

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 13 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή - δυνάμει της από 19.07.2021 Απόφασης της Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π, Μέλη.

Για να εξετάσει την από, 05.08.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1573/05.08.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί, άλλως, ανακληθεί η με αρ. Πρωτ. ... Απόφαση της αναθέτουσας αρχής - με την οποία αποφασίσθηκε η μη αποδοχή της Προσφοράς της προσφεύγουσας - που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια ... συστημάτων», προϋπολογισμού 225.806,45€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας/τιμής, σύμφωνα με το άρθρο 86 του Ν. 4412/201 (με αριθμό ... Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ...ποσού χιλίων εκατό είκοσι εννέα ευρώ και τριών λεπτών 1.129,03€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 05.08.2021, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1573/05.08.2021, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 225.806,45€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης, με αρ. Πρωτ. ... Απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα: «*Συμβάσεις - Διαγωνισμοί [Διακήρυξη Διαγωνισμού Υπ' Αριθμ. ... για την Προμήθεια Μέσων ... (...)]*» στις 26.07.2021.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, που διαμαρτύρεται για το γεγονός ότι δεν έγινε δεκτό το αίτημα ολοκλήρωσης της ηλεκτρονικής υποβολής της Προσφοράς της στον διαδικτυακό τόπο (Ε.ΣΗ.ΔΗ.Σ) του εν θέματι Διαγωνισμού, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την με αρ. Πρωτ. ... Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μη νομίμως ΔΕΝ της παρασχέθηκε η δυνατότητα, όπως ολοκληρώσει την ηλεκτρονική υποβολή της με αριθμό ... Προσφοράς της, αφού αποδεδειγμένα, δηλαδή βάσει σχετικού εγγράφου του διαχειριστή του Συστήματος, υπήρξε - κατά τον κρίσιμο χρόνο - πρόσκαιρη τεχνική αδυναμία λειτουργίας και πιο συγκεκριμένα, υπερφόρτωση των εγκαταστάσεων του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, που εκτελούσαν τη συγκεκριμένη συναλλαγή (transaction), ήτοι, τη διαδικασία υποβολής της συγκεκριμένης Προσφοράς.

Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα στην Προσφυγή της (βλ. σελ. 5 και επόμε.): «[...] Η ...δυνάμει της υπ' αρ. .../2021 διακήρυξης με α/α ΕΣΗΔΗΣ ... προκήρυξε ανοιχτό δημόσιο διαγωνισμό [...] Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 4-6-2021 και ώρα 15:00 ενώ στη παράγραφο 2.4.2.7.3. προβλέπεται ότι εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή προσκομίζονται υποχρεωτικά στην Αναθέτουσα Αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν. Η εκτιμώμενη καθαρή αξία της σύμβασης ανέρχεται σε 225.806,45 € χωρίς ΦΠΑ ενώ με το ΦΠΑ σε 280.000 €.

Η εταιρεία μας προσπάθησε να υποβάλλει την προσφορά της έγκαιρα και νόμιμα όμως εξαιτίας αδυναμίας λειτουργίας του συστήματος, η προσφορά μας δεν υποβλήθηκε. Επειδή, η εταιρεία μας δεν μπόρεσε να υποβάλλει τη προσφορά της ηλεκτρονικά, με έγγραφό της που έλαβε αρ. Πρωτ. ... διαμαρτυρήθηκε προς την Αναθέτουσα Αρχή και την ΕΣΗΔΗΣ, και ακολούθως η ΕΣΗΔΗΣ, διέταξε την

Αναθέτουσα Αρχή μέχρι να ερευνήσει την υπόθεση να προχωρήσει στην αναβολή της προγραμματισμένης αποσφράγισης των υποβληθέντων προσφορών που αφορούν τον εν λόγω ηλεκτρονικό διαγωνισμό. Με αυτό το αίτημα που υποβάλλαμε εγγράφως - μέσω ηλεκτρονικού μηνύματος (σχετ. 1) την 4-6-2021, επειδή δεν είχαμε πρόσβαση στο ΕΣΗΔΗΣ εκφράσαμε τη διαμαρτυρία μας τόσο προς την Αναθέτουσα Αρχή όσο και προς την ΕΣΗΔΗΣ. Σε αυτή την έγγραφη αίτησή μας για διερεύνηση του ανωτέρω περιστατικού η Γενική Γραμματεία Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης - Διεύθυνση Διαχείρισης, Ανάπτυξης & Υποστήριξης Εθνικού Συστήματος ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), **κατόπιν ενδελεχούς έρευνας δυνάμει του υπ' αρ. ... ΕΞ 2021 εγγράφου της (σχετ. 2) απεφάνθη κατηγορηματικά** ότι: «Από το σύνολο των ανωτέρω στοιχείων επιβεβαιώνεται κατά την άποψή μας ότι η μη οριστική υποβολή της με ... ηλεκτρονικής προσφοράς της εταιρείας «...» στον με ... ηλεκτρονικό διαγωνισμό δεν οφείλεται σε μη ενδεδειγμένες ενέργειες της εταιρείας. αλλά σε πρόσκαιρη τεχνική αδυναμία λειτουργίας του συστήματος και συγκεκριμένα σε υπερφόρτωση των τμημάτων της εγκατάστασης που εκτελούσαν την διαδικασία (transactions) υποβολής της συγκεκριμένης προσφοράς.»

Παρόλο το ανωτέρω πρόβλημα η εταιρεία νόμιμα και εμπρόθεσμα ί υπέβαλλε και εγγράφως την προσφορά της όπως προβλέπεται στη παράγραφο 2.4.2.7.3. και έτσι την 8-6-2021 η προσφορά μας παρελήφθη από την κ. ... με αριθμό πρωτ. μέσω της ACS (Αρ. Voucher ...).

Από την χρονική εκείνη στιγμή η Αναθέτουσα Αρχή δεν μας ειδοποίησε για τις ενέργειες στις οποίες προτίθεται να προχωρήσει και στις προφορικές μας εκκλήσεις δεν μας έδωσε καμία απολύτως σαφή απάντηση. Για τον λόγο αυτόν, αναγκαστήκαμε να διαμαρτυρηθούμε εξωδίκως προς την Αναθέτουσα Αρχή δυνάμει της από 21-7- 2021 εξωδίκου διαμαρτυρία αίτησης και δήλωσης την οποία κοινοποιήσαμε και προς την Γενική Γραμματεία Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης - Διεύθυνση Διαχείρισης, Ανάπτυξης & Υποστήριξης Εθνικού Συστήματος ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων

(ΕΣΗΔΗΣ) (σχετ. 3 & 4, υπ' αρ. ... & ... εκθέσεις επιδόσεως του δικαστικού επιμελητή ... διορισμένου στο Εφετείο ...).

Σε απάντηση του εξώδικου μας εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία απορρίπτεται η προσφορά της εταιρείας μας.

II. Έννομο συμφέρον.

Η εταιρεία μας έχει υποβάλλει την έγχαρτη προσφορά της σύμφωνα με τη διακήρυξη εντός του χρόνου που όριζε αυτή. Από λόγους που δεν αφορούν την ίδια, αλλά εξαιτίας τεχνικού προβλήματος δεν μπόρεσε να υποβάλλει την προσφορά της και ηλεκτρονικά. Με την εξώδικη δήλωση της από 21-7-2021 (σχετ. 3) η εταιρεία μας για μια ακόμη φορά με το σύνολο των ενεργειών της απέδειξε ότι επιθυμεί να λάβει μέρος στο διαγωνισμό και πως νόμιμα και εμπρόθεσμα υπέβαλλε την προσφορά της όπου και όταν ορίζεται στη διακήρυξη. Είναι χαρακτηριστικό ότι τόσο η προσφορά της εταιρείας μας στην έγχαρτη μορφή όσο και η εγγυητική επιστολή δεν έχουν επιστραφεί από την Αναθέτουσα Αρχή. Η εταιρεία μας έχει υποβάλλει νόμιμη προσφορά και διατηρεί εύλογο έννομο συμφέρον να της ανατεθεί η σύμβαση.

Σύμφωνα με τη νομολογία των Ελληνικών Διοικητικών Δικαστηρίων για να διατηρήσει το έννομο συμφέρον, προκειμένου να αμφισβητηθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις της διοίκησης, πρέπει ο αιτών να καταθέσει προσφορά συμμετοχής στο διαγωνισμό. Εφόσον ο αιτών δεν κατορθώσει να υποβάλλει την προσφορά του θα πρέπει να υποβάλλει ένσταση σχετικά με το γεγονός ότι επιχειρήθηκε η υποβολή της προσφοράς χωρίς όμως αυτό να γίνει δυνατό από λόγους που δεν οφείλονται στον ίδιο και ότι σε περίπτωση που απορριφθεί η προσφορά του θα υποβάλλει σχετική ένσταση (ΣΤΕ ΕΑ 600/2012, ΔΕΨ ΠΕΙΡ 19/2015 (αναστολών)).

Η εταιρεία μας υπέβαλλε σχετική διαμαρτυρία και έλαβε την απάντηση από το ΕΣΗΔΗΣ με την οποία αποδεικνύεται περίτρανα ότι η μη υποβολή της ηλεκτρονικής προσφοράς της οφειλόταν σε λόγους του συστήματος και όχι σε αβελτηρία της εταιρείας μας. Επιπρόσθετα με την υποβολή της προσφοράς μας εγγράφως σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.2.7.3. της διακήρυξης και την υποβολή της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής προκύπτει αβίαστα το γεγονός

ότι δεν έχουμε καταστεί τρίτοι ως προς το διαγωνισμό και ότι συνεχίζουμε να συμμετέχουμε σε αυτόν.

III. Πλημμέλειες της προσβαλλόμενης πράξης / Απόφασης [...]

Η αιτιολογία της ανωτέρω αποφάσεως είναι παράνομη, αντιφατική, αντίθετη με τα στοιχεία του φακέλου και καταχρηστική ενώ δεν διαθέτει την ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία που απαιτεί ο νόμος για κάθε ατομική διοικητική πράξη. Ειδικότερα :

III.2. Παραβίαση του άρθρου 37. 4 του Ν. 4412/2016.

Σύμφωνα με το άρθρο 37 § 4 του Ν. 4412/2016 σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία οφείλεται σε γεγονότα <http://www.aepp-procurement.gr> 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 δημοσίευσή της. Η ανωτέρω αδυναμία πιστοποιείται, για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και γενικών υπηρεσιών, από τη Διεύθυνση Διαχείρισης, Ανάπτυξης και Υποστήριξης του ΕΣΗΔΗΣ της Γενικής Διεύθυνσης Υποδομών Πληροφορικής και Επικοινωνιών Δημόσιας Διοίκησης της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης και, στη συνέχεια, με αιτιολογημένη απόφασή της, η αναθέτουσα αρχή καθορίζει τον τρόπο συνέχισης και διεξαγωγής της διαδικασίας.

Η ανωτέρω υπηρεσία αναφέρει ότι «δεν προέκυψε κάποιο εύρημα που να τεκμηριώνει χειρισμό του χρήστη της εταιρείας μη σύμφωνο με τα σχετικά εγχειρίδια και οδηγίες χρήσης του Συστήματος Δηλαδή αναφέρει ρητά ότι δεν υπάρχει ευθύνη από την πλευρά της εταιρείας μας για την μη υποβολή της προσφοράς μας. Επιπρόσθετα τεκμηριώνει την αδυναμία υποβολής της προσφοράς μας λέγοντας ότι : «εκτιμάται ότι η καθυστέρηση που αφορά στην αποδοχή της εμπρόθεσμης προσπάθειας υποβολής της συγκεκριμένης προσφοράς από το Σύστημα, οφείλεται σε υπερφόρτωση των τμημάτων των εγκαταστάσεων του Συστήματος που εκτελούσαν την συγκεκριμένη συναλλαγή (transaction)».

Είναι σημαντικό ότι η ανωτέρω αρμόδια υπηρεσία στο πόρισμά της καταλήγει με τα εξής : «Από το σύνολο των ανωτέρω στοιχείων επιβεβαιώνεται κατά την άποψή ότι η μη οριστικά υποβολή της με ... ηλεκτρονικής προσφοράς της εταιρείας «...» στον με ΑΑ ... ηλεκτρονικό διαγωνισμό δεν οφείλεται σε μη ενδεδειγμένες ενέργειες της εταιρείας, αλλά σε πρόσκαιρη τεχνική αδυναμία λειτουργίας του συστήματος και συγκεκριμένα σε υπερφόρτωση των τμημάτων των εγκαταστάσεων του Συστήματος που εκτελούσαν τη διαδικασία (transaction) υποβολής της συγκεκριμένης προσφοράς.

Αντίθετα, η προσβαλλόμενη απόφαση εξέλαβε εσφαλμένα τη δήλωση της εν λόγω υπηρεσίας περί μη γενικευμένης αδυναμίας λειτουργίας του συστήματος, καθώς εκείνη την ημέρα υπεβλήθησαν 111 προσφορές, εκ των οποίων 3 στον εν λόγω διαγωνισμό, ως αιτιολογία για να μη στοιχειοθετηθεί η ανωτέρω βία, που θα είχε ως αιτία την μετάθεση της ώρας και ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, ώστε να συμπεριληφθεί και η προσφορά της εταιρείας μας στον διαγωνισμό. Εσφαλμένα παραλείπει η προσβαλλόμενη απόφαση να αναφέρει ότι ο ΕΣΗΔΗΣ αναφέρει ότι «... την 4/6/2021 δεν υπήρξε γενικευμένη αδυναμία λειτουργίας του Συστήματος πέραν της προαναφερόμενης στη συγκεκριμένη προσφορά». Επομένως αποδεικνύεται και από αυτή την φράση ότι κατά την υποβολή της προσφοράς της εταιρείας μας, υπήρξε αδυναμία του Συστήματος. Επομένως κατά παράβαση του **άρθρου 37 § 4 του Ν. 4412/2016** η προσβαλλόμενη απόφαση προχωρά σε αξιολόγηση του τεχνικού προβλήματος καθ' υπέρβαση του νόμου αναφέρει ότι μόνη αρμόδια για την εξέταση της ύπαρξης τεχνικής αδυναμίας ή μη του Συστήματος είναι η Διεύθυνση Διαχείρισης, Ανάπτυξης και Υποστήριξης Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων. Επομένως, η προσφορά μας πρέπει να γίνει αποδεκτή καθώς ο ΕΣΗΔΗΣ διαπίστωσε ότι από λόγους που δεν έχουν σχέση με την εταιρεία δεν υποβλήθηκε η προσφορά, άρα από γεγονότα ανωτέρας βίας.

III.3. Αντιφατική αιτιολογία της Απόφασης

Η αιτιολογία της απόφασης θα πρέπει να στηρίζεται στα στοιχεία του φακέλου και να είναι ειδική και εμπειριστατωμένη. Στη προκειμένη περίπτωση η προσβαλλόμενη απόφαση ενώ αναγνωρίζει ότι λόγω δυσλειτουργίας δεν

μπορούσε η εταιρεία μας να υποβάλλει την προσφορά της μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ απορρίπτει την προσφορά μας επειδή το αίτημά μας για αποδοχή της έγινε μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και όχι μέσω ΕΣΗΔΗΣ.

Σύμφωνα με την αρχή «ουδείς υποχρεωμένος στα αδύνατα» θα πρέπει να γίνει αποδεκτό ότι επειδή δεν μπορούσαμε να υποβάλλουμε την προσφορά μας μέσω ΕΣΗΔΗΣ, δεν μπορούσαμε όπως και μέχρι σήμερα δεν μπορούμε να έχουμε πρόσβαση στο διαγωνισμό μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ. Έτσι η προσβαλλομένη απόφαση με αντιφατική αιτιολογία ενώ αναγνωρίζει τη δυσλειτουργία για την υποβολή προσφοράς λόγω δυσλειτουργίας του συστήματος, απορρίπτει την προσφορά μας επειδή ειδοποιήσαμε έγκαιρα και εμπρόθεσμα τους αρμόδιους φορείς με το μόνο και δυνατό τρόπο που διαθέταμε. Επομένως, είναι φανερό ότι και η δεύτερη προσπάθεια αιτιολογίας της απόρριψης της προσφοράς μας είναι παράνομη και έρχεται σε αντίφαση με την απόφαση στο αμέσως προηγούμενο σημείο της.

III.4. Έλλειψη ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας - εσφαλμένη αιτιολογία.

Στο άρθρο 37 παρ. 4 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι «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 προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής, όπως ιδίως η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας και η δημοσίευσή της».

Σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να λάβει άμεσα όλα τα απαιτούμενα μέτρα και κυρίως τη τήρηση του ελάχιστου διαστήματος για την υποβολή των προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής. Ενδεικτικά αναφέρονται ως πιθανά μέτρα η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας και η σχετική δημοσίευση αυτής της μετάθεσης (Ράικος : Δημόσιες Συμβάσεις Ν.4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο Τόμος Ι, Άρθρο 37 σελ. 405, §§ 15-16). Σε κανένα σημείο όμως της διάταξης δεν προβλέπεται ότι η

ανωτέρα βία είναι γεγονός που πρέπει να αναφέρεται σε γενικευμένη δυσλειτουργία ώστε να πρέπει να μετατεθούν οι προθεσμίες για όλους. Ο όρος «ανώτερη βία» είναι γεγονός αντικειμενικό ή σχετικό με το πρόσωπο του δικαιούχου, το οποίο στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν μπορεί να προβλεφθεί και να αποτραπεί ακόμη και με μέτρα άκρας επιμέλειας.

Επειδή, η ευθύνη λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ ανήκει αποκλειστικά στον διαχειριστή του συστήματος (ΓΓΕΠΚ), αποτελεί με βεβαιότητα γεγονός ανωτέρας βίας για τον οικονομικό φορέα η αδυναμία λειτουργίας του. Σε κανένα σημείο του νόμου δεν προβλέπεται ότι η αδυναμία λειτουργίας θα πρέπει να οδηγεί σε πρόβλημα υποβολής προσφορών σε περισσότερους οικονομικούς φορείς. Ο όρος της ύπαρξης ανωτέρας βίας δεν συνδέεται με ποσοτικό κριτήριο. Δεν είναι δυνατό για να ισχύει να πρέπει να επηρεάζει περισσότερους, αλλά ισχύει ατομικά για κάθε οικονομικό φορέα. Επειδή, η ανωτέρω αιτιολογία είναι αντίθετη στο νόμο και δεν δικαιολογείται από τα στοιχεία του φακέλου και κυρίως από την με α.π. ... απάντηση της Διεύθυνσης Διαχείρισης και Ανάπτυξης & υποστήριξης Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), θα πρέπει να ακυρωθεί και να γίνει αποδεκτή η προσφορά μας.

III.5. Αοριστία αιτιολογίας.

Η προσβαλλομένη απόφαση αναφέρει ότι απορρίπτεται η προσφορά της εταιρείας μας, επειδή δεν υποβλήθηκε ηλεκτρονικά, λόγω του τεχνικού προβλήματος του ΕΣΗΔΗΣ το οποίο όμως δεν αποτέλεσε γενικευμένη δυσλειτουργία, καθώς την ίδια ημέρα υποβλήθηκαν 111 προσφορές εκ των οποίων 3 στο συγκεκριμένο διαγωνισμό. Όμως η προσβαλλομένη απόφαση απορρίπτει την προσφορά μας, επειδή είχαν υποβληθεί και άλλες προσφορές χωρίς πρόβλημα. Όμως ζητούμενο είναι αν κατά την υποβολή της προσφοράς της εταιρείας μας υπήρξε δυσλειτουργία του συστήματος ή όχι, και σε καμία περίπτωση αν και κατά πόσο το σύστημα λειτούργησε σε άλλες περιπτώσεις. Η πραγματικότητα που αναλύεται από την με α.π. ... ΕΞ 2021 απάντηση της Διεύθυνσης Διαχείρισης και Ανάπτυξης & υποστήριξης Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), είναι ότι η μη υποβολή της προσφοράς μας οφείλεται σε πρόσκαιρη τεχνική αδυναμία του συστήματος και

όχι σε μη ενδειγεγμένες ενέργειες της εταιρείας. Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι αόριστη, καθώς δεν δικαιολογεί την άποψή της σχετικά με την ύπαρξη τεχνικού προβλήματος που εμπόδισε την εταιρεία μας στην υποβολή της προσφοράς, αλλά αναφέρει ότι επειδή υποβλήθηκαν άλλες προσφορές το τεχνικό πρόβλημα δεν ήταν γενικευμένο και επομένως δεν θα πρέπει να ισχύει και για την εταιρεία μας.»

6. Επειδή, στο άρθρο 36 («Υποχρέωση χρήσης – Λειτουργία ΕΣΗΔΗΣ - Εξουσιοδοτική διάταξη») του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το ΕΣΗΔΗΣ σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των τριάντα χιλιάδων (30.000) ευρώ, εξαιρουμένης της διαδικασίας σύναψης συμβάσεων που προβλέπονται στο άρθρο 128, περί ανάθεσης εξειδικευμένων υπηρεσιών (σύμβουλοι, εμπειρογνώμονες) για τη μελέτη και εκτέλεση συμβάσεων δημοσίων έργων και συμβάσεων παραχώρησης έργων.

2. Το ΕΣΗΔΗΣ συμμορφώνεται με: α) τις απαιτήσεις του του Παραρτήματος IV του Προσαρτήματος Α' και β) τους κανόνες του παρόντος άρθρου και των άρθρων 22, περί κανόνων που εφαρμόζονται στις επικοινωνίες, και 37, περί πολιτικής ασφάλειας του ΕΣΗΔΗΣ.

Πέραν των ανωτέρω το ΕΣΗΔΗΣ τηρεί όσα ορίζονται: α) στον ν. 4727/2020 (Α' 184), β) στο Πλαίσιο Παροχής Υπηρεσιών Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (ΠΗΔ), το οποίο κυρώθηκε με την υπό στοιχεία ΥΑΠ/Φ.40.4/1/989/2012 απόφαση του Υφυπουργού Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (Β' 1301) και γ) στο π.δ. 25/2014 (Α' 44), περί ηλεκτρονικού αρχείου και ψηφιοποίησης εγγράφων.

3. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Υποδομών και Μεταφορών, Ψηφιακής Διακυβέρνησης και Οικονομικών ρυθμίζονται τα τεχνικά ζητήματα που αφορούν στην 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, της διαδικασίας ηλεκτρονικής σύναψης των δημόσιων συμβάσεων που συνάπτονται, των ηλεκτρονικών καταλόγων, των ηλεκτρονικών πλειστηριασμών, των δυναμικών συστημάτων αγορών, των ηλεκτρονικών παραγγελιών, της ηλεκτρονικής τιμολόγησης, των ηλεκτρονικών πληρωμών,

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, τα τεκμήρια γνωστοποίησης και απόκτησης πρόσβασης από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, καθώς και τον τρόπο και την απόδειξη πρόσβασης σε έγγραφα μέσω του ΕΣΗΔΗΣ και χορήγησης αντιγράφων,

γ) τον καθορισμό και την εφαρμογή μέτρων εκπαίδευσης των χρηστών, μέσω σχετικών προγραμμάτων και σεμιναρίων εκπαίδευσης και επιμόρφωσης ή με τη σύνταξη κωδίκων πρακτικής,

δ) τη διαβάθμιση των χρηστών, τον τρόπο πρόσβασης και μελέτης των εγγράφων των διαγωνισμών και τη δημιουργία και χορήγηση αντιγράφων με χρήση Τεχνολογιών Πληροφορικής και Επικοινωνιών (ΤΠΕ), τα αντίστοιχα αναγνωριστικά και διαπιστευτήρια και τα ειδικότερα θέματα και μεθόδους εγγραφής, αυθεντικοποίησης, την πολιτική ασφάλειας του δικτυακού τόπου και την εφαρμογή της κείμενης νομοθεσίας για την προστασία προσωπικών δεδομένων των χρηστών του ΕΣΗΔΗΣ και

ε) τους όρους και τις προϋποθέσεις που εξασφαλίζουν, σε τεχνικό επίπεδο, την αδιάλειπτη και ορθή λειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ στη Γενική Γραμματεία Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών.[...] 7. Στο ΕΣΗΔΗΣ τηρείται Εθνικό Μητρώο Οικονομικών Φορέων Προμήθειας Αγαθών και Παροχής Υπηρεσιών.[...]».

7. Επειδή, στο άρθρο 37 «Πολιτική ασφαλείας ΕΣΗΔΗΣ» (άρθρο 22 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) παρ. 4 του Ν. 4412/2016, 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 δημοσίευσή της. Η ανωτέρω αδυναμία πιστοποιείται, για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και γενικών υπηρεσιών, από τη Διεύθυνση Διαχείρισης, Ανάπτυξης και Υποστήριξης του ΕΣΗΔΗΣ της Γενικής Διεύθυνσης Υποδομών Πληροφορικής και Επικοινωνιών Δημόσιας Διοίκησης της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης και, στη συνέχεια, με αιτιολογημένη απόφασή της, η αναθέτουσα αρχή καθορίζει τον τρόπο συνέχισης και διεξαγωγής της διαδικασίας. Η αδυναμία του πρώτου εδαφίου πιστοποιείται, για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, από τη Γενική Γραμματεία Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, και στη συνέχεια, με αιτιολογημένη απόφασή της, η αναθέτουσα αρχή καθορίζει τον τρόπο συνέχισης και διεξαγωγής της διαδικασίας.».

8. Επειδή, αιτιολογία είναι γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης . Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού

οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάσει των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣτΕ 2418/1976, 1061/1981). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Α.Τάχος. Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, Εκδόσεις Σάκκουλα) ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. Απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, Τ-461/08, ΕΥ:Τ:2011:494, σκέψη 122, και Αποφάσεις της 25ης

Φεβρουαρίου 2003, StrabagBenelux κατά Συμβουλίου, T-183/00, EU:T:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, T-32/08, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά EUIPO, T-652/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:370, σκέψη 43)

9. Επειδή, στο από 04.06.2021, έγγραφο της προσφεύγουσας προς τον διαχειριστή του ΕΣΗΔΗΣ, αναφέρονται τα κάτωθι: «Θα θέλαμε να σας ενημερώσουμε ότι ενώ ήμασταν στη διαδικασία υποβολής προσφοράς αριθ. ... (αριθ. συστήματός σας ...) το σύστημά σας μας πέταξε έξω, ενώ είχαμε πατήσει την υποβολή. Συγκεκριμένα το σύστημα έκλεισε με αποτέλεσμα να μας βγάλει μήνυμα σφάλματος, ότι ο διαγωνισμός έχει κλείσει. **Παρακαλούμε για τις απαραίτητες ενέργειές σας ΑΜΕΣΑ, προκειμένου να ελεγχθεί το σύστημα για την εμπρόθεσμη υποβολή της προσφοράς μας (προς διευκόλυνσή σας επισυνάπτεται στιγμιότυπο οθόνης για μήνυμα που έβγαλε το σύστημά σας).** Παρακαλούμε να ελέγξετε και να μας απαντήσετε πότε ανέβηκαν τα τελευταία αρχεία και να μας δώσετε τη δυνατότητα να ολοκληρώσουμε τη διαδικασία. Ευχαριστούμε εκ των προτέρων για την άμεση και θετική ανταπόκρισή σας.»

10. Επειδή, στην προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: «[...] Αφού ελήφθησαν υπόψη:

α. Οι διατάξεις των (α), (δ) έως (ι) και (ιβ) έως (ιγ) σχετικών, οι οποίες αφορούν στο ισχύον νομοθετικό πλαίσιο, που διέπει τις προμήθειες του Δημοσίου.

β. Το (β) σχετικό, που αναφέρεται στη συγκρότηση, σύνθεση, συνεδριάσεις, λειτουργία και αποφάσεις των συλλογικών οργάνων της διοίκησης

γ. Το (γ) σχετικό, που αναφέρεται στη μεταβίβαση της οικονομικής εξουσίας των κ.κ. ... σε κεντρικά και περιφερειακά όργανα διοίκησης των ... (...).

δ. Η (ιδ) σχετική διακήρυξη του υπ' αριθμ. ..., ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου διαγωνισμού (ΑΔΑΜ:...), για την προμήθεια θέματος.

ε. Η (ιε) σχετική με την οποία η εταιρεία «...» αιτήθηκε την αποδοχή των δικαιολογητικών της προσφοράς της, καθόσον η διαδικασία υποβολής τους δεν ολοκληρώθηκε επιτυχώς στην πλατφόρμα του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ).

στ. Το (στ) σχετικό, που αφορά στην αιτιολόγηση του ΕΣΗΔΗΣ, ως προς το αίτημα της εν λόγω εταιρείας.

Α π ο φ α σ ί ζ ο υ μ ε

Την μη αποδοχή, του (ιε) σχετικού αιτήματος σας, που αφορά στη διαδικασία κατάθεσης εκ των υστέρων της προσφοράς σας, σχετικά με τον υπ' αριθμ. .../21 ανοικτό, δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια ... , για τους παρακάτω λόγους:

α. Κατά τη διάρκεια της υποβολής της προσφοράς σας δεν υπήρξε γενικευμένη δυσλειτουργία, ούτε αστοχία του ΕΣΗΔΗΣ (απαραίτητη προϋπόθεση για να στοιχειοθετηθεί ανωτέρα βία) σύμφωνα με το άρθρο 37 του Ν.4412/2016, ώστε να είναι δυνατόν από την Αναθέτουσα Αρχή (ΑΑ), να μεταθέσει για όλους, την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών πριν τη λήξη, καθόσον υπεβλήθησαν συνολικά χωρίς πρόβλημα, την ίδια ημέρα, 111 προσφορές σε διάφορους διαγωνισμούς, εκ των οποίων 3 για τον εν λόγω διαγωνισμό με την τελευταία προσφορά να έχει υποβληθεί επιτυχώς στις 04 14:32 Ιουν 21.

β. Το εν λόγω αίτημα σας υποβλήθηκε στην ΑΑ, μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και όχι μέσω ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στην παράγραφο 2.1.2 του Παραρτήματος «Α» της (ιδ) σχετικής διακήρυξης και το άρθρο 36 του Ν. 4412/2016. Επισημαίνεται ότι, έως τώρα, η ..., δεν έχει προβεί σε έκδοση κάποιας απόφασης σχετικά με τον εν λόγω διαγωνισμό.».

11. Επειδή, στο με αρ. Πρωτ. ... /18.08.2021 έγγραφο Απόψεων της αναθέτουσας αρχής (...), αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση Προσφυγή τα εξής: «[...] α. Στις 29 Απρ 21, η ΑΑ, προέβη στη διακήρυξη του υπ' αριθ. ..., ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου διαγωνισμού, για την «προμήθεια ... συστημάτων ...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας διακοσίων είκοσι πέντε χιλιάδων οκτακοσίων έξι ευρώ και σαράντα πέντε λεπτών (225.806,45€) άνευ ΦΠΑ,

(280.000,00 ευρώ με ΦΠΑ 24%) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, σύμφωνα με το άρθρο 86 (κριτήρια ανάθεσης) του ν. .../2016. Η εν λόγω διακήρυξη, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 29 Απρ 21 με ΑΔΑΜ: ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό 120029. **Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ (www.promitheus.gov.gr) ορίστηκε η 4 Ιουν 21, ημέρα Παρασκευή και ώρα 15:00 μ.μ, σύμφωνα με την παράγραφο 1.5 (σελίδα 13) της διακήρυξης.**

β. Στον εν λόγω διαγωνισμό, προσφορά υπέβαλαν εμπρόθεσμα και ηλεκτρονικά οι εταιρείες «...», «...» και η «...», ενώ η υποβολή της ηλεκτρονικής προσφοράς της εταιρείας «...», δεν ολοκληρώθηκε επιτυχώς στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ.

γ. Στις 04 Ιουν 21 και ώρα 18:06, η εταιρεία «...» κοινοποίησε στην ΑΑ, μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, επιστολή της προς το ΕΣΗΔΗΣ, στο οποίο ανέφερε ότι δεν κατέστη δυνατόν να υποβάλλει ηλεκτρονικά την προσφορά της στην πλατφόρμα του και αιτήθηκε να της επιτραπεί να συνεχίσει την υποβολή της προσφοράς της.

δ. Στις 17 Ιουν 21, με την Α.Π. ... επιστολή το ΕΣΗΔΗΣ, γνωστοποίησε, μεταξύ των άλλων, στην ΑΑ τα παρακάτω:

(1) «Δεν προέκυψε κάποιο εύρημα που να τεκμηριώνει γενικευμένη δυσλειτουργία του Συστήματος ούτε αστοχία σχετική με την διαχείριση των δεδομένων της συγκεκριμένης προσφοράς.

(2) Δεν προέκυψε κάποιο εύρημα που να τεκμηριώνει χειρισμό του χρήστη της εταιρείας μη σύμφωνο με τα σχετικά εγχειρίδια και οδηγίες χρήσης του Συστήματος.

(3) Εκτιμάται ότι η καθυστέρηση που αφορά στην αποδοχή της εμπρόθεσμης προσπάθειας υποβολής της συγκεκριμένης προσφοράς από το Σύστημα, οφείλεται σε υπερφόρτωση των τμημάτων της

εγκατάστασης του Συστήματος που εκτελούσαν την συγκεκριμένη συναλλαγή (transaction).

(4) Πέραν των ανωτέρω, επισημαίνεται ότι την 04/06/2021 (βλ. Παράρτημα I - Πίνακας: «Υποβολές κατά την καταληκτική Ημερομηνία») υπεβλήθησαν στο Σύστημα συνολικά χωρίς πρόβλημα εκατόν έντεκα (111) προσφορές σε διάφορους διαγωνισμούς, εκ των οποίων τρεις (3) στον εν λόγω ηλεκτρονικό διαγωνισμό.

(5) Κατά συνέπεια, την 04/06/2021 δεν υπήρξε γενικευμένη αδυναμία λειτουργίας του Συστήματος, πέραν της προαναφερόμενης στη συγκεκριμένη προσφορά.

(6) Από το σύνολο των ανωτέρω στοιχείων επιβεβαιώνεται κατά την άποψή μας ότι η μη οριστική υποβολή της με ΑΑ ... ηλεκτρονική προσφοράς της εταιρείας «...» στον με ΑΑ ... ηλεκτρονικό διαγωνισμό δεν οφείλεται σε μη ενδεδειγμένες ενέργειες της εταιρείας, αλλά σε πρόσκαιρη τεχνική αδυναμία λειτουργίας του Συστήματος και συγκεκριμένα σε υπερφόρτωση των τμημάτων της εγκατάστασης που εκτελούσαν την διαδικασία (transactions) υποβολής της συγκεκριμένης προσφοράς».

ε. Στις 26 Ιουλ 21, η ..., κατόπιν του Α.Π..../17 Ιουν 21 εγγράφου του ΕΣΗΔΗΣ και της από 21 Ιουλ 21 εξώδικης διαμαρτυρίας της εταιρείας «...» που αφορούσε ότι η ΑΑ δεν είχε προβεί σε εκ νέου άνοιγμα του διαγωνισμού και δεν της είχε δοθεί κάποια έγγραφη πληροφορία για την πορεία του, απάντησε ότι η κατάθεση εκ των υστέρων της προσφοράς της, στο ΕΣΗΔΗΣ, δεν γίνεται αποδεκτή. [...]

η. Ως γίνεται παγίως δεκτό στη θεωρία και τη νομολογία, ανωτέρα βία συνιστά κάθε γεγονός εξαιρετικό και απρόβλεπτο, το οποίο είναι, είτε αντικειμενικό (π.χ σεισμός), είτε υποκειμενικό (π.χ ασθένεια) και το οποίο δε θα μπορούσε να προληφθεί, όχι μόνον από το μέσο άνθρωπο, αλλά ακόμα και από τον ακραία επιμελή και συνετό, ενώ επιπροσθέτως και προκειμένου παραδεκτά να θεμελιωθεί λόγος ύπαρξης ανωτέρας βίας, δε θα πρέπει να υφίσταται οιοσδήποτε βαθμός υπαιτιότητας του επικαλούμενου αυτήν οικονομικού φορέα (πρβλ. ΑΠ Ολομ. 29/1992, 1537/2008, 1497/2008, 518/2010, 513/2016), αφού η έννοια της ανωτέρας βίας καλύπτει ξένες - προς τον επικαλούμενο αυτήν -

περιστάσεις, ασυνήθεις και απρόβλεπτες, οι συνέπειες των οποίων δεν θα μπορούσαν να αποφευχθούν παρά την επιδειχθείσα άκρα επιμέλεια (ΔΕΚ C-105/2002, Επιτροπή κατά Ο.Δ. της Γερμανίας, απόφαση της 5.10.2006, σκέψη 89, 145/85, *Denkavit Belgie NV v Belgian State*, απόφαση της 5.11.1987, σκέψη 11).

θ. Από τις προδιαληφθείσες διατάξεις του Νόμου και της διακήρυξης και τη γραμματική ερμηνεία αυτών, αυτοτελώς αλλά και συστηματικώς, προκύπτει ότι προς παραδεκτή υποβολή προσφοράς καθώς και κάθε εγγράφου αυτής για διαγωνισμούς με προϋπολογιζόμενη αξία μεγαλύτερη των εξήντα χιλιάδων ευρώ (60.000,00€), ως ο προκείμενος, οι οποίοι και διενεργούνται ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, οι προσφέροντες υποχρεούνται σε υποβολή αυτών ηλεκτρονικά στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ μέσα στη σχετική προθεσμία που ορίζεται στη διακήρυξη και μόνο σε περίπτωση τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία οφείλεται σε γεγονότα ανωτέρας βίας, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει μέτρα, όπως η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας του διαγωνισμού.

ι. Στην υπό κρίση περίπτωση συνάγεται ότι η προσφορά δεν υποβλήθηκε προσηκόντως με την ηλεκτρονική κατάθεσή της στο σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ, ο λόγος δε που επικαλείται η προσφεύγουσα προς τούτο «περί τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ και μόνο κατά τη στιγμή που προσπάθησε να υποβάλλει οριστικά την προσφορά της, (04 14:59 Ιουν 2021) ακριβώς πριν την εκπνοή της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, ουδόλως συνιστά περιστατικό ανωτέρας βίας, για το οποίο απαιτούνταν η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών κατ' άρθρο 37 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 και τούτο διότι:

(1) Την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (04 Ιουν 2021, ημέρα Παρασκευή) δεν διαφαίνεται να υπήρξε οιαδήποτε δυσλειτουργία της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, αφού από το ΑΠ ... έγγραφο του ΕΣΗΔΗΣ (Παράρτημα Ι - πίνακας: «υποβολές κατά την καταληκτική ημερομηνία» προκύπτει ότι την εν λόγω ημερομηνία, υπεβλήθησαν στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ

συνολικά χωρίς πρόβλημα 111 προσφορές σε διάφορους διαγωνισμούς, εκ των οποίων 3 στον εν λόγω ηλεκτρονικό διαγωνισμό. Κατά συνέπεια, την 04 Ιουν 21, δεν υπήρξε γενικευμένη αδυναμία λειτουργίας του συστήματος, πέραν της προαναφερόμενης στη συγκεκριμένη προσφορά και μόνο καθόσον υποβλήθηκε κανονικά στις 14:54:41 προσφορά για τον υπ' αριθ ... διαγωνισμό (α/α/ 82) που δεν αφορά τον υπόψη διαγωνισμό.

(2) Επιπρόσθετα, από τα στοιχεία υποβολής προσφοράς της εταιρείας, [χρόνοι τελευταίας αποθήκευσης αρχείων (σελίδα 8) του ΑΠ ... έγγραφο του ΕΣΗΔΗΣ], προκύπτει ότι η τελευταία αποθήκευση στο σύστημα έγινε επιτυχώς στις 14:58:50 και αφορούσε την οικονομική προσφορά της εταιρείας, οπότε η όποια πρόσκαιρη τεχνική αδυναμία λειτουργίας του Συστήματος, εστιάζεται καθαρά από τις 14:58:51 και ύστερα, δηλαδή το μέγιστο 1 λεπτό και 9 δευτερόλεπτα πριν την καταληκτική προθεσμία υποβολής της προσφοράς (15:00:00).

(3) Από την λεπτομερή εξέταση του πίνακα «στοιχεία υποβολής προσφοράς της εταιρείας, χρόνοι τελευταίας αποθήκευσης αρχείων», προκύπτει ότι η εταιρεία ξεκίνησε την κατάθεση των ηλεκτρονικών της αρχείων στο σύστημα στις 04 Ιουν 21 και ώρα 12:49:46 έως τις 13:36:11 (α/α 40, σελίδα 7). Κατόπιν δεν υπάρχει καμία δραστηριότητα έως τη χρονική στιγμή 14:37:33 που κατέθεσε την οικονομική της προσφορά (α/α 41), δηλαδή μεσολάβησε διάστημα 1 ώρας δίχως να προβεί σε οποιαδήποτε ενέργεια, γεγονός που καταδεικνύει ότι είτε δεν είχε έτοιμη προς κατάθεση το σύνολο της προσφοράς της, είτε για άγνωστο λόγο δεν επιθυμούσε να προβεί στην οριστική υποβολή της, καθόσον επέλεξε να το πράξει ακριβώς με την εκπνοή της προθεσμίας και συγκεκριμένα στις 14:59:00.

(4) Η πρόσκαιρη τεχνική αδυναμία λειτουργίας του Συστήματος και συγκεκριμένα η υπερφόρτωση των τμημάτων της εγκατάστασης που εκτελούσαν την διαδικασία (transactions) υποβολής της εν λόγω προσφοράς της προσφεύγουσας και η εξ αυτού του λόγου αδυναμία κατάθεσης της προσφοράς της ηλεκτρονικά έως την καταληκτική ημερομηνία του διαγωνισμού, κατά τα οριζόμενα στη διακήρυξη, δηλαδή προσηκόντως, δεν αποτελεί περίπτωση ξένη προς την προσφεύγουσα, ασυνήθη, απρόβλεπτη και μη δυνάμενη οι

συνέπειές της να αποφευχθούν, αφού εν προκειμένω τα αναφερόμενα πραγματικά περιστατικά που οδήγησαν σε αδυναμία (κατά την προσφεύγουσα) υποβολής της προσφοράς της ηλεκτρονικά, **ανάγονται εντός του επαγγελματικού της κύκλου** (στιγμιαίες υπερφορτώσεις συστημάτων είναι σύνηθες φαινόμενο και συμβαίνουν συχνά σε όσους έχουν παρόμοιες συναλλαγές με συστήματα υποβολής δικαιολογητικών μέσω διαδικτύου) και ως εκ τούτου, δε συνιστούν αντικειμενικά γεγονότα αδυναμίας υποβολή της προσφοράς, λόγω ανωτέρω βίας.

Περαιτέρω, δεν προκύπτει από τα εν λόγω πραγματικά περιστατικά ότι η προσφεύγουσα επέδειξε την προσήκουσα επιμέλεια, ώστε να αποφύγει τις συνέπειες της περίστασης ανωτέρας βίας την οποία επικαλείται και ειδικότερα, δεν προκύπτει ότι η προσφεύγουσα ενημέρωσε εγκαίρως και πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών την αναθέτουσα αρχή, αφού ουδόλως επικαλείται ότι απέστειλε επιστολή ή μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην αναθέτουσα αρχή, ή ότι επικοινωνήσε τηλεφωνικώς μαζί της πριν από τη λήξη της ώρας υποβολής των προσφορών, αιτουμένη τη μετάθεσή της, αλλά επέλεξε να καταθέσει την προσφορά της, το τελευταίο λεπτό πριν την εκπνοή της προθεσμίας, γεγονός που δεν της έδινε κανένα απολύτως χρόνο αντίδρασης.

(5) Άλλωστε, τυχόν αντίθετη κρίση επί των ανωτέρω, θα συνεπάγετο την απaráδεκτη καθυστέρηση ολοκλήρωσης των δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών, αφού θα εξαρτούσε αυτή (την έγκαιρη ολοκλήρωση των δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών) από τη δυνατότητα εκάστου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα όπως υποβάλλει προσηκόντως την προσφορά του ακόμα και για λόγους που αφορούν αποκλειστικά το πρόσωπό του, γεγονός που σε κάθε περίπτωση εξαιτίας της υποκειμενικότητας των υπό η λόγων αδυναμίας παραδεκτής υποβολής προσφοράς, δε δύναται να γίνει αποδεκτό. Τέλος, απορριπτέος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δεν είχε πρόσβαση στο επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ προκειμένου να υποβάλλει την επιστολή της μετά την ώρα λήξης του διαγωνισμού, καθότι το σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού «έκλεισε» στις 15:00

ακριβώς, σύμφωνα με τη διακήρυξη και ουδεμία προσφορά ή επικοινωνία δύνατο να υποβληθεί δια αυτού μεθύτερα, όπως προκύπτει και από τη θεώρηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στον οποίο δεν προκύπτει κατάθεση προσφοράς της προσφεύγουσας. Μετά ταύτα, νομίμως δεν έγινε δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας που περιήλθε στην αναθέτουσα αρχή μόνον σε έντυπη μορφή μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, αφού αυτή δεν κατατέθηκε προσηκόντως και εμπροθέσμως.

ια. Συνεπώς, η αδυναμία υποβολής εγκαίρως της προσφοράς της εταιρείας στο ΕΣΗΔΗΣ για τον εν λόγω διαγωνισμό, αποτελεί γεγονός αναγόμενο αποκλειστικά στη δική της σφαίρα ευθύνης και δεν δύναται σε καμία περίπτωση να στοιχειοθετήσει ανωτέρα βία, καθόσον δεν προέκυψε κάποιο εύρημα που να τεκμηριώνει γενικευμένη δυσλειτουργία του συστήματος, ούτε αστοχία σχετική με την διαχείριση των δεδομένων της συγκεκριμένης προσφοράς.

ιβ. Από τα παραπάνω εκτεθέντα αυτοτελώς και συνδυαστικά ερμηνευόμενα, η εν λόγω προσφυγή από την προσφεύγουσα εταιρεία, κρίνεται κατά την άποψή μας ως προδήλως αβάσιμη.[...].».

12. Επειδή, στις 23.08.2021, η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, όπου αναφέρει τα κάτωθι: «[...] Την 18^η Αυγούστου 2021 συντάχθηκαν οι απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής επί της προδικαστικής προσφυγής μας με αρ. Πρωτ. Προς υποστήριξη της προσφυγής μας και σχετικά με τις απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής αναφέρουμε τα ακόλουθα :

Η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της παραλείπει να αναφέρει ότι την 7^η Ιουνίου 2021 με ηλεκτρονικό μήνυμά της η Γενική Γραμματεία Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης ζήτησε να προχωρήσει η Αναθέτουσα Αρχή στην αναβολή της προγραμματισμένης αποσφράγισης μέχρι να ολοκληρωθεί ο έλεγχος που έγινε κατόπιν αιτήματος της εταιρείας μας. Επομένως, από τα ανωτέρω είναι φανερό ότι η εταιρεία μας προσπάθησε με κάθε τρόπο αφενός να έρθει σε επικοινωνία με την ΕΣΗΔΗΣ, αλλά και την Αναθέτουσα Αρχή και πως

αφετέρου το αίτημά μας κρίθηκε αμέσως ως ιδιαίτερα σοβαρό και για το λόγο αυτό η ΕΣΗΔΗΣ ζήτησε την αναβολή του διαγωνισμού. Όμως η Αναθέτουσα Αρχή δεν μας ενημέρωσε καν για τα ανωτέρω και το αποσιωπά και στις απόψεις της.

Ως προς το χρόνο υποβολής της προσφοράς μας.

Η εταιρεία μας πράγματι έγκαιρα δηλαδή 25 περίπου λεπτά της ώρας πριν την λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς της προσπαθούσε να «ανεβάσει» αυτή στο σύστημα. Δηλαδή αμέσως μετά την κατάθεση της οικονομικής προσφοράς της (α/α ...) προσπαθούσε να φορτώσει την προσφορά στο σύστημα, αλλά αυτό δεν ήταν δυνατό. Δηλαδή αν η προσφορά ήταν να υποβληθεί μόνο έγκαιρα γίνεται από όλους αποδεκτό ότι αυτό θα είχε επιτευχθεί διότι η εταιρεία μας θα λογιζόταν ως παρούσα και ο αρμόδιος υπάλληλος απλά θα παραλάμβανε και θα πρωτοκολλούσε την συγκεκριμένη προσφορά. Δεν θα διανοούταν να αρνηθεί την αποδοχή της προσφοράς μας ακόμη και αν αυτή υποβαλλόταν στις 14:59:59 καθώς έχει κριθεί και νομολογιακά ότι σε περίπτωση που ο προσφέρων οικονομικός φορέας βρίσκεται εντός του κτηρίου η προσφορά του πρέπει να γίνει αποδεκτή εφόσον αυτός την προσφέρει προς τον αρμόδιο υπάλληλο. Έχει επίσης γίνει αποδεκτό ότι σε περίπτωση που κατά την εκπνοή της προθεσμίας υποβάλλεται προσφορά και υπάρχει καθυστέρηση λόγω υποβολής άλλου προσφέροντος οικονομικού φορέα, η προσφορά θα γίνεται αποδεκτή ακόμη και μετά τη λήξη της προθεσμίας. Επομένως, ακόμη και αν η εταιρεία μας υπέβαλλε την προσφορά της - πράγμα που δεν έγινε - κυριολεκτικά το τελευταίο ακριβώς λεπτό, αυτή θα έπρεπε να μπορεί να γίνει αποδεκτή.

Σε κάθε περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της στα σημεία 1.(1), (2),(3) αποδέχεται ότι η προσφορά μας σε κάθε περίπτωση έγινε προσπάθεια να υποβληθεί την 14:59:00 και αυτό δεν κατέστη δυνατό. Αποδέχεται με emphaticό μάλιστα τρόπο ότι έγινε προσπάθεια να υποβληθεί η προσφορά «το μέγιστο 1 λεπτό και 9 δευτερόλεπτα πριν την καταληκτική προθεσμία υποβολής της προσφοράς (15:00:00).

Ακολούθως για να υπερασπιστεί την πλήρη αβελτηρία της και επειδή η ίδια δεν έχει προχωρήσει σε καμία απολύτως ενέργεια - ως έπρεπε φυσικά - προτείνει

ένα ακόμη έωλο επιχείρημα. Αναφέρει δηλαδή ότι επειδή μεταξύ 12:49:46 έως τις 13:36:11 έγιναν διάφορες ενέργειες. «Την 14:37:33 που κατέθεσε την οικονομική της προσφορά (α/α 41), δηλαδή μεσολάβησε διάστημα 1 ώρας δίχως να προβεί σε οποιαδήποτε ενέργεια, γεγονός που καταδεικνύει ότι είτε δεν είχε έτοιμη προς κατάθεση το σύνολο της προσφοράς της, είτε άγνωστο λόγο, δεν επιθυμούσε να προβεί στην οριστική υποβολή της, καθόσον επέλεξε να το πράξει ακριβώς με την εκπνοή της προθεσμίας και συγκεκριμένα στις 14:59:00». Το ανωτέρω επιχείρημα γίνεται αποκλειστικά και μόνο για εντυπωσιασμό. **Προσπαθεί η Αναθέτουσα Αρχή να επιρρίψει ευθύνη στην εταιρεία μας λέγοντας ότι προτίμησε δήθεν να υποβάλλει την προσφορά της στην εκπνοή. Η ανωτέρω «σοφιστεία» αναφέρεται για να πείσει ότι δήθεν η εταιρεία μας είχε την δυνατότητα να «μπλοκάρει» τα συστήματα της ΕΣΗΔΗΣ υποβάλλοντας προσφορά το τελευταίο λεπτό. Είναι παράλογο επιχείρημα από την αρχή έως το τέλος και σίγουρα δεν έχει καμία σχέση με την αλήθεια. Τα πράγματα είναι πολύ απλούστερα. Το σύστημα δεν λειτούργησε για λόγους που δεν οφείλονται στην εταιρεία μας και όχι σε εικασίες που δεν έχουν καμία σχέση με την πραγματικότητα.**

Τέλος η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της στο σημείο ι.(4) αντιφάσκει σχετικά με όλα τα ανωτέρω, τα καταργεί μόνη της και προτείνει ένα ακόμη πιο σαθρό επιχείρημα. Αναφέρει χαρακτηριστικά: «Η πρόσκαιρη τεχνική αδυναμία λειτουργίας του Συστήματος και συγκεκριμένα η υπερφόρτωση των τμημάτων της εγκατάστασης που εκτελούσαν την διαδικασία (transactions) υποβολής της εν λόγω προσφοράς της προσφεύγουσας και η εξ αυτού του λόγου αδυναμία κατάθεσης της προσφοράς της ηλεκτρονικά έως την καταληκτική ημερομηνία του διαγωνισμού ... **δεν αποτελεί ξένη προς την προσφεύγουσα ασυνήθη απρόβλεπτη και μη δυνάμενη οι συνέπειες της να αποφευχθούν, αφού εν προκειμένω τα αναφερόμενα πραγματικά περιστατικά που οδήγησαν σε αδυναμία υποβολής της προσφοράς της ηλεκτρονικά ανάγονται εντός του επαγγελματικού της κύκλου (στιγμιαίες υπερφορτώσεις συστημάτων είναι σύνηθες φαινόμενο και συμβαίνουν συχνά σε όσους έχουν παρόμοιες συναλλαγές με συστήματα υποβολής δικαιολογητικών μέσω διαδικτύου).**

Στο σημείο αυτό η Αναθέτουσα Αρχή θέλει να πείσει τους πάντες ότι την ευθύνη θα πρέπει να έχει η εταιρεία μας διότι το σύστημα της ΕΣΗΔΗΣ υπολειτουργεί και συχνά υπερφορτώνεται, με αποτέλεσμα κάποιος να μη μπορεί να υποβάλλει την προσφορά του και να πρέπει να πραγματοποιεί τη διαδικασία αρκετές φορές. Είναι βέβαιο ότι κάτι τέτοιο δεν ισχύει. Αυτό αποδεικνύεται από τη χρήση χωρίς «συνεχή προβλήματα του ΕΣΗΔΗΣ» από όλες τις Δημόσιες Υπηρεσίες της Ελλάδος. Επίσης αυτό αποδεικνύεται και από το γεγονός ότι την ίδια ημέρα υποβλήθηκαν χωρίς πρόβλημα 111 προσφορές σε διάφορους διαγωνισμούς. Επομένως, το επιχείρημα αυτό είναι αντιφατικό και ανυπόστατο. Η αλήθεια είναι ότι για λόγους ανωτέρας βίας δημιουργήθηκε κάποιο τεχνικό πρόβλημα στην αποδοχή του διαγωνισμού και για αυτό δεν υποβλήθηκε η προσφορά μας εγκαίρως. Καμία απολύτως ευθύνη της εταιρείας «...» που χρησιμοποίησε ένα σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ) απολύτως καταξιωμένο στη συνείδηση όλων των οικονομικών φορέων που λαμβάνουν μέρος σε διαγωνισμούς στην Ελλάδα. Από την απόφαση της ΕΣΗΔΗΣ προκύπτει σαφώς ότι υπήρξε αστοχία στη διαχείριση των δεδομένων της προσφοράς της εταιρείας μας. [...]

Η εταιρεία μας προσπάθησε πολλές φορές ακόμη και μέσω του πληρεξουσίου της δικηγόρου να πληροφορηθεί την πορεία του διαγωνισμού. Δεν έλαβε καμία απολύτως σαφή απάντηση. Από την πλευρά της αναθέτουσας Αρχής γινόταν λόγος ότι στο μέλλον θα εκδοθούν οι αποφάσεις της Διοίκησης. Η μοναδική απόφαση που εκδόθηκε και που τώρα προσβάλλεται προήλθε από την απόγνωσή μας και την αποστολή της από 21-7-2021 εξώδικης διαμαρτυρίας αίτησης και δήλωσής μας. Δηλαδή η Αναθέτουσα Αρχή δεν προχώρησε σε έκδοση καμίας αποφάσεως και δεν μας κοινοποίησε τίποτε σχετικά με το διαγωνισμό μέχρι την αποστολή του εξωδίκου μας. Όμως η Αναθέτουσα Αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρει ρητά και κατηγορηματικά ότι : «Επισημαίνεται ότι, έως τώρα, η ..., δεν έχει προβεί σε έκδοση κάποιας απόφασης σχετικά με τον εν λόγω διαγωνισμό». Επομένως ακόμη και στις 26-7-2021, ακόμη και μετά το εξώδικό μας η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε προχωρήσει την αξιολόγηση του εν λόγω διαγωνισμού. [...]

13. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

- Η προσφεύγουσα – η οποία στις 04.06.2021 δεν μπόρεσε να ολοκληρώσει την ανάρτηση της Προσφοράς στον διαδικτυακό τόπο του υπόψη Διαγωνισμού, ωστόσο υπέβαλε στις 08.04.2021 την Προσφορά της σε έντυπη μορφή, σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.2.7.3. της επίμαχης Διακήρυξης, όπου προβλέπεται ότι εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή προσκομίζονται υποχρεωτικά στην Αναθέτουσα Αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν – υποστηρίζει ότι: α) μη νομίμως δεν έγινε αποδεκτή η Προσφορά της, παρότι ενημέρωσε εγκαίρως την ... και τον διαχειριστή του Συστήματος για την επίμαχη αδυναμία υποβολής, που δεν οφείλεται σε δική της υπαιτιότητα ή στην μη λήψη των ενδεδειγμένων ενεργειών, αλλά σε πρόσκαιρη τεχνική αδυναμία (υπερφόρτωση) του Συστήματος και β) μη νομίμως δεν παρατάθηκε, ως έδει (βλ. άρθρο 37 παρ. 4 του Ν. 4412/2016), η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών από την αναθέτουσα αρχή, ώστε να καταστεί εφικτό, όπως υποβάλει -εν τέλει- Προσφορά στην εν λόγω διαδικασία, ως είχε δικαίωμα.

Όπως μάλιστα επισημαίνει η προσφεύγουσα, μολονότι με την με αρ. Πρωτ. ... ΕΞ/17.06.2021 επιστολή της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης - Διεύθυνση Διαχείρισης, Ανάπτυξης & Υποστήριξης Εθνικού Συστήματος ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), παραγγέλθηκε στην οικεία αναθέτουσα αρχή, όπως πράξει τα δέοντα, βάσει των αναφερόμενων στο ανωτέρω επιστολή (1. διενέργεια όλων των ενδεδειγμένων ενεργειών εκ μέρους της προσφεύγουσας και 2. πρόσκαιρη τεχνική αδυναμία του Συστήματος κατά τον κρίσιμο χρόνο), η ... σε ουδεμία ενέργεια αναβολής της προγραμματισμένης αποσφράγισης των υποβληθέντων προσφορών, προέβη. Για τον λόγο αυτόν, η προσφεύγουσα υπέβαλε την, από 21.07.2021 εξώδικη διαμαρτυρία της προς την εν λόγω αναθέτουσα αρχή, την οποία κοινοποίησε και προς τον διαχειριστή του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

• Από την εξέταση του φακέλου της υπό εξέταση υπόθεσης προκύπτει ότι, παρά το γεγονός ότι με την με αρ. Πρωτ. ... /17.06.2021 επιστολή της προαναφερθείσας Γενικής Γραμματείας – που εκδόθηκε κατόπιν σχετικής ενημέρωσης εκ μέρους του προσφεύγοντος, βλ. σκέψη 9 της παρούσας – γνωστοποιήθηκε, μεταξύ των άλλων, στην αναθέτουσα αρχή, ότι στις 04.06.2021: α) δεν προέκυψε κάποιο εύρημα που να τεκμηριώνει **γενικευμένη δυσλειτουργία του Συστήματος**, ούτε αστοχία σχετική με την διαχείριση των δεδομένων της συγκεκριμένης προσφοράς, β) δεν προέκυψε κάποιο εύρημα που να τεκμηριώνει χειρισμό του χρήστη της εταιρείας **μη σύμφωνο με τα σχετικά εγχειρίδια και οδηγίες χρήσης του Συστήματος** και γ) η καθυστέρηση που αφορά στην αποδοχή της εμπρόθεσμης προσπάθειας υποβολής της συγκεκριμένης προσφοράς από το Σύστημα, **οφείλεται σε υπερφόρτωση των τμημάτων των εγκαταστάσεων του Συστήματος που εκτελούσαν την συγκεκριμένη συναλλαγή (transaction)**, εντούτοις, με την προσβαλλόμενη πράξη αποφασίσθηκε (όπως αντιφατικώς), η μη αποδοχή της Προσφοράς του προσφεύγοντος και πιο συγκεκριμένα, η μη χορήγηση σχετικής παράτασης, κατά το άρθρο 37 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, ώστε να καταστεί δυνατόν, όπως ολοκληρώσει την ηλεκτρονική ανάρτηση της Προσφοράς του. Καταρχάς, στην προκείμενη περίπτωση, αλυσιτελώς προβάλλεται από την αναθέτουσα αρχή, ότι στις 04.06.2021 (καταληκτική προθεσμία υποβολής προσφορών στον ένδικο Διαγωνισμό) υπεβλήθησαν - χωρίς πρόβλημα - στο Σύστημα συνολικά εκατόν έντεκα (111) προσφορές σε έτερους διαγωνισμούς, εκ των οποίων, οι τρεις (3) Προσφορές υποβλήθηκαν στον ένδικο Διαγωνισμό, αφού ο διαχειριστής του Συστήματος εξέδωσε έγγραφο, στο οποίο, κατά το προλεχθέντα, επιβεβαιώνεται ότι δεν προέκυψε γενικευμένη δυσλειτουργία του Συστήματος κατά την κρίσιμη ημερομηνία. Περαιτέρω, το γεγονός ότι υποβλήθηκαν 111 προσφορές σε άλλους διαγωνισμούς και τρεις (3) Προσφορές στον επίδικο, ουδόλως αναιρεί το ότι υπήρξε προσωρινή τεχνική δυσλειτουργία των τμημάτων των εγκαταστάσεων του Συστήματος που εκτελούσαν την συγκεκριμένη συναλλαγή (transaction), κατά τον χρόνο που η προσφεύγουσα αποπειράθηκε να ολοκληρώσει την

ηλεκτρονική υποβολή της Προσφοράς της. Επομένως, στην εξεταζόμενη υπόθεση, **κρίσιμο στοιχείο αποτελεί το εάν κατά την υποβολή της Προσφοράς της προσφεύγουσας, παρουσιάσθηκε - έστω ειδική - δυσλειτουργία του Συστήματος (ή όχι), την οποία (δυσλειτουργία) δεν θα μπορούσε να «θεραπεύσει» ο ίδιος ο ενδιαφερόμενος, όση επιμέλεια και επιδείκνυε και σε καμία περίπτωση, το εάν και κατά πόσο το Σύστημα λειτούργησε σε άλλες περιπτώσεις.**

Ανεξαρτήτως δε του γεγονότος ότι, σε περίπτωση που είχε παρουσιασθεί γενικευμένη δυσλειτουργία του Συστήματος, η ... θα ήτο, σε κάθε περίπτωση υποχρεωμένη, όπως παρατείνει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, θα πρέπει, επίσης, να επισημανθεί ότι και η υπερφόρτωση των τμημάτων των εγκαταστάσεων του Συστήματος που εκτελούσαν την συγκεκριμένη συναλλαγή (transaction), δηλαδή τη διαδικασία υποβολής της ΣΥΓΚΕΚΡΙΜΕΝΗΣ Προσφοράς, αποτελεί **αναμφισβήτητα συγκεκριμένη και αντικειμενικά διερευνηθείσα και συνεπώς, αντικειμενικά διαπιστώσιμη και επιβεβαιωθείσα δυσλειτουργία του Συστήματος, όπερ και συνέβη, η οποία, επειδή αφορά αποκλειστικά και ειδικώς στη συγκεκριμένη συναλλαγή, απαιτεί, εκ των πραγμάτων και κατ' αναλογίαν, όμοια – με τη γενικευμένη δυσλειτουργία – αντιμετώπιση του ζητήματος από την αναθέτουσα αρχή. Και τούτο, διότι η επίμαχη δυσλειτουργία κατ' ουσίαν οδηγεί στα ίδια (με τη γενικευμένη δυσλειτουργία) αποτελέσματα, ήτοι, στην πλήρη αδυναμία του μέσου επιμελή και συνετού ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα, όπως υποβάλει προσφορά, μολονότι, όχι μόνο το επιθυμεί, αλλά και το αποπειράται ΕΜΠΡΟΘΕΣΜΩΣ, όπως εν προκειμένω, χωρίς να φέρει καμία ευθύνη για την ομαλή λειτουργία, πολλώ δε μάλλον, για την υπερφόρτωση/δυσλειτουργία του Συστήματος, ήτοι, για τις περιπτώσεις συνδρομής «ανωτέρας βίας», που αναφέρονται στο άρθρο 37 παρ. 4 του Ν. 4412/2016.**

Εξάλλου, στην προαναφερθείσα επιστολή της αρμόδιας Γενικής Γραμματείας ρητώς αναφέρεται ότι **δεν υφίστατο, κατά την κρίσιμη ημερομηνία, γενική δυσλειτουργία, πέραν της προαναφερόμενης, δηλαδή της επίμαχης. Το ότι η ως άνω Γραμματεία αντιδιαστέλλει τα δύο (2) είδη δυσλειτουργίας,**

ΟΥΔΟΛΩΣ συνεπάγεται ότι το μεν ένα είδος, αποτελεί περιστατικό «ανωτέρας βίας», υπό την έννοια του άρθρου 37 του Ν. 4412/2016, ενώ το άλλο είδος, δεν αποτελεί περιστατικό «ανωτέρας βίας», η δε αναφορά σε δύο (2) είδη δυσλειτουργίας (γενική – μερική) στο ίδιο κείμενο, έγινε καθαρά για λόγους πληρότητας της σχετικής επιστολής.

Εν όψει των ανωτέρω, γίνονται δεκτές οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, κατά τις οποίες: *«Σε κανένα σημείο όμως της διάταξης δεν προβλέπεται ότι η ανωτέρα βία είναι γεγονός που πρέπει να αναφέρεται σε γενικευμένη δυσλειτουργία, ώστε να πρέπει να μετατεθούν οι προθεσμίες για όλους. [...] Επειδή, η ευθύνη λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ ανήκει αποκλειστικά στον διαχειριστή του συστήματος (ΓΓΕΠΚ) αποτελεί με βεβαιότητα γεγονός ανωτέρας βίας για τον οικονομικό φορέα η αδυναμία λειτουργίας του...»*. Επίσης, ουδεμία, επιρροή ασκεί στα ανωτέρω αναφερόμενα, ο χρόνος κατά τον οποίο έγινε η απόπειρα ανάρτησης από την προσφεύγουσα (μετά τις 14:58:51 μ.μ), αφού, σε κάθε περίπτωση, εμπίπτει εντός του οριζόμενου εκ της Διακήρυξης χρονικού πλαισίου για την υποβολή προσφορών (13:00 μ.μ).

Περαιτέρω, αλυσιτελώς προβάλλεται από την ... ότι, επειδή μετά από την κατάθεση των ηλεκτρονικών αρχείων (από τις 12:49:46 έως τις 13:36:11), **δεν υπήρξε εκ μέρους της προσφεύγουσας καμία δραστηριότητα έως τις 14:37:33**, όπου και υπέβαλε την οικονομική της προσφορά, ήτοι, επειδή *«... μεσολάβησε διάστημα 1 ώρας δίχως να προβεί σε οποιαδήποτε ενέργεια...»*, καταδεικνύεται ότι *«είτε δεν είχε έτοιμη προς κατάθεση το σύνολο της προσφοράς της, είτε για άγνωστο λόγο, δεν επιθυμούσε να προβεί στην οριστική υποβολή της, καθόσον επέλεξε να το πράξει ακριβώς με την εκπνοή της προθεσμίας και συγκεκριμένα στις 14:59:00...»*. Και τούτο, διότι, ως ορθώς επισημαίνει η προσφεύγουσα ουδόλως απαγορεύεται εκ του νόμου ή εκ της Διακήρυξης, η ολοκλήρωση της ηλεκτρονικής υποβολής μιας Προσφοράς ακόμη ένα λεπτό προ της λήξεως της ορισθείσας καταληκτικής ημερομηνίας.

Με βάση το ανωτέρω σκεπτικό, οι περαιτέρω ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, κατά τους οποίους *«... η υπερφόρτωση των τμημάτων της εγκατάστασης που εκτελούσαν την διαδικασία (transactions) υποβολής της εν λόγω*

προσφοράς της προσφεύγουσας και η εξ αυτού του λόγου αδυναμία κατάθεσης της προσφοράς της ηλεκτρονικά έως την καταληκτική ημερομηνία του διαγωνισμού, κατά τα οριζόμενα στη διακήρυξη, δηλαδή προσηκόντως, δεν αποτελεί περίπτωση ξένη προς την προσφεύγουσα, ασυνήθη, απρόβλεπτη και μη δυνάμενη οι συνέπειές της να αποφευχθούν, αφού εν προκειμένω τα αναφερόμενα πραγματικά περιστατικά που οδήγησαν σε αδυναμία (κατά την προσφεύγουσα) υποβολής της προσφοράς της ηλεκτρονικά, ανάγονται εντός του επαγγελματικού της κύκλου (στιγμιαίες υπερφορτώσεις συστημάτων είναι σύνηθες φαινόμενο και συμβαίνουν συχνά σε όσους έχουν παρόμοιες συναλλαγές με συστήματα υποβολής δικαιολογητικών μέσω διαδικτύου) [...], **παρίστανται ανεπίδεκτοι εκτίμησης και σε, κάθε περίπτωση, είναι απορριπτέοι, αφού δεν στηρίζονται σε καμία διάταξη νόμου ή της εν θέματι Διακήρυξης.** Εξάλλου, το γεγονός ότι οι υπερφορτώσεις συστημάτων αποτελούν σύνηθες φαινόμενο, ΔΕΝ αναιρεί το ότι η πρόσκαιρη τεχνική δυσλειτουργία/υπερφόρτωση του υπόψη Συστήματος (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ), συνιστά αντικειμενικό γεγονός ανωτέρας βίας, υπό την έννοια του άρθρου 37 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, το οποίο (άμα τη επελεύσει του), συνεπάγεται καθολική αδυναμία υποβολής μιας Προσφοράς.

Συναφώς, απορρίπτονται οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, βάσει των οποίων, επειδή η προσφεύγουσα αιτήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου - και όχι μέσω της πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ - όπως ολοκληρώσει την ηλεκτρονική υποβολή της επίμαχης Προσφοράς της, το αίτημά της αυτό δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Διότι, ναι μεν η επικοινωνία των οικονομικών φορέων με την αναθέτουσα αρχή γίνεται μέσω του ανωτέρω Συστήματος (άρ. 36 του Ν. 4412/2016), εντούτοις, η απόρριψη της επίμαχης Προσφοράς αποκλειστικά για τον λόγο αυτόν, θα έβαινε πέραν του σκοπού για τον οποίο καθιερώθηκε η ηλεκτρονική διακίνηση των πληροφοριών και η ηλεκτρονική αλληλογραφία στους δημόσιους διαγωνισμούς. Απόδειξη δε τούτου, είναι και ότι η αρμόδια Γενική Γραμματεία Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης απάντησε πλήρως και εγγράφως στον προσφεύγοντα,

κοινοποιώντας την με αρ. Πρωτ. ... ΕΞ/17.06.2021 επιστολή της και στην οικεία αναθέτουσα αρχή, ώστε να προβεί η τελευταία στις κατάλληλες ενέργειες.

Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι, τόσο στην προσβαλλόμενη πράξη, με την οποία δεν έγινε δεκτή η επίμαχη Προσφορά, όσο και στη συμπληρωματική αιτιολογία της ..., καθόλα αντιφατικώς και ως εκ τούτου, πλημμελώς, αναφέρεται ότι η μη οριστικοποίηση της ηλεκτρονικής υποβολής της επίμαχης Προσφοράς **ΔΕΝ οφείλεται σε μη ενδεδειγμένες ενέργειες της προσφεύγουσας, αλλά σε πρόσκαιρη τεχνική αδυναμία λειτουργίας του Συστήματος** και συγκεκριμένα, σε υπερφόρτωση των τμημάτων της εγκατάστασης που εκτελούσαν την διαδικασία (transactions) υποβολής της συγκεκριμένης Προσφοράς. Συνεπώς, η επίμαχη Προσφορά απορρίφθηκε με ελλιπή, άλλως, αόριστη, αντιφατική και εν τέλει, πλημμελή αιτιολογία, παρότι στο άρθρο 37 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ρητώς και σαφώς ότι: *«Η ανωτέρω αδυναμία πιστοποιείται, για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και γενικών υπηρεσιών, από τη Διεύθυνση Διαχείρισης, Ανάπτυξης και Υποστήριξης του ΕΣΗΔΗΣ της Γενικής Διεύθυνσης Υποδομών Πληροφορικής και Επικοινωνιών Δημόσιας Διοίκησης της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης και, στη συνέχεια, με αιτιολογημένη απόφασή της, η αναθέτουσα αρχή καθορίζει τον τρόπο συνέχισης και διεξαγωγής της διαδικασίας».*

Με βάση τα προρρηθέντα και δοθέντος ότι η απόπειρα ανάρτησης της με αριθμό ... Προσφοράς, **έλαβε χώρα εμπρόθεσμα** και περαιτέρω, η αδυναμία ολοκλήρωσης της επίμαχης ηλεκτρονικής ανάρτησής της **ΟΥΔΟΛΩΣ οφείλεται σε υπαιτιότητα του προσφεύγοντος**, καθώς η ευθύνη λειτουργίας του Συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ ανήκει αποκλειστικά στον διαχειριστή του συστήματος αυτού (ΓΓΕΠΚ), όπως εξάλλου επιβεβαιώνεται από τα αναφερόμενα στην με αρ. Πρωτ. ... ΕΞ/17.06.2021 επιστολή του διαχειριστή, μη νομίμως και ανατιολόγητα δεν δόθηκε στην προκείμενη περίπτωση παράταση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, σύμφωνα με το αρ. 37 του Ν. 4412/2016 και περαιτέρω, μη νομίμως και ανατιολόγητα, ήτοι, με ανεπαρκή, αόριστη, αντιφατική και συνεπώς, εσφαλμένη αιτιολογία, αποφασίσθηκε η

απόρριψη της Προσφοράς του. Επομένως, η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη, απορριπτομένων των αιτιάσεων της αναθέτουσας αρχής, βάσει των οποίων η μη ολοκλήρωση της ηλεκτρονικής ανάρτησης της επίμαχης Προσφοράς ανάγεται στην σφαίρα ευθύνης του προσφεύγοντος και ουχί σε περιστατικό «ανωτέρας βίας» κατά τη λειτουργία του Συστήματος.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την με αρ. Πρωτ. .../26.07.2021 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής - με την οποία αποφασίσθηκε η μη αποδοχή της Προσφοράς της προσφεύγουσας - που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια συστημάτων», (με αριθμό ... Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...), σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας Απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού χιλίων εκατό είκοσι εννέα ευρώ και τριών λεπτών 1.129,03€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Αριθμός απόφασης: 1557/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Σεπτεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 04 Οκτωβρίου 2021, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αναστασία Ρουμेलιώτη