page119.jsx?_afLoop=117450730145245#%2Foracle%2Fwebcenter%2Fpage%2FscopedMD%2Fsd0cb90ef_26cf_4703_99d5_1561ceff660f%2FPage123.jsx%40%3Fwc.contextURL%3D%2Fspaces%2Fprod_ministry%26_adf.ctrl-

[state%3D15w7ceh6ry_4](#)) ότι συνέτρεξε περίπτωση πιστοποιημένης τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του συστήματος κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα, οπότε θα ήταν δυνατή η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής : Ήτοι από την 17-8-2019, ημερομηνία κατά την οποία αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ η προσβαλλόμενη διακήρυξη (σκέψη 2) και εκκίνησε η νόμιμη αποκλειστική προθεσμία προσβολής της με άσκηση προδικαστικής προσφυγής, μέχρι και την 11-9-2019 οπότε εξέπνευσε η σχετική αποκλειστική προθεσμία άσκησης προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ κατ' άρθ. 361 παρ. 1 περ. γ, άρθ. 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017. Εξάλλου, ακόμη και αν ήθελε τυχόν γίνει δεκτό (*quod non*) ότι και παρά τις ρητές και σαφείς ως άνω διατάξεις του νόμου, όμως παρά ταύτα, τυχόν ορθά ασκήθηκε η προσφυγή με αποστολή μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ την 14-6-2019 (σκέψη 8), σε κάθε περίπτωση, η υπό κρίση προσφυγή είναι απαράδεκτη, εν προκειμένω, και ως εκπρόθεσμη. Και τούτο διότι σύμφωνα με τις ανωτέρω ρητές και σαφείς διατάξεις του νόμου (σκέψη 12) ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Εν προκειμένω όμως, δεν προκύπτει ημερομηνία κατάθεσης της προσφυγής εντός της νόμιμης ως άνω αποκλειστικής προθεσμίας κατ' άρθ. 361 παρ. 1 περ. γ) του ν. 4412/2016 και άρθ. 4 παρ. 1

Αριθμός Απόφασης : 1243/2019

περ. γ) του ΠΔ 39/2017, ήτοι μέχρι την 11-9-2019 Συνεπώς η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή είναι επί πλέον εκπρόθεσμη και απορριπτέα, διότι δεν προκύπτει ημερομηνία υποβολής της *στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού* εντός της νόμιμης προθεσμίας άσκησής της κατά παράβαση των διατάξεων του άρθ. 361 παρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016 και άρθ. 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017, σε συνδ. με το άρθ. 10 παρ. 1 και άρθ. 25 παρ. 1 του ν. 2690/1999 ΚΔΔ ως ισχύει. Συνεπώς, η υπό εξέταση προσφυγή δεν έχει ασκηθεί παραδεκτά και σύμφωνα με τον νόμο.

21. Επειδή περαιτέρω, ο τρόπος άσκησης της προδικαστικής προσφυγής προβλέπεται ρητά στον νόμο, αποτελεί δε, εν πάσει περιπτώσει, ευθύνη του οικονομικού φορέα ο οποίος οφείλει να επιδεικνύει και την ανάλογη επιμέλεια. Σε κάθε δε περίπτωση, 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 και κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων ενασχολήσεώς τους με τις διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων, αυτοί οφείλουν να γνωρίζουν τις κρίσιμες διατάξεις (ΟΛΣΤΕ 876/2013, ΣΤΕ 268, 360/2018, 1400, 1595/2016, 3128, 3129/2015, 1072, 1985, 1988/2014, 2886/2013, 2315/2013). Επιπλέον, οι διατάξεις που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως «οικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου. Ως εκ τούτου, είναι άμεσης εφαρμογής, ανεξαρτήτως σχετικής ενημέρωσης από την αρμόδια Αρχή, κι επομένως, ακόμη και ανεξαρτήτως ρητής και εξαντλητικής αναφοράς των σχετικών προϋποθέσεων παραδεκτού στην οικεία διακήρυξη. Πολλώ δε μάλλον, ως εν προκειμένω, που η διακήρυξη σαφώς παραπέμπει στις οικείες εφαρμοζόμενες διατάξεις του νόμου περί ΕΣΗΔΗΣ (όρος 1.4 της διακήρυξης σκέψη 18), όσο και ρητώς έκανε μνεία του τρόπου άσκησης της προσφυγής με ηλεκτρονική κατάθεση στον τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (όρος 3.4 σκέψη 18). Επισημαίνεται επιπλέον, ότι υφίστανται σχετικές οδηγίες που είναι αναρτημένες στην επίσημη ιστοσελίδα του ΕΣΗΔΗΣ στην στήλη *προδικαστικές προσφυγές*, με ρητή μνεία του τρόπου κατάθεσης της προσφυγής με ανάρτηση στην οικεία ηλεκτρονική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (

Αριθμός Απόφασης : 1243/2019

http://www.eprocurement.gov.gr/webcenter/files/anakinoseis/prodikastiki_prosfigi_diadikasies_2018.pdf). Εξ άλλου, σύμφωνα με τον νόμο, σε κάθε περίπτωση ο ενδιαφερόμενος οφείλει να αιτηθεί αρμοδίως πρόσβαση στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ ώστε να καταστεί *χρήστης ΕΣΗΔΗΣ* κατά την έννοια του άρθ. 2 παρ. 1 περ. 32 και 33 του ν. 4412/2016 (σκέψη 14), και να είναι σε θέση να ασκεί τα νόμιμα δικαιώματά του πρόσβασης και χρήσης του ΕΣΗΔΗΣ κατ' άρθ. 22 του ν. 4412/2016 (σκέψη 14) και ιδία το δικαίωμά του *επικοινωνίας και ηλεκτρονικής υποβολής εγγράφων* -ως ειδικά η προδικαστική προσφυγή-. Η δε πρόσβαση στο ΕΣΗΔΗΣ χορηγείται και οφείλει να χορηγείται κατά τρόπο απλούστατο και άμεσο (άρθ. 4 παρ. 2.7 περ. 1.2, 1.2.1, 1.3 της ΥΑ 56902/215/2-6-17 σκέψη 17, άρθ. 37 παρ. 5, άρθ. 36 του ν. 4412/2016 σκέψεις 15 και 16). Εν προκειμένω όμως δεν προκύπτει ότι σε οποιαδήποτε χρονική στιγμή της κρίσιμης ως άνω νόμιμης αποκλειστικής προθεσμίας άσκησης της προσφυγής i) Η προσφεύγουσα αιτήθηκε νομίμως και αρμοδίως πρόσβαση στο ΕΣΗΔΗΣ ώστε να ασκήσει το νόμιμο δικαίωμά της κατάθεσης της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, ούτε ii) Ότι δεν της χορηγήθηκε η πρόσβαση κατόπιν νομίμου αιτήματος της προς τούτο, iii) Ούτε ότι συνέτρεξε τυχόν παράνομη ενέργεια τρίτου (όχι της προσφεύγουσας) η οποία να κατέστησε αδύνατη την πρόσβασή της στο ΕΣΗΔΗΣ iv) Ούτε ότι ειδικά στην προκειμένη περίπτωση η πρόσβαση στο ΕΣΗΔΗΣ δεν κατέστη προσιτή ή ότι περιορίσθηκε με οποιονδήποτε τρόπο η πρόσβαση στο σύστημα κατά παράβαση του άρθ. 22 του ν. 4412/2016 (σκέψη 14), v) Ούτε ότι συνέτρεξε περίπτωση τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ κατ' άρθ. 37 παρ. 4 του ν. 4412/2016 και άρθ. 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ανωτέρω, δεν δύναται να θεωρηθεί ως παραδεκτώς ασκηθείσα η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

22. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

23. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

24. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Αριθμός Απόφασης : 1243/2019

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 15-10-2019 και εκδόθηκε την 4-11-2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Βασιλική Κωστή