

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 14.03.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου -Εισηγήτρια-, Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 05.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 103/06.02.2018, της εταιρίας [...] με δ.τ. [...], που εδρεύει στο [...], οδός [...].

Κατά της υπ' αριθ. 482/28/18.12.2017 απόφασης του Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου [...], κατ' αποδοχή του από 14.11.2017 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρίας για τα είδη με α/α 3 και α/α 6, όπως η εν λόγω απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο διενέργειας δημόσιου, ηλεκτρονικού, ανοικτού, κάτω των ορίων διαγωνισμού με αντικείμενο την προμήθεια «Διαλυμάτων Αιμοδιύλισης για τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου [...] για ένα έτος», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 127.221,50 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που με αυτή απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της για τα προσφερόμενα είδη με α/α 3 και α/α 6 και ως εκ τούτου αποκλείστηκε η συμμετοχή της από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού.

## Αριθμός απόφασης: 211 / 2018

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 8818/12.10.2017 Διακήρυξη του Γενικού Νοσοκομείου [...] προκηρύχθηκε διεθνής, ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός, κάτω των ορίων, για την επιλογή αναδόχου της προμήθειας «Διαλυμάτων Αιμοδιύλισης (CPV: 33692800-5) για τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου [...], για ένα έτος» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 127.221,50 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 13.10.2017 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 13.10.2017, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 47042.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο 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 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 188128971958 0330 0015), ποσού 600,00 €, το οποίο συνιστά το κατώτατο ποσό παραβόλου που ορίζεται κατά τις ως άνω διατάξεις, στην περίπτωση που το ύψος του παραβόλου, υπολογιζόμενο σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης της σύμβασης, υπολείπεται του ως άνω ποσού, ενώ επισυνάπτεται και εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 για την άσκηση της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 127.221,50 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ €, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού

## Αριθμός απόφασης: 211 / 2018

και συνεπώς παραδεκτώς, κατά τούτο, ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, κατά τη 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 ....»*, ομοίως δε προβλέπεται και στη διάταξη του 4 παρ. 1 του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, περαιτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 362 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : *«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»* ενώ κατά τη διάταξη του άρθρου 8 παρ. 3-4 του π.δ. 39/2017 προβλέπεται 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) ...»*.

7. Επειδή, άλλωστε, κατά τη διάταξη του άρθρου 36 παρ. 1 του Ν. 4412/2016: *«Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων*

## Αριθμός απόφασης: 211 / 2018

του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ». Περαιτέρω, σύμφωνα με την παρ. 1.1. του άρθρου 19 της υπ. αριθ. 56902/215 Απόφασης του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης, (ΦΕΚ Β΄ 1924/02.06.2017) «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)» «..... οι Προδικαστικές Προσφυγές του Βιβλίου IV του ν.4412/16, 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...». Ήτοι, κατά το περιεχόμενο των εν λόγω διατάξεων, καθιερώνεται η ηλεκτρονική διενέργεια της διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεων αξίας ανώτερης των 60.000 ευρώ και ως εκ τούτου η εκ του νόμου υποχρέωση του προσφεύγοντος να καταθέσει την προδικαστική προσφυγή μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), υποχρέωση η οποία συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας κατάθεσης της προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, ως εκ τούτου, λαμβάνοντας υπόψη ότι η προσβαλλόμενη με αριθ. 482/28/18.12.2017 απόφαση του Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου [...] αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) την 17.01.2018, η 10ήμερη προθεσμία για την άσκηση της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής εκτείνεται έως την 29.01.2018, ημέρα Δευτέρα και δη πρώτη εργάσιμη ημέρα μετά τη λήξη της 10ήμερης προθεσμίας που επέρχεται κατ'αρχήν την 27.01.2018, ημέρα Σάββατο, και επομένως έως την ημεροχρονολογία τούτη (29.01.2018) όφειλε η προσφεύγουσα να καταθέσει την υπό κρίση Προσφυγή της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

9. Επειδή, παρόλα αυτά, η υπό κρίση προσφυγή κατατέθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την Α.Ε.Π.Π. την 29.01.2018, χωρίς

## **Αριθμός απόφασης: 211 / 2018**

όμως η προσφεύγουσα να προβεί στην ηλεκτρονική κατάθεση αυτής μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., πολλώ δε μάλλον χωρίς να επικαλείται και να αποδεικνύει τεχνική αδυναμία της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 8 του Π.Δ.39/2017, προκειμένου να δικαιολογείται η κατάθεση της προσφυγής το πρώτον στην Α.Ε.Π.Π., ενώ εν συνεχεία, η προσφεύγουσα υποβάλει την προδικαστική προσφυγή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 05.02.2018, ήτοι 7 ημέρες μετά από την κοινοποίησή της στην Α.Ε.Π.Π., οπότε και κοινοποιεί κατά το ορθόν αυτή μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και στην Α.Ε.Π.Π.

10. Επειδή, ειδικότερα, από την επισκόπηση του φακέλου της υπό κρίση Προσφυγής προκύπτει ότι, η προσφεύγουσα απέστειλε προδικαστική προσφυγή κατά της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την Α.Ε.Π.Π. την 29.01.2018, χωρίς όμως να προβεί στην ηλεκτρονική κατάθεση αυτής μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ως απαιτούν οι σχετικές ως άνω διατάξεις για την ορθή άσκηση της προδικαστικής προσφυγής. Πολλώ δε μάλλον, η προσφεύγουσα δεν ενήργησε σε άμεσο χρόνο, μετά την αποστολή της προσφυγής με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την Α.Ε.Π.Π., αναρτώντας αυτή και στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., προκειμένου να θεραπεύσει την εν λόγω πλημμέλεια. Υπό τα δεδομένα τούτα, την 01.02.2018 απεστάλη μέσω της αρμόδιας γραμματείας της Α.Ε.Π.Π. μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την αναθέτουσα αρχή, με το οποίο η Α.Ε.Π.Π. ενημερώνει την αναθέτουσα αρχή για τη μη προσήκουσα άσκηση της σχετικής προσφυγής μέσω του συστήματος του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ενώ, σε συνέχεια του εν λόγω μηνύματος, η αναθέτουσα αρχή προβαίνει αυθημερόν στην κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής μέσω της ενέργειας «Επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. προς τρίτους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, χωρίς παράλα αυτά, και μετά την ενέργεια αυτή, η προσφεύγουσα να ενεργήσει πάραυτα τα δέοντα για την ανάρτηση της προδικαστικής προσφυγής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., προκειμένου να θεραπεύσει, έστω και κατά τον ύστατο χρόνο κοινοποίησης της προσφυγής

## **Αριθμός απόφασης: 211 / 2018**

στους ενδιαφερόμενους τρίτους, την απαραίτητη εκ του νόμου ενέργεια για την κατάθεση κατά το ορθόν της προδικαστικής προσφυγής. Υπό τα δεδομένα τούτα, την 05.02.2018 υποβάλλεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης με αριθ. 482/28/18.12.2018 απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, και ακολούθως κοινοποιείται αυθημερόν στην Α.Ε.Π.Π. με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Ως εκ τούτου, η υποβολή της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης με αριθ. 482/28/18.12.2018 απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 05.02.2018 ασκήθηκε κατ'αρχήν εκπροθέσμως, σε κάθε δε περίπτωση, ακόμα κι αν ήθελε θεωρηθεί ως ταυτόσημη με την υποβληθείσα από 29.01.2018 προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. –πράγμα το οποίο ουδόλως διευκρινίζεται από την προσφεύγουσα και σε κάθε περίπτωση απαιτεί κατ'αρχήν διασταύρωση του περιεχομένου των δύο προσφυγών- υποβλήθηκε πέραν του εύλογου χρόνου, εντός του οποίου θα μπορούσε υπό τις συνθήκες που περιγράφονται ανωτέρω, και κατ'επίκληση της αρχής της επιείκειας, να θεραπευθεί η έλλειψη κατάθεσης αυτής μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. εμπροθέσμως.

11. Επειδή, η κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, ημεροχρονολογία η οποία συνιστά το νόμιμο χρόνο υποβολής της προσφυγής, στηρίζεται στις σαφείς διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017 (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 27,29,235/2015, ΣτΕ 777/2013 Ολομ., 494/2013), διατάξεις στις οποίες παραπέμπει η υπόψη διακήρυξη (άρθρο 8), με αποτέλεσμα να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και λεπτομερειών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., ιδίως, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 111), πολλώ δε μάλλον όταν η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται επί σειρά ετών στην αγορά των δημοσίων

## **Αριθμός απόφασης: 211 / 2018**

συμβάσεων, συμμετέχοντας ενεργά σε πληθώρα δημόσιων διαγωνισμών που διενεργούνται ηλεκτρονικά και έχοντας την κατάλληλη εμπειρία προς τούτο. Επομένως, δεν είναι αντικειμενικώς ικανές οι οικείες διατάξεις να γεννήσουν αμφιβολίες ως προς την υποχρέωση κατάθεσης της προδικαστικής προσφυγής εμπροθέσμως μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπως και ως προς την επερχόμενη συνέπεια του απαραδέκτου της προσφυγής που ασκήθηκε εκπροθέσμως μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (πρβλ ΣτΕ Ολ.1583/2010, ΣτΕ Ολομ, 1852/2009) καθώς μια τέτοια θεώρηση θα συνιστούσε παραβίαση των αρχών της ισότητας και της αμεροληψίας που δέον να διέπουν κάθε διαγωνιστική διαδικασία.

12. Επειδή, η κατάθεση της Προσφυγής, δια της αναρτήσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, αποτελεί εν πάσει περιπτώσει, ευθύνη του προσφεύγοντος (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 27/2015 κατ' αναλογία).

13. Επειδή, περαιτέρω, η προσπάθεια διάσωσης της προδικαστικής προσφυγής, δεν μπορεί να φτάσει μέχρι την εκ μέρους της Α.Ε.Π.Π. ή της αναθέτουσας αρχής ενέργεια προς υποκατάσταση της υποχρέωσης της προσφεύγουσας για την ορθή και εμπρόθεσμη κατάθεση της προδικαστικής της προσφυγής, πολλώ δε μάλλον όταν υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις γίνεται ευκόλως αντιληπτό ότι τόσο η Α.Ε.Π.Π. όσο και η αναθέτουσα αρχή ενήργησαν τα δέοντα ώστε να κινητοποιήσουν την προσφεύγουσα προκειμένου η τελευταία να υποβάλλει προσηκόντως και εντός εύλογου χρόνου την προσφυγή της.

14. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή υποβλήθηκε μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το πρώτον την 05.02.2018, ήτοι εκπροθέσμως, και σε κάθε περίπτωση πέραν του εύλογου χρόνου εντός του οποίου υπό τις αναφερόμενες ως άνω περιστάσεις, και κατ'επίκληση της αρχής της επιείκειας, θα μπορούσε να θεραπευθεί η έλλειψη της εμπρόθεσμης υποβολής αυτής μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ενώ η περί του αντιθέτου ερμηνεία, ήτοι η αποδοχή της δυνατότητας υποβολής της προδικαστικής προσφυγής μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. σε οποιοδήποτε χρόνο εκ των υστέρων σε σχέση με τυχόν άλλο τρόπο υποβολής αυτής τον οποίο επέλεξε ο προσφεύγων,

## **Αριθμός απόφασης: 211 / 2018**

καταλύει τον κανόνα που επιτάσσει την ηλεκτρονική διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης και την εξ' αυτής καθιερούμενη από το νόμο υποχρέωση του προσφεύγοντος να καταθέτει την προδικαστική προσφυγή εμπροθέσμως μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

15. Επειδή, τούτων δοθέντων, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως εκπροθέσμως ασκηθείσα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 188128971958 0330 0015), ποσού 600,00 €, θα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού 600,00€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 14 Μαρτίου 2018 και εκδόθηκε στις 21 Μαρτίου 2018.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Νεκτάριος Α. Μερτινός**