

**Η**

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

**8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 31<sup>η</sup> Οκτωβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη,

Για να εξετάσει την από 25-9-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1172/26-9-2019 της ... ασκούσας ατομική επιχείρηση με τον διακριτικό τίτλο ..., κατοίκου ..., οδός ... αριθ. ...,

Κατά της ..., που εδρεύει στη ..., στην ..., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα αρχή), και

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία ... και τον διακριτικό τίτλο ..., που εδρεύει στο ..., οδός ... αριθ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται: *Την καθ' ολοκληρίαν ακύρωση της με αριθ. πρωτ. .../18-9-2019 Διακήρυξης, άλλως την ανάκληση – μεταρρύθμισή της κατά το μέρος που ο εν λόγω διαγωνισμός προκηρύσσεται με τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση.*

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής, και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

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. .../19-4-2019 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής διακηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός μέσω του ΕΣΗΔΗΣ με αντικείμενο την *ΦΥΛΑΞΗ ΤΗΣ ... ( ... – ...- χώρος στάθμευσης μεταξύ πυλών 2 και 3 της ...- Γραφείων κτιρίου Διοίκησης της ...- Εκκλησίας), CPV: ..., με κριτήριο ανάθεσης πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης τιμής – ποιότητας, προϋπολογισμού 900.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (σελ. 2 της διακήρυξης). Κατά*

## Αριθμός Απόφασης : 1294/2019

την εξέλιξη της διαδικασίας του διαγωνισμού εκείνου εκδόθηκε η με αριθ. .../.../18-6-2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά της οποίας ασκήθηκε η από 28-6-2019 προδικαστική προσφυγή του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα ..., για την ακύρωση της απόφασης αυτής με την οποία είχε απορριφθεί η προσφορά του. Επί της προδικαστικής προσφυγής εκδόθηκε η με αριθ. 913/2019 απόφαση ΑΕΠΠ (7<sup>ο</sup> Κλιμάκιο) με την οποία έγινε δεκτή η προσφυγή και ακυρώθηκε η προαναφερόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, προσκλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή με το από 13-8-2019 έγγραφο της ΑΕΠΠ να ενημερώσει αν έχει συμμορφωθεί και με ποια πράξη με την υπ' αριθ. 913/201 απόφαση της ΑΕΠΠ. Η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ σύμφωνα με το υπ' αριθ. .../13-9-2019 έγγραφό της. Εν τω μεταξύ, κατά της με αριθ. 913/2019 απόφασης ΑΕΠΠ ασκήθηκε η με αριθ. .../23-8-2019 αίτηση αναστολής της ήδη παρεμβαίνουσας, η οποία συζητήθηκε την 19-9-2019 ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου ..., ως αναφέρεται στα με αριθ. πρωτ. .../1-10-2019 και .../7-10-2019 έγγραφα της αναθέτουσας αρχής με τις απόψεις της επί της προσφυγής, στην παρέμβαση και στην με αριθ. .../.../18-9-2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί διακήρυξης της ήδη προσβαλλόμενης διαδικασίας. Η ως άνω ασκηθείσα αίτηση αναστολής με αριθ. .../23-8-2019 κατά της ΑΕΠΠ και ίδια κατά της με αριθ. 913/2019 απόφασης ΑΕΠΠ (7<sup>ο</sup> Κλιμάκιο) ζητήθηκε εγγράφως από την Εισηγήτρια, αλλά δεν χορηγήθηκε, λόγω άρνησης από τον χειριζόμενο την δικαστική υπόθεση Δικηγόρο ..., και επί πλέον δεν έχει καταστεί γνωστή στο Κλιμάκιο η τυχόν εκδοθείσα δικαστική απόφαση.

2. Επειδή σε συνέχεια της άσκησης της ως άνω πρώτης προσφυγής με ημερομηνία 28-6-2019, η αναθέτουσα αρχή με τα υπ' αριθ. πρωτ. .../25-7-2019 και .../23-8-2019 έγγραφα της αιτήθηκε από την ΕΑΑΔΗΣΥ την *Παροχή σύμφωνης γνώμης για αίτημα διαπραγμάτευσης* σύμφωνα με το άρθ. 32 του ν. 4412/2016, προκειμένου να προβεί σε διενέργεια διαπραγμάτευσης δίχως δημοσίευση για την ανάθεση υπηρεσιών *φύλαξης των κτιρίων και των ιδιωτικών επιχειρήσεων που λειτουργούν στον χώρο* της, και τούτο για τόσο χρονικό διάστημα όσο απαιτείται για να προκύψει ανάδοχος από τον εν εξελίξει διαγωνισμό της διακήρυξης με αριθ. .../19-4-2019, και συγκεκριμένα για χρονικό διάστημα ενός έτους, με προϋπολογισμό 470.000 ευρώ, με προαίρεση ότι η σύμβαση θα λυθεί αυτοδικαίως μόλις αναδειχθεί ανάδοχος

## Αριθμός Απόφασης : 1294/2019

από τον εν εξελίξει Τακτικό Διαγωνισμό, δηλώνοντας ότι στην διαδικασία διαπραγμάτευσης θα καλέσει να συμμετάσχουν οι τρεις (εταιρίες που συμμετείχαν στον εν εξελίξει διαγωνισμό και τρεις (3) ακόμη εταιρίες τυχαίας επιλογής. Σε συνέχεια τούτων, η ΕΑΑΔΗΣΥ χορήγησε την με αριθ. .../.../12-9-2019 ΓΝΩΜΗ σύμφωνα με την οποία κήρυξε εαυτόν αναρμόδιο κατ' άρθρο 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ' υποπερίπτωση δδ' ν. 4013/2011, σε συνδυασμό με το άρθρο 5 περίπτωση δ' του ν. 4412/2016 προς χορήγηση σύμφωνης γνώμης για σύναψη δημόσιας σύμβασης μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης βάσει της 2 περ. γ' του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, ήτοι για λόγους κατεπείγουσας ανάγκης, λόγω του αιτουμένου ποσού ... λαμβανομένης υπόψη της εκτιμώμενης αξίας της υπό κρίση σύμβασης (470.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και δεδομένου ότι το, συμφώνως προς το άρθρο 5 παρ. δ του ν. 4412/2016, κατώτατο όριο των συμβάσεων επί των οποίων εφαρμόζονται οι διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ...ανέρχεται στο ποσό των 750.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Εν συνεχεία, με την υπ' αριθ. .../.../18-9-2019 θέμα 7<sup>ο</sup>, απόφαση της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε «..η διενέργεια διαπραγμάτευσης δίχως δημοσίευση Διακήρυξης του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016 με προϋπολογισμό 470.000,00€, για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους. ...όρος της διαδικασίας διαπραγμάτευσης θα είναι ότι, εάν αναδειχθεί ανάδοχος από τον εξελίξει διαγωνισμό, αυτοδικαίως θα λυθεί η σύμβαση που θα προκύψει από την διαδικασία της διαπραγμάτευσης. 2. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της τιμής και σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας. ...4. Η επιτροπή διενέργειας τακτικών διαγωνισμών για την διαδικασία διαπραγμάτευσης θα καλέσει να συμμετάσχουν τις τέσσερις (4) εταιρίες που συμμετείχαν στον εν εξελίξει διαγωνισμό, ήτοι: i. ... ii. ... iii. ... iv. ... ..»

3. Επειδή κατόπιν τούτων, με την υπ' αριθ. πρωτ. .../18-9-2019 ήδη προσβαλλόμενη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής διακηρύχθηκε Διαδικασία διενέργειας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση Διακήρυξης για την παροχή της υπηρεσίας «ΦΥΛΑΞΗ ΤΗΣ ... (... –...- χώρος στάθμευσης μεταξύ πυλών 2 και 3 της ...- Γραφείων κτιρίου Διοίκησης της ...- Εκκλησίας)» (όπως αναφέρονται και στην με αρ. πρωτ. .../19-4-2019 Διακήρυξη του εν εξελίξει

## Αριθμός Απόφασης : 1294/2019

διαγωνισμού της ...) (όρος 1.2 της διακήρυξης), με τον ρητό όρο ότι Ο διαγωνισμός θα διεξαχθεί με την διαδικασία του άρθρου 32 του ν. 4412/16 με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής (όρος 1.5 της διακήρυξης), και σύμφωνα με τους όρους της με αριθ. .../19-4-2019 στους οποίους παραπέμπει σχεδόν κάθε ένα άρθρο και όρος της προσβαλλόμενης διακήρυξης, με *εκτιμώμενη αξία σύμβασης σε ευρώ, χωρίς ΦΠΑ : 470.000,00€ , χιλιάδες ευρώ (ΜΕΡΟΣ Β - ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ* σελ. 17 της διακήρυξης). Γίνεται μνεία ότι ι) Δεν περιελήφθη στην προσβαλλόμενη διακήρυξη όρος περί πρόσκλησης στην διαπραγμάτευση συγκεκριμένων οικονομικών φορέων, ούτε όρος περί δικαιώματος προς υποβολή προσφοράς από μόνους τους οικονομικούς φορείς που συμμετείχαν στην διαδικασία του διαγωνισμού που διακηρύχθηκε με την υπ' αριθ. .../19-4-2019 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, ήτοι δεν περιέχεται όρος που να αποκλείει από την διαδικασία οποιονδήποτε άλλο ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, ιι) Ούτε όρος περί αυτοδίκαιας λύσης της σύμβασης που θα προκύψει από την διαδικασία διαπραγμάτευσης ευθύς ως προκύψει ανάδοχος στα πλαίσια του διαγωνισμού της διακήρυξης με αριθ. .../19-4-2019. Ωστόσο, το σημείο ιι) συμπληρώθηκε την 25-9-2019 από την αναθέτουσα αρχή με ανάρτηση στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, και στην λειτουργικότητα *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (*εφεξής επικοινωνία*), προς γνώση κάθε ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα, εγγράφου με τον τίτλο **ΔΙΕΥΚΡΙΝΗΣΗ** σύμφωνα με το οποίο «...η σύμβαση η οποία θα υπογραφεί με τον ανάδοχο που θα προκύψει εκ της διαδικασίας διαπραγμάτευσης, θα έχει διάρκεια ενός (1) έτους, χρονικό διάστημα για το οποίο υπολογίστηκε και ο προϋπολογισμός αυτής. Όρος της σύμβασης που θα προκύψει ( θα υπογραφεί ) είναι ότι, με την ανάδειξη αναδόχου από τον εξελίξει τακτικό διεθνή διαγωνισμό, αυτοδικαίως θα λυθεί η σύμβαση που θα προκύψει από την διαδικασία της διαπραγμάτευσης...» Η ως άνω ανακοίνωση, δεν αμφισβητήθηκε επικαίρως ως προς την νομιμότητα, και εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο της υπό εξέταση διαδικασίας, συμπληρώνοντας τους όρους της διακήρυξης στους οποίους αφορά σύμφωνα με το άρθ. 67 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και τον όρο 2.1.3 της διακήρυξης, (βλ. και σχετική παγία

## Αριθμός Απόφασης : 1294/2019

νομολογία ΕΑ ΣΤΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕΦΑΘ (αναστ.) 451/2014, 437/2013).

4. Επειδή, παρά τα διαλαμβανόμενα ως άνω στο σώμα της προσβαλλόμενης διακήρυξης περί προκήρυξης *Διαδικασίας διενέργειας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση Διακήρυξης* κατ' άρθ. 32 του ν. 4412/2016, όμως το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 19-9-2019, στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ... (βλ. επίσημη ιστοσελίδα του ΚΗΜΔΗΣ ως link στην επίσημη ιστοσελίδα του ΕΣΗΔΗΣ, καταχωρήσεις σε <http://www.eprocurement.gov.gr/kimds2/unprotected/searchNotice.htm?execution=e6s1> και <http://www.eprocurement.gov.gr/kimds2/unprotected/searchNotice.htm?execution=e6s2> . Εξ άλλου το πλήρες κείμενο της ήδη προσβαλλόμενης διακήρυξης αναρτήθηκε και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο ηλεκτρονικός διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος ... .

5. 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.

5. Επειδή στον διαγωνισμό δεν κατέθεσε προσφορά η προσφεύγουσα, ούτε άλλος οικονομικός φορέας, πλην της παρεμβαίνουσας η οποία κατέθεσε την με αριθ. 151613 προσφορά.

6. Επειδή την 25-9-2019 γνωστοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ η υπό εξέταση προσφυγή για την ακύρωση της με αριθ. .../18-9-2019 προσβαλλόμενης διακήρυξης, επισυναπτόμενη σε μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της προσφεύγουσας στο οποίο αναφέρει ότι «*Σας καταθέτουμε ηλεκτρονικά έντυπο για προδικαστική προσφυγή σχετικά με την προκήρυξη με αρ. πρωτ .../18-09-2019. Η παρούσα νομίμως κατατέθηκε στην ΑΕΠΠ, για το λόγο ότι η επιλογή εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής της διαδικασίας του αρ. 32 του ν. 4412/2016 είχε σας αποτέλεσμα να επιφυλάξει πρόσβαση στον επίδικο διαγωνισμό μόνο στους συμμετέχοντες της διαδικασίας του από 19-04-2019 Διαγωνισμού, αποκλείοντας κάθε άλλο από τον ηλεκτρονικό τόπο του υπό κρίση διαγωνισμού. Ως εκ τούτου για λόγους ανωτέρας βίας η παρούσα*

## **Αριθμός Απόφασης : 1294/2019**

*κατατίθεται νομίμως μόνο στην ΑΕΠΠ και όχι στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ. ...»*

7. 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 2.350,00 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 25-9-2019 αποδεικτικό πληρωμής του στην EUROBANK).

8. Επειδή ως προκύπτει από το με ημερομηνία 11-10-2019 ηλεκτρονικό μήνυμα της αναθέτουσας αρχής «...Στις 30.09.2019 μας κοινοποιήθηκε από την ΑΕΠΠ η ΓΑΚ 1172/2019 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας "...", ενώ η προσφεύγουσα μέχρι και σήμερα δεν έχει ζητήσει πρόσβαση στη πλατφόρμα του διαγωνισμού...»

9. Επειδή την 30-9-2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης εμπρόθεσμα, με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η παρεμβαίνουσα μετέχει του προσβαλλόμενου διαγωνισμού με την εύλογη προσδοκία ανάθεσης της επίμαχης προμήθειας, ασκήθηκε την 10-10-2019 η με αριθ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ 1031/2019 παρέμβαση, με τον νόμιμο προβλεπόμενο τρόπο κατάθεσης στην «επικοινωνία» και κοινοποίηση αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την παρεμβαίνουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, την 11-10-2019 από την αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ.

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή γνωστοποίησε την 1-10-2019, 4-10-2019, 7-10-2019, με μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ και με ανάρτηση αυθημερόν στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, τα με αριθ. πρωτ. .../1-10-2019 και .../7-10-2019 έγγραφα με τις απόψεις της επί της προσφυγής, καθώς και τον φάκελο της υπόθεσης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του ν. 4412/2016 και 9 παρ. 1 περ. (β) του ΠΔ 39/2017.

## **Αριθμός Απόφασης : 1294/2019**

12. 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. 1476/27-9-2019 Πράξης του Προέδρου του 8<sup>ου</sup> Κλιμακίου «περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή».

13. 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».

14. 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».

15. 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-

## **Αριθμός Απόφασης : 1294/2019**

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...».

16. 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...»

17. 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.....»

18. 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



## **Αριθμός Απόφασης : 1294/2019**

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 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

## Αριθμός Απόφασης : 1294/2019

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 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..»

19. 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...»

20. 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

## Αριθμός Απόφασης : 1294/2019

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 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

## Αριθμός Απόφασης : 1294/2019

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.....». 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.)»

21. Επειδή στον όρο 1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι « **1.3 Θεσμικό πλαίσιο** Όπως αναφέρονται στην υπ' αριθμ. πρωτ. .../19-4-2019 Διακήρυξη & υπ' αριθμ. .../7/18-9-2019 Απόφαση Δ.Σ. της ...» Στον δε όρο 1 της με αριθ. .../19-4-2019 διακήρυξης προβλέπεται ότι «**1.3 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)»... - 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.)», ... του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ 64/Α/4-05-2017) «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών»...» Και περαιτέρω, στην απόφαση με αριθ. 602/7/18-9-2019 του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής ορίζεται ότι «...Η διαπραγμάτευση θα διενεργηθεί την 7η ημέρα από την ανάρτηση του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ....Οι όροι της σύμβασης & διαδικασίας διενέργειας της διαδικασίας διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση Διακήρυξης θα είναι οι εξής (όπως αναφέρονται και στην με αρ. πρωτ. .../19-4-2019 Διακήρυξη του εν εξελίξει διαγωνισμού της ...):...» Ακολούθως, στον όρο 1.4 της προσβαλλόμενης διακήρυξης προβλέπεται ότι « **1.4 Προθεσμία παραλαβής προσφορών και διενέργεια διαγωνισμού** ... Η διαδικασία θα διενεργηθεί με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού

## Αριθμός Απόφασης : 1294/2019

Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), η οποία θα είναι προσβάσιμη μέσω της Διαδικτυακής πύλης [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr), από την 18-9-2019 και ώρα 16:00, ημέρα Τετάρτη.» Περαιτέρω στον όρο 2 προβλέπεται ότι « **2. ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ 2.1.2 Επικοινωνία - Πρόσβαση στα έγγραφα της Σύμβασης** Όπως αναφέρονται στην υπ' αριθμ. πρωτ. .../19-4-2019 Διακήρυξη » Στον δε όρο 1 της με αριθ. .../19-4-2019 διακήρυξης προβλέπεται ότι «**1.1.4. Στοιχεία Επικοινωνίας** α) Τα έγγραφα της σύμβασης είναι διαθέσιμα για ελεύθερη, πλήρη, άμεση & δωρεάν ηλεκτρονική πρόσβαση στην διεύθυνση (URL) : μέσω της διαδικτυακής πύλης [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr) του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. και στη ιστοσελίδα της ... (...) : ... β) Οι προσφορές πρέπει να υποβάλλονται ηλεκτρονικά στην διεύθυνση : [www.promitheus.gov.gr](http://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**» της προσβαλλόμενης διακήρυξης προβλέπεται ότι: « Όπως αναφέρονται στο άρθρο 3.4 της υπ' αριθμ. πρωτ. .../19-4-2019 Διακήρυξης» Στον δε ταυτάριθμο όρο 3.4 της με αριθ. .../19-4-2019 διακήρυξης 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...»

22. Επειδή από το σύνολο της κείμενης νομοθεσίας καθώς και από τους ρητούς όρους της διακήρυξης (σκέψεις 13 έως και 21), 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

## **Αριθμός Απόφασης : 1294/2019**

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 15), πράγμα το οποίο δεν προκύπτει ότι συντρέχει εν προκειμένω. Συνεπώς, με βάση τις άνω διατάξεις, καθίσταται σαφές ότι υφίσταται ειδική πρόβλεψη για το παραδεκτό της άσκησης προσφυγής ενώπιον ΑΕΠΠ, μόνον με κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

23. 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.jspx?\\_afLoop=117450730145245#%2Foracle%2Fwebcenter%2Fpage%2FscopedMD%2Fsd0cb90ef\\_26cf\\_4703\\_99d5\\_1561ceff660f%2FPage123.jspx%40%3Fwc.contextURL%3D%2Fspaces%2Fprod\\_ministry%26\\_adf.ctrl-state%3D15w7ceh6ry\\_4](http://www.eprocurement.gov.gr/webcenter/faces/oracle/webcenter/page/scopedMD/sd0cb90ef_26cf_4703_99d5_1561ceff660f/Page119.jspx?_afLoop=117450730145245#%2Foracle%2Fwebcenter%2Fpage%2FscopedMD%2Fsd0cb90ef_26cf_4703_99d5_1561ceff660f%2FPage123.jspx%40%3Fwc.contextURL%3D%2Fspaces%2Fprod_ministry%26_adf.ctrl-state%3D15w7ceh6ry_4)

ότι συνέτρεξε περίπτωση πιστοποιημένης τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του

## Αριθμός Απόφασης : 1294/2019

συστήματος κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα, για τη παραδεκτή άσκηση της προσφυγής : Ήτοι από την 19-9-2019, ημερομηνία κατά την οποία αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ η προσβαλλόμενη διακήρυξη (σκέψη 4) και εκκίνησε η νόμιμη αποκλειστική προθεσμία προσβολής της με άσκηση προδικαστικής προσφυγής, μέχρι και την 14-10-2019 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 25-9-2019 (σκέψη 6), 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 15), ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής ρητά *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 περ. γ) του ΠΔ 39/2017, ήτοι μέχρι την 14-10-2019 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.

24. 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,

## Αριθμός Απόφασης : 1294/2019

3128, 3129/2015, 1072, 1985, 1988/2014, 2886/2013, 2315/2013). Επιπλέον, οι διατάξεις που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως «δικονομικές» 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 1.3 της διακήρυξης σκέψη 21), όσο και ρητώς έκανε μνεία του τρόπου άσκησης της προσφυγής με ηλεκτρονική κατάθεση στον τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (όρος 3.4 σκέψη 21). 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 ( [http://www.eprocurement.gov.gr/webcenter/files/anakinoseis/prodikastiki\\_prosfigi\\_diadikasies\\_2018.pdf](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 17), και να είναι σε θέση να ασκεί τα νόμιμα δικαιώματά του πρόσβασης και χρήσης του ΕΣΗΔΗΣ κατ' άρθ. 22 του ν. 4412/2016 (σκέψη 17), 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 20, άρθ. 37 παρ. 5, άρθ. 36 του ν. 4412/2016 σκέψεις 19 και 18). 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



## Αριθμός Απόφασης : 1294/2019

πρόσβαση κατόπιν νομίμου αιτήματος της προς τούτο, ιιι) Ούτε ότι συνέτρεξε τυχόν παράνομη ενέργεια τρίτου (όχι της προσφεύγουσας), η οποία να κατέστησε αδύνατη την πρόσβασή της στο ΕΣΗΔΗΣ ιν) 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 17), ν) 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. Αντίθετα, ως προκύπτει από το με ημερομηνία 11-10-2019 ηλεκτρονικό μήνυμα της αναθέτουσας αρχής η προσφεύγουσα μέχρι την ημέρα εκείνη 11-10-2019 δεν είχε ζητήσει πρόσβαση στην πλατφόρμα του διαγωνισμού ενώ δεν προκύπτει, ούτε η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι πάντως ζητήθηκε πρόσβαση στο ΕΣΗΔΗΣ οποτεδήποτε και μέχρι την 14-10-2019, οπότε έληξε η νόμιμη αποκλειστική προθεσμία παραδεκτής άσκησης της προσφυγής. Συστοίχως, η προσφεύγουσα αόριστα και απορριπτέα ισχυρίζεται ότι η επιλογή εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής της διαδικασίας του αρ. 32 του ν. 4412/2016 είχε σαν αποτέλεσμα να επιφυλάξει πρόσβαση στον επίδικο διαγωνισμό μόνο στους συμμετέχοντες της διαδικασίας του από 19-04-2019 Διαγωνισμού, αποκλείοντας κάθε άλλο από τον ηλεκτρονικό τόπο του υπό κρίση διαγωνισμού Ως εκ τούτου για λόγους ανωτέρας βίας η παρούσα κατατίθεται νομίμως μόνο στην ΑΕΠΠ και όχι στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (σκέψη 6). Όμως, η επιλογή της διαδικασίας από την αναθέτουσα αρχή δεν περιορίζει αφ' εαυτής ούτε καταργεί αυτομάτως το νόμιμο δικαίωμα της προσφεύγουσας όπως αιτηθεί και λάβει πρόσβαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προκειμένου να ασκήσει το νόμιμο δικαίωμά της άσκησης προσφυγής κατά τα ως άνω, ενώ συγχρόνως η προσφεύγουσα ούτε ισχυρίζεται ούτε προκύπτει ότι αιτήθηκε πρόσβαση στο ΕΣΗΔΗΣ κατά τον νόμο. Εν προκειμένω μάλιστα δεν προκύπτει ουδέ καν ότι πράγματι η αναθέτουσα εφήρμοσε την διαδικασία του άρθ. 32 του ν. 4412/2016 καθόσον α) η επίμαχη διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ (σκέψη 4) ήτοι δεν πρόκειται -εν τοις πράγμασιν- περί διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, παρά τα αντίθετα που εσφαλμένα εκλαμβάνει η προσφεύγουσα και β) δεν προκύπτει από τους όρους της προσβαλλόμενης διακήρυξης αυτούς καθ' εαυτούς (σκέψη 3), ότι αποκλείεται από τη

## **Αριθμός Απόφασης : 1294/2019**

συμμετοχή στην επίμαχη διαδικασία οποιοσδήποτε τρίτος πέραν των μετεχόντων στον διαγωνισμό της διακήρυξης με αριθ. .../19-4-2019, παρά τα αντίθετα που εσφαλμένα εκλαμβάνει η προσφεύγουσα. Σε κάθε περίπτωση, ουδεμία περίπτωση ανωτέρας βίας προκύπτει ότι παρεμπόδισε την προσφεύγουσα όπως αιτηθεί αρμοδίως και προσηκόντως από την αναθέτουσα αρχή και λάβει νομίμως πρόσβαση στο ΕΣΗΔΗΣ προκειμένου να ασκήσει την υπό εξέταση προσφυγή της. Και τούτο δεδομένου μάλιστα ότι ασφαλώς δεν εκφεύγει της σφαίρας επιρροής και δυνατοτήτων της προσφεύγουσας η κατά νόμον αίτηση προς απόκτηση πρόσβασης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, πράγμα στο οποίο η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται καν ότι προέβη. Επομένως, σύμφωνα με τα ανωτέρω, δεν δύναται να θεωρηθεί ως παραδεκτώς ασκηθείσα η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή.

25. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

27. Επειδή το αίτημα της παρέμβασης πρέπει να γίνει δεκτό.

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

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται το αίτημα της παρέμβασης.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 31-10-2019 και εκδόθηκε την 20-11-2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Βασιλική Κωστή**