

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 12-7-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Μαργαρίτα Κανάβα, σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 4-6-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1150/4-6-2021 της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «Ένωση οικονομικών φορέων «...»– «...»- ...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της παράλειψης παραλαβής της προσφοράς του, στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης για «ΜΕΛΕΤΗ ΑΡΔΕΥΤΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ» της Πράξης «ΕΡΓΑ ΜΕΤΑΦΟΡΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΝΕΡΟΥ ΑΡΔΕΥΣΗΣ ΑΠΟ ΔΙΚΤΥΑ ΑΝΑΒΑΛΟΥ ΣΤΟ ΔΗΜΟ ... ΝΟΜΟΥ ...», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 1.191.903,52 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 23-2-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 5.960 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, ασκείται η από 4-6-2021 προσφυγή του κατά της επικαλούμενης παράλειψης της αναθέτουσας για τους δια της προσφυγής επικαλούμενους τεχνικούς λόγους και ιστορικό, να παραλάβει την προσφορά του προσφεύγοντος ενώ την 20-5-2021 έληξε ο χρόνος υποβολής προσφορών. Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 14-6-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 23-6-2021 υπόμνημά του.

3. Επειδή, όπως προκύπτει και από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και σύμφωνα με το άρ. 14 της διακήρυξης, ο καταληκτικός χρόνος υποβολής προσφορών είχε οριστεί για την 20-5-2021, ώρα 11.00. Κατά το ιστορικό της υπόθεσης, όπως το στοιχειοθετεί ο προσφεύγων, εκείνος σε χρόνο λιγότερο από 5 λεπτά πριν την ώρα λήξης υποβολής προσφορών, ολοκλήρωσε την ηλεκτρονική εκτύπωση μέσω του ΕΣΗΔΗΣ της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς του και του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής (10.55.16) και εν συνεχεία εντοπίστηκε σφάλμα κατά την υποβολή τους, με εκ του ηλεκτρονικού συστήματος αιτιολογία ότι δεν έλαβε χώρα τεχνικά ορθά και δεν ολοκληρώθηκε η εκτύπωση δικαιολογητικών συμμετοχής. Το ότι αυτά εκτυπώθηκαν ηλεκτρονικά δεν σημαίνει ότι εκτυπώθηκαν πάντως και με τεχνικό ορθό τρόπο. Στις 11.01 μετά δηλαδή, τη λήξη υποβολής προσφορών και ενώ το σύστημα κλείδωσε αυτόματα, ακριβώς λόγω λήξης του χρόνου αυτού, πράγμα που ο προσφεύγων ως έμπειρος στη συμμετοχή σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, όφειλε να γνωρίζει και να αναμένει, ο προσφεύγων απέστειλε ηλεκτρονικά μηνύματα στο ΕΣΗΔΗΣ και στην αναθέτουσα. Σημειωτέον, ότι το διάστημα των 5 λεπτών μεταξύ 10.55.16 και 11.01, επικαλούμενης απόπειρας τηλεφωνικής επικοινωνίας μεταξύ προσφεύγοντος και γραφείου βοήθειας ΕΣΗΔΗΣ είναι κατά κοινή λογική ιδιαίτερα μικρό, ώστε να μην στοιχειοθετείται τουλάχιστον μέχρι τον χρόνο λήξης υποβολής προσφορών, κάποια αβελτηρία της υπηρεσίας ΕΣΗΔΗΣ ούτε κάποια σοβαρή και μακρόχρονη προσπάθεια του προσφεύγοντος να επιλύσει, στο πλαίσιο της επιμελούς συμπεριφοράς ενός κατ' επάγγελμα εργολήπτη δημοσίων συμβάσεων το τεχνικό πρόβλημα. Περαιτέρω, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται σωρεία επικοινωνιών του,

που όμως έλαβαν όλες χώρα μετά τη λήξη υποβολής προσφορών και επομένως ήταν εξαρχής άνευ αντικειμένου, αφού ο ηλεκτρονικός τόπος του διαγωνισμού είχε κλειδωθεί ηλεκτρονικά και μόνος τρόπος επαναφοράς στην προτέρα κατάσταση ήταν η ματαίωση του και το άνοιγμα εξαρχής νέου ηλεκτρονικού τόπου με νέο χρόνο υποβολής προσφορών και τα ανωτέρω ενώ ήδη 6 οικονομικοί φορείς υπέβαλαν προσφορά. Παρανόμως δε ο προσφεύγων επικαλείται ότι ημέρες μετά τη λήξη υποβολής προσφορών κατά παράβαση της ίσης μεταχείρισης και ενώ ο προσφεύγων είχε κάθε δυνατότητα να μεταβάλει τα έγγραφα της προσφοράς του ενδιάμεσως, όχι όμως οι λοιποί ήδη προσφέροντες, η αναθέτουσα όφειλε να δεχτεί την προσφορά του εκπροθέσμως και τούτο όχι μόνο διότι αυτό θα παρέκαμπτε τους εκ της διακήρυξης και της ΥΑ117384/2017 - ΦΕΚ 3821/Β/31-10-2017, κανόνες περί αποκλειστικά ηλεκτρονικής υποβολής προσφορών, αλλά περαιτέρω θα έθετε επί της ουσίας αυτοτελή μεταγενέστερο χρόνο υποβολής προσφοράς επιλεκτικά για ένα διαγωνιζόμενο, προς ανταγωνισμό των υπολοίπων που υπέβαλαν πριν τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών. Περαιτέρω, στο έγγραφο που απέστειλε στην αναθέτουσα και σε απάντηση των επανειλημμένων μετά τη λήξη χρόνου υποβολής προσφορών, μηνιμάτων του προσφεύγοντος, η Δ/νση Διαγωνισμών Δημοσίων Συμβάσεων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών και με αρ. πρωτ. Δ11/148207/07- 06-2021 (αρ. πρωτ. εισερχομένου 1882/150609/08-06-2021) έγγραφό της, αναφέρει ότι «.....Στις 20-05-2021 και έως ώρα 11:00 περίπου (η καταληκτική ημέρα και ώρα υποβολής προσφορών του διαγωνισμού με Α/Α ...ήταν 20-05-2021 και ώρα 11:00), σύμφωνα με τα στοιχεία καταγραφής του, το σύστημα λειτουργούσε εύρυθμα και στο σύστημα υπεβλήθησαν 3 τριάντα (30) προσφορές σε διάφορους διαγωνισμούς μεταξύ των οποίων και προσφορές στον συγκεκριμένο διαγωνισμό. Κατόπιν εξέτασης των στοιχείων καταγραφής του συστήματος διαπιστώθηκαν τα κάτωθι: 1. Κατεγράφησαν εννέα (9) απόπειρες υποβολής προσφοράς.....από ώρα 10:48 έως και ώρα 10:59 (ήτοι 12 λεπτά πριν την καταληκτική ώρα του διαγωνισμού). 2.Η πηγή του προβλήματος συνήθως συνίσταται είτε στο λογισμικό ψηφιακής υπογραφής που χρησιμοποιεί ο οικονομικός φορέας στον σταθμό

εργασίας του, είτε σε κάποιας άλλης μορφής δυσλειτουργία στον σταθμό εργασίας του,..... 3.Ο οικονομικός φορέας ενημερώθηκε μέσω του συστήματος με σχετικό μήνυμα σφάλματος σε όλες τις απόπειρες υποβολής της προσφοράς του προκειμένου να προβεί σε αναγκαίες διορθώσεις. Οποιοσδήποτε έλεγχος για την υποβολή των στοιχείων της προσφοράς έπρεπε να είχε γίνει εγκαίρως πριν την καταληκτική ημερομηνία και ώρα υποβολής προσφορών στο διαγωνισμό και κατόπιν αιτήματος της Αναθέτουσας Αρχής μετά από σχετικές έγγραφες οχλήσεις του οικονομικού φορέα που διαπίστωσε τυχόν πρόβλημα κατά την υποβολή της προσφοράς στο σύστημα. Επιπλέον στο ψηφιακό αντίγραφο της ηλεκτρονικής φόρμας που επισυνάπτεται στην επικοινωνία του οικονομικού φορέα είναι ορατά στοιχεία της οικονομικής του προσφοράς.». Επομένως, κατά το έγγραφο της αρμοδίας υπηρεσίας για την επίβλεψη και διαχείριση του ΕΣΗΔΗΣ ουδόλως προκύπτουν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί ανυπαίτιας εκ μέρους του μη υποβολής της προσφοράς του, αφού ουδόλως βεβαιώνεται οιαδήποτε τεχνική αδυναμία του ίδιου του συστήματος (που επέτρεψε την υποβολή πολυάριθμων άλλων προσφορών σε άλλους διαγωνισμούς), το οποίο άλλωστε λειτουργεί κατ' ενιαίο τρόπο για κάθε ταυτοχρόνως διενεργούμενο διαγωνισμό, παρά το τεχνικό σφάλμα ανάγεται στη σφαίρα της δικής του ευθύνης, εξοπλισμού και διαδικασιών. Εξάλλου, η διενέργεια του διαγωνισμού ηλεκτρονικά με αποκλειστικό τρόπο υποβολής προσφορών ηλεκτρονικά, πέραν συνοδευτικών των ήδη υποβληθέντων ηλεκτρονικά, φυσικών εγγράφων, μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, κατά τρόπο άλλωστε, όπως διενεργείται η ιδιαίτερα μεγάλη πλειοψηφία διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων εδώ και πολλά έτη, με πολλές χιλιάδες κατ' έτος διενεργούμενες διαδικασίες και ιδιαίτερα μεγάλο αριθμό προσφορών να υποβάλλονται καθημερινά καθ' όλο το διάστημα αυτό, συνιστά εχέγγυο για την αξιοπιστία του ΕΣΗΔΗΣ ως μέσου υποβολής προσφορών και διενέργειας διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, με την αρμόδια περί αυτού υπηρεσία δυνάμενη να επιβλέπει διαρκώς τη λειτουργία και τα τυχόν τεχνικά προβλήματα, ως μόνη αρμόδια για την πιστοποίηση αυτών, όπως άλλωστε επιρρωνύει και η διάταξη του άρ. 8

παρ. 4 ΠΔ 39/2017 (που ναι μεν αφορά την κατάθεση προσφυγών, αλλά συνέχεια με το ζήτημα τεχνικής αδυναμίας και δυσλειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ). Αποδοχή των άλλωστε, αναπόδεικτων ερμηνειών του προσφεύγοντα, που άλλωστε ουδόλως αποδεικνύει ότι το σφάλμα δεν αναγόταν στον ίδιο και παρά την ως άνω κρίση της ίδιας της αρμόδιας υπηρεσίας του ΕΣΗΔΗΣ, θα διεμβόλιζαν το όλο σύστημα διενέργειας ηλεκτρονικών διαγωνισμών, επιτρέποντας την υποβολή προσφορών στον ίδιο διαγωνισμό με άλλοτε ηλεκτρονικό, άλλοτε έγχαρτο τρόπο, σε ad hoc προσωπικές προθεσμίες και άνευ ίσου μέτρου κρίσης. Τούτο βέβαια δεν σημαίνει ότι αν αποδεδειγμένα το ΕΣΗΔΗΣ τελεί σε τεχνική αδυναμία παραλαβής προσφοράς, ο οικονομικός φορέας δεν έχει δυνατότητα να επισημάνει τούτο στην αναθέτουσα, ζητώντας παράταση του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών. Πλην όμως εν προκειμένω αφενός ουδόλως αποδεικνύεται τέτοια τεχνική αδυναμία, αφετέρου ο προσφεύγων το πρώτον ειδοποίησε σχετικά την αναθέτουσα μετά τη λήξη υποβολής προσφορών και αυτό μάλιστα, χωρίς να αποδεικνύεται ήδη έκτοτε κάποια αντικειμενική, ήτοι αναγόμενη στο σύστημα και όχι στον προσφέροντα, αδυναμία υποβολής. Άλλωστε, δεν προκύπτει εν προκειμένω ούτε κάποια ανωτέρα βία, αφού ουδόλως η μη υποβολή προσφοράς αποδεικνύεται πως συνέχεια με αντικειμενικά γεγονότα που αφορούν το σύστημα υποβολής προσφορών, ενώ συγχρόνως ο προσφεύγων, όπως εκ του ιστορικού της υπόθεσης προκύπτει, ετοιμαζόταν να υποβάλει την προσφορά του ελάχιστα λεπτά πριν τη λήξη της προθεσμίας, σε χρόνο ώστε δύνατο αντικειμενικά να προβλέψει, πως αν λάμβανε χώρα οιοδήποτε σφάλμα, δεν θα είχε πλέον κανένα περιθώριο ούτε να διορθώσει αυτό ούτε να επικοινωνήσει εγκαίρως με τις αρμόδιες υπηρεσίες. Ο δε προσφεύγων επικαλούμενος μάλιστα ο ίδιος την εμπειρία του σε τέτοιες διαδικασίες, ανέλαβε τον κίνδυνο μη έγκαιρης υποβολής της προσφοράς του, αφού γνωρίζοντας ότι η υποβολή έληγε στις 11.00 και μετά τούτου θα ήταν τεχνικά αδύνατη η υποβολή της προσφοράς του, κατέλειπε έως κυριολεκτικά την τελευταία στιγμή, για να την καταστήσει έτοιμη προς υποβολή, προδήλως γνωρίζοντας ότι εφόσον προέκυπτε οιοδήποτε σφάλμα ή καθυστέρηση, δεν θα υπέβαλλε την προσφορά του. Το πρώτον δε μετά τη λήξη

χρόνου υποβολής, όταν πλέον δεν δύνατο να διορθώσει τίποτα, προέβη σε επανειλημμένες επικοινωνίες, χωρίς όμως τούτο να δημιουργεί έρεισμα παράλειψης της αναθέτουσας ή της αρμόδιας υπηρεσίας του ΕΣΗΔΗΣ, αφού η αναθέτουσα δεν δύναται να παρατείνει λήξασα προθεσμία υποβολής ηλεκτρονικής προθεσμίας, με τη λήξη της οποίας κλείνει αυτόματα ο ηλεκτρονικός τόπος του διαγωνισμού. Αφού κλείσει δε αυτός, οι οικείες επικοινωνίες του προσφεύγοντος δεν δημιουργούν έρεισμα συντέλεσης κάποιας πλέον πράξης και νόμιμης ενέργειας, αφού δεν υπάρχει πλέον κάποια πράξη και ενέργεια στην οποία δύναται να προβεί, πολλώ δε μάλλον ενώ ουδόλως η αρμόδια υπηρεσία του ΕΣΗΔΗΣ βεβαιώνει κάποια τεχνική αδυναμία του συστήματος να δεχθεί την προσφορά του προσφεύγοντος. Συνεπεία των ανωτέρω, δεν προκύπτει ούτε ανωτέρα βία αναγόμενη σε αντικειμενικά απρόβλεπτα γεγονότα και η οποία άνευ υπαιτιότητας του προσφεύγοντα παρεμπόδισε την εμπρόθεσμη υποβολή της προσφοράς του ούτε άνιση μεταχείριση αυτού ούτε σφάλμα, παράλειψη και αναγόμενη στη σφαίρα ευθύνης της αναθέτουσας, πλημμέλεια περί της υποβολής προσφορών ούτε τεχνική αδυναμία του ΕΣΗΔΗΣ προς εμπρόθεσμη υποβολή της προσφοράς του προσφεύγοντος ούτε εν τέλει παράνομη πράξη ή παράλειψη και μη συντέλεση νόμιμης οφειλόμενης ενέργειας της αναθέτουσας ή άλλης δημόσιας αρχής σχετικά με τη μη εμπρόθεσμη υποβολή της προσφοράς του προσφεύγοντος ούτε περί αποδοχής αυτής εκπροθέσμως, αφού ουδόλως ενόψει των ανωτέρω υποχρεούτο, αλλά ούτε καν δύνατο νομίμως η αναθέτουσα να δεχθεί τέτοια εκπρόθεσμη υποβολή ούτε προκύπτει παράνομη παράλειψη παράτασης του χρόνου υποβολής προσφορών, ο οποίος είχε ήδη λήξει όταν ο προσφεύγων ειδοποίησε την αναθέτουσα και τούτο άνευ ουδεμίας απόδειξης περί μη σφάλματος του ιδίου. Εξάλλου, οι περί πλημμελούς λειτουργίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, ισχυρισμοί του είναι αναπόδεικτοι και δεν ερείδονται σε βεβαίωση της αρμοδίας αρχής, η οποία ουδόλως επιβεβαιώνει τούτο. Επιπλέον, όπως και η αρμόδια υπηρεσία ΕΣΗΔΗΣ βεβαιώνει στην από 7-6-2021 ως άνω απάντησή της προς την αναθέτουσα, σχετικά με τις επικοινωνίες του προσφεύγοντος, υπάρχουν δημόσια αναρτημένοι οδηγοί και

εγχειρίδια χρήσης στην ιστοσελίδα του ΕΣΗΔΗΣ που αναφέρουν τον ενδεδειγμένο τεχνικό τρόπο υποβολής της προσφοράς και τα πιθανά προβλήματα ως και την επίλυσή τους, ενώ άλλωστε διατηρείται καθημερινά γραμμή ηλεκτρονικής επικοινωνίας και βοήθειας των οικονομικών φορέων, οι οποίοι όμως δεν δύνανται ευλόγως να αναμένουν εξυπηρέτησή τους, εφόσον επικοινωνήσουν λεπτά πριν λήξει ο χρόνος υποβολής προσφορών ή, όπως εν προκειμένω μετά από αυτόν. Αβασίμως ο προσφεύγων επικαλείται αποκλεισμό ή παρεμπόδιση υποβολής προσφοράς από λόγους μη προβλεπόμενους στη διακήρυξη, διότι η διακήρυξη στο άρ. 3 αυτής σαφώς ανέφερε την ηλεκτρονική υποβολή προσφορών μέσω ΕΣΗΔΗΣ μέχρι τον χρόνο του άρ. 14 αυτής, αναφερόμενη ούτως στη διαδικασία και τεχνική υποβολής προσφοράς, που χρειάζεται βάσει των τεχνικών ρυθμίσεων και δικλείδων ασφαλείας, ως και πάγιας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ ως ηλεκτρονικού συστήματος, την οποία προφανώς ούτε χρειάζεται ούτε αρμόζει στη διακήρυξη να περιγράψει λεπτομερώς και η οποία ισχύει για κάθε διαγωνισμό και κάθε επομένως, επιμελής διαγωνιζόμενος όφειλε να γνωρίζει ή να ερευνήσει προ της υποβολής της προσφοράς του, αφού άλλωστε η οικεία διαδικασία ισχύει και λειτουργεί αποτελεσματικά εδώ και 4 έτη, χωρίς να προκύπτει κάποια εν προκειμένω κατ' εξαίρεση δυσλειτουργία του ίδιου του συστήματος. Συνεπώς, το σύνολο των ισχυρισμών της προσφυγής είναι απορριπτέοι.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του Παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12-7-2021 και δημοσιεύθηκε στις 27-7-2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ**