

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ελευθερία Καλαμιώτη, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος και εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 26/11/2021 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 2202/29-11-2021 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και τον δ.τ. «.....» που εδρεύει στα,, και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «.....» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Η προδικαστική προσφυγή στρέφεται κατά της υπ' αριθ. Διακήρυξης ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού του για την προμήθεια συνολικής εκτιμώμενης αξίας 685.000,01 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Συγκεκριμένα, με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή προβάλλονται λόγοι που αφορούν τη νομιμότητα των τεχνικών προδιαγραφών του Τμήματος 8 της Διακήρυξης για την προμήθεια «.....» (CPV) εκτιμώμενης αξίας 55.000,00 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ήτοι 44.354,84 άνευ ΦΠΑ

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας του επίμαχου τμήματος του διαγωνισμού άνευ ΦΠΑ (44.354,84 ευρώ), παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 25/11/2021 απόδειξη πληρωμής στην Εθνική Τράπεζα της Ελλάδος και την εκτύπωση από τη

Αριθμός απόφασης: 34/2022

σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, κατόπιν της κατάθεσής της, η εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ανατέθηκε από την Πρόεδρο της ΑΕΠΠ στο 6^ο Κλιμάκιο. Με την υπ' αριθ. 2917/2021 Πράξη Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου ορίστηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής και εκλήθη η αναθέτουσα αρχή να καταθέσει τις απόψεις της επ' αυτής. Στη συνέχεια, κατόπιν της αναχρέωσης της υπόθεσης στο παρόν Κλιμάκιο, με την υπ' αριθ. 3030/2021 Πράξη της Προέδρου του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, ορίστηκε εκ νέου Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

3. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν.

4. Επειδή, με τη Διακήρυξη υπ' αριθ.προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης «.....». Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 14/12/2021. Αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης είναι η προμήθεια διαφόρων ειδών για την αναθέτουσα αρχή συνολικής εκτιμώμενης αξίας 685.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ήτοι 552.419,35 άνευ ΦΠΑ. Η προμήθεια υποδιαιρείται, σύμφωνα με τη ΔΟιακήρυξη, σε οκτώ (8) τμήματα, με δυνατότητα των υποψηφίων να υποβάλουν προσφορά για ένα ή περισσότερα τμήματα. Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αμφισβητεί τη νομιμότητα των τεχνικών προδιαγραφών του Τμήματος 8 της Διακήρυξης για την προμήθεια «.....» (CPV) εκτιμώμενης αξίας 55.000,00 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ήτοι 44.354,84 άνευ ΦΠΑ.

5. Επειδή, η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας ανεστάλη με την υπ' αριθ. Α593/2021 απόφαση προσωρινής προστασίας του παρόντος Κλιμακίου, κατόπιν της έκδοσης της οποίας η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την υπ' αριθ. 20322/13-2-2021 ανακοίνωση σύμφωνα με την οποία η καταληκτική

Αριθμός απόφασης: 34/2022

ημερομηνία θα προσδιοριστεί εκ νέου μετά την έκδοση οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

6. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της χωρίς ΦΠΑ (552.419,35€), καθώς επίσης και της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

7. Επειδή, η Διακήρυξη απεστάλη στην ΕΕΕΕ για δημοσίευση στις 9/11/2021, καταχωρήθηκε δε στο ΚΗΜΔΗΣ την 12/11/2021 με ΑΔΑΜκαι στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό

8. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή κατά της Διακήρυξης διά μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου που απεστάλη στην ΑΕΠΠ, και συγκεκριμένα στις διευθύνσεις proedros@aep-procurement.gr; aep@procurement.gr, την 26/11/2021 και ώρα 2:53 μμ, επικαλούμενη τεχνική αδυναμία λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.). Με το ως άνω μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απεστάλη στην ΑΕΠΠ η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή σε ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «...ΠΡΟΣΦΥΓΗ.PFD». Στο έγγραφο εμφανιζόταν ψηφιοποιημένη (σκαναρισμένη) ιδιόχειρη υπογραφή, και όχι ηλεκτρονική, και μάλιστα ηλεκτρονική υπογραφή με τα χαρακτηριστικά που προβλέπονται από τις διατάξεις της κοινής απόφασης των Υπουργών Ανάπτυξης και Επενδύσεων και Επικρατείας υπ' αριθ. 64233/2021 «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών και Υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)» (ΦΕΚ 2453/Β/9-6-2021).

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή διά του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού με παραλήπτες όλους τους συμμετέχοντες την 29/11/2021 και την ανήρτησε αυθημερόν και στην αρχική σελίδα του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 34/2022

10. Επειδή, την 8/12/2021, ήτοι εντός της νόμιμης προθεσμίας, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το υπ' αριθ. ... έγγραφο απόψεων διά του συστήματος επικοινωνίας του διαγωνισμού με παραλήπτες όλους τους συμμετέχοντες. Επιπροσθέτως, το απέστειλε αυθημερόν προς την ΑΕΠΠ και το ανήρτησε στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

11. Επειδή, το άρθρο 346 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

12. Επειδή, το άρθρο 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «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».

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016, «σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: [...] (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ».

Αριθμός απόφασης: 34/2022

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 1 εδ. α' Ν. 4412/2016, «η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού».

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ. 3 και 4 ΠΔ 39/2017:

«3. Η προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

4. Σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), η οποία πιστοποιείται από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Υποστήριξης του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, ή σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail). Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία παραλαβής της από την ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Το αργότερο την επόμενη εργάσιμη ημέρα από την παραλαβή της προσφυγής, η ΑΕΠΠ ειδοποιεί ηλεκτρονικά τον προσφεύγοντα για την παραλαβή της προσφυγής και τον αριθμό πρωτοκόλλου αυτής».

16. Επειδή, σύμφωνα με την εξουσιοδοτική διάταξη του άρθρου 36 παρ. 5 Ν. 4412/2016, «με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού ρυθμίζονται, για τις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, τα τεχνικά ζητήματα που αφορούν: α) τη λειτουργία της ηλεκτρονικής πύλης ΕΣΗΔΗΣ, τη δομή και το περιεχόμενά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 3979/ 2011 και του ΠΗΔ, τη διαβάθμιση των χρηστών, τον τρόπο πρόσβασης και μελέτης των εγγράφων των διαγωνισμών και τη δημιουργία και χορήγηση αντιγράφων με χρήση 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, β) τον προσδιορισμό του περιεχομένου, των κανόνων και λεπτομερειών χρήσης των επιμέρους εργαλείων του ΕΣΗΔΗΣ, όπως της διαδικτυακής διαχείρισης αιτημάτων και πληροφοριών, της χρήσης προτύπων

Αριθμός απόφασης: 34/2022

και υποδειγμάτων, της ηλεκτρονικής κοινοποίησης, της διαδικασίας ηλεκτρονικής σύναψης των δημόσιων συμβάσεων, των ηλεκτρονικών καταλόγων, των ηλεκτρονικών πλειστηριασμών, των δυναμικών συστημάτων αγορών, των ηλεκτρονικών παραγγελιών, της ηλεκτρονικής τιμολόγησης, των ηλεκτρονικών πληρωμών, γ) 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».

17. Επειδή, δυνάμει της νομοθετικής εξουσιοδότησης του άρθρου 36 παρ. 5 Ν. 4412/2016 εκδόθηκε η ΚΥΑ υπ' αριθ. 64233/2021 «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών και Υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)» (ΦΕΚ 2453/Β/9-6-2021) ΚΥΑ.

Στο άρθρο 9 «Επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων στο ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες» της ΚΥΑ ορίζονται τα εξής:

«1. Η διαδικασία επικοινωνίας, ενημέρωσης και διακίνησης εγγράφων πραγματοποιείται αποκλειστικά μέσω του Υποσυστήματος κατά περίπτωση, με: α) την αποστολή ή κοινοποίηση σχετικών στοιχείων με μηνύματα μέσω της ηλεκτρονικής περιοχής και λειτουργικότητας «Επικοινωνία» της ηλεκτρονικής διαδικασίας δημόσιας σύμβασης. β) την ανάρτηση σχετικών στοιχείων από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς στην ηλεκτρονική περιοχή και ιδίως στα συνημμένα της ηλεκτρονικής διαδικασίας δημόσιας σύμβασης. γ) την υποβολή σχετικών στοιχείων από τους οικονομικούς φορείς, στην ηλεκτρονική περιοχή και ιδίως στα συνημμένα της σχετικής απάντησης (ενδεικτικά

Αριθμός απόφασης: 34/2022

αναφέρονται η προσφορά και η αίτηση συμμετοχής) του οικονομικού φορέα στην ηλεκτρονική διαδικασία. Η απάντηση αποτελεί χωριστή σχετική ηλεκτρονική περιοχή για κάθε οικονομικό φορέα. Ιδίως για τις ηλεκτρονικές διαδικασίες διαγωνισμών και αιτήσεων συμμετοχής, ο σχετικός ηλεκτρονικός χώρος περιλαμβάνει κατά περίπτωση τους (υπό)φακέλους: i) «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», ii) «Δικαιολογητικά Συμμετοχής/Τεχνική Προσφορά», iii) «Οικονομική Προσφορά».

2. Από την 01.09.2021, οι ηλεκτρονικές περιοχές της παρ. 1 του παρόντος άρθρου συνιστούν τον ηλεκτρονικό τόπο τήρησης του Φακέλου Δημόσιας Σύμβασης, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 45 του ν. 4412/2016.

3. Τα σχετικά στοιχεία αποστολής, κοινοποίησης, υποβολής ή ανάρτησης που αποτυπώνονται στις αντίστοιχες οθόνες της διεπαφής του χρήστη, και ειδικότερα ο καταγεγραμμένος χρόνος αυτών, αποτελούν απόδειξη επικοινωνίας και διακίνησης εγγράφων μέσω του Υποσυστήματος. Οι σχετικές προθεσμίες αρχίζουν την επομένη της ημέρας της προαναφερθείσας κατά περίπτωση αποστολής, κοινοποίησης ή υποβολής και εάν δεν ορίζεται διαφορετική ώρα στα έγγραφα της σύμβασης λήγουν όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και ώρα 23:59:59 και, αν αυτή είναι εξαιρετέα ή Σάββατο, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη ημέρα και ώρα 23:59:59. Ειδικότερα η κοινοποίηση πραγματοποιείται μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» της ηλεκτρονικής διαδικασίας δημόσιας σύμβασης. Η επιτυχής αποστολή μηνύματος μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» λογίζεται και ως επιτυχής παραλαβή του από τον αποδέκτη.

4. Οι χρήστες των φορέων της παρ. 2.2 του άρθρου 5 της παρούσας υποβάλλουν ή/και αναρτούν μέσω του Υποσυστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα με εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 ή τα άρθρα 13 και 14 του ν. 4727/2020 (Α' 184)».

Στο άρθρο 13 παρ. 1.3.1. ορίζονται τα εξής: «1.3. Ειδικότερα, όσον αφορά τα συνημμένα ηλεκτρονικά αρχεία της προσφοράς οι οικονομικοί φορείς τα καταχωρίζουν στους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του Υποσυστήματος ως εξής:

Αριθμός απόφασης: 34/2022

1.3.1 Τα έγγραφα που καταχωρίζονται στην ηλεκτρονική προσφορά και δεν απαιτείται να προσκομισθούν και σε έντυπη μορφή γίνονται αποδεκτά κατά περίπτωση, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις διατάξεις.

α) είτε του άρθρου 13, 14 και 28 του ν. 4727/2020 (Α' 184) περί ηλεκτρονικών δημοσίων εγγράφων που φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή ή σφραγίδα και εφόσον πρόκειται για αλλοδαπά δημόσια ηλεκτρονικά έγγραφα, εάν φέρουν επισημείωση e-Apostille,

β) είτε του άρθρου 15 και 27 του ν. 4727/2020 (Α' 184) περί ηλεκτρονικών ιδιωτικών εγγράφων που φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή ή σφραγίδα.

γ) είτε του άρθρου 11 του ν. 2690/1999 (Α' 45), όπως αυτός έχει τροποποιηθεί και ισχύει, περί μείωσης διοικητικών βαρών και απλούστευσης διαδικασιών και ιδίως της προσκόμισης δημοσίων εγγράφων με απλή φωτοτυπία,

δ) είτε της παρ. 2 του άρθρου 37 του ν. 4412/2016, περί χρήσης ηλεκτρονικών υπογραφών σε ηλεκτρονικές διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων,

ε) είτε της παρ. 8 του άρθρου 92 του ν. 4412/2016, περί συνυποβολής υπεύθυνης δήλωσης στην περίπτωση απλής φωτοτυπίας ιδιωτικών εγγράφων.

Επιπλέον, δεν προσκομίζονται σε έντυπη μορφή τα ΦΕΚ, ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και άλλα έντυπα, εταιρικά ή μη, με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο, δηλαδή έντυπα με αμιγώς τεχνικά χαρακτηριστικά, όπως αριθμούς αποδόσεις σε διεθνείς μονάδες μαθηματικούς τύπους και σχέδια».

Στο άρθρο 18 «Υποβολή Προδικαστικών Προσφυγών» της ΚΥΑ ορίζονται ότι «οι Προδικαστικές Προσφυγές του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, κατατίθενται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Υποσυστήματος, στην ηλεκτρονική περιοχή του διαγωνισμού, επιλέγοντας την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» και επισυνάπτοντας τα σχετικά έγγραφα και ιδίως το τυποποιημένο έντυπο του Παραρτήματος I του π.δ. 39/2017, σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF) και σύμφωνα με τις διατάξεις των περ. β' ή δ' της παραγράφου 1.3.1 του άρθρου 13 παρούσας».

18. Επειδή, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 1 Ν. 4412/2016, 8 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 και 18 της προπαρατεθείσας ΚΥΑ,

Αριθμός απόφασης: 34/2022

προκύπτει ότι σε περίπτωση ηλεκτρονικού διαγωνισμού διενεργούμενου μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, όπως ο προκείμενος, η προδικαστική προσφυγή ασκείται κατ' αρχήν με αποστολή της στον ηλεκτρονικό τόπου του διαγωνισμού διά του συστήματος «Επικοινωνία». Περαιτέρω, σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις της προπαρατεθείσας ΚΥΑ, με την οποία καθορίζονται, κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 36 παρ. 5 Ν. 4412/2016, τα τεχνικά ζητήματα λειτουργίας και χρήσης του ΕΣΗΔΗΣ, και ειδικότερα οι όροι και οι προϋποθέσεις για την υποβολή, τη γνωστοποίηση, τη διακίνηση, τον τύπο και το περιεχόμενο των διακινούμενων μέσω του ΕΣΗΔΗΣ εγγράφων, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται κατά τα άνω σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF) με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή. Σε περίπτωση, όμως, τεχνικής αδυναμίας του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία πιστοποιείται αρμοδίως, η προδικαστική προσφυγή ασκείται κατ' άρθρο 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017 διά της αποστολής της με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ.

19. Επειδή, στην τελευταία ως άνω περίπτωση δεν απαιτείται να τίθεται στο έγγραφο της προδικαστικής προσφυγής προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή του οικονομικού φορέα ή του νομίμου εκπροσώπου του. Και τούτο, διότι ούτε στις οικείες περί κατάθεσης της προδικαστικής προσφυγής διατάξεις του Ν. 4412/2016 και του ΠΔ 39/2017, οι οποίες παρατίθενται ανωτέρω, ούτε σε οποιαδήποτε άλλη διάταξη περιέχεται ρητή ρύθμιση σχετικά με τον τρόπο υπογραφής της προδικαστικής προσφυγής, όταν αυτή δεν υποβάλλεται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, αλλά κατατίθεται κατ' άρθρο 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017 στην ΑΕΠΠ λόγω τεχνικής αδυναμίας του ΕΣΗΔΗΣ. Οι δε διατάξεις της ΚΥΑ υπ' αριθ. 64233/2021 «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών και Υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)» (ΦΕΚ 2453/Β/9-6-2021) προσδιορίζουν τα απαιτούμενα για την παραδεκτή άσκηση προδικαστικής προσφυγής μέσω του ΕΣΗΔΗΣ χαρακτηριστικά του υποβαλλόμενου στο σύστημα ηλεκτρονικού αρχείου και, ως εκ τούτου, η ανωτέρω ΚΥΑ τυγχάνει μεν εφαρμογής στον προκείμενο διαγωνισμό, μόνο, όμως, στην περίπτωση άσκησης της προδικαστικής προσφυγής διά του ΕΣΗΔΗΣ, και όχι στην περίπτωση άσκησης της προδικαστικής προσφυγής απευθείας στην ΑΕΠΠ λόγω τεχνικής αδυναμίας του ΕΣΗΔΗΣ. Και τούτο, ειδικότερα, διότι η ανωτέρω ΚΥΑ ρυθμίζει,

Αριθμός απόφασης: 34/2022

σύμφωνα και με την οικεία εξουσιοδοτική διάταξη, τεχνικά ζητήματα που αφορούν αποκλειστικά την επικοινωνία μέσω του ΕΣΗΔΗΣ και τα διακινούμενα μέσω του συστήματος αυτού έγγραφα, και όχι λοιπές επικοινωνίες του οικονομικού φορέα με τα κατά περίπτωση αρμόδια όργανα, όταν αυτές δεν πραγματοποιούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Περαιτέρω, δεδομένου ότι η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ συνιστά μέσο διοικητικής έννομης προστασίας των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν σε διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων, ενώ ταυτόχρονα αποτελεί, ενόψει του ενδικοφανούς χαρακτήρα της, προϋπόθεση για την δικαστική προστασία των οικονομικών φορέων, δεν είναι επιτρεπτή κατά την εφαρμογή και ερμηνεία των περί προϋποθέσεων παραδεκτού της διατάξεων η προσθήκη όρων που δεν προβλέπονται ρητώς και με σαφήνεια από αυτές. Αντίθετη ερμηνεία, πέραν του ότι δεν βρίσκει έρεισμα στις εφαρμοστέες εν προκειμένω νομοθετικές διατάξεις, θα αντέκειτο επιπροσθέτως και στην αρχή της αποτελεσματικότητας της προσφυγής (Οδηγία 89/665/ΕΚ, όπως ισχύει), καθώς επίσης και στα άρθρα 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 47 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σύμφωνα με τα οποία οι όποιοι περιορισμοί του δικαιώματος δικαστικής προστασίας πρέπει να διατυπώνονται σαφώς, ώστε να μην καταλείπεται περιθώριο αμφιβολίας στους ενδιαφερομένους ως προς το περιεχόμενο και την έκταση των συναφών υποχρεώσεών τους. Εφόσον, λοιπόν, στο άρθρο 362 του Ν. 4412/2016 και στο άρθρο 8 του ΠΔ 39/2017 δεν έχει περιληφθεί αντίστοιχη ειδική πρόβλεψη, δεν μπορεί, για λόγους ασφαλείας δικαίου, να θεωρηθεί ότι οι προδικαστικές προσφυγές που δεν υποβάλλονται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ και, ως εκ τούτου, δεν διέπονται από τις ειδικές διατάξεις που αφορούν την επικοινωνία μέσω του εν λόγω συστήματος ηλεκτρονικών διαγωνισμών, απαιτείται, και μάλιστα επί ποινή απαραδέκτου, να φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή (βλ. ΣτΕ 882/2021, σκ. 7).

20. Επειδή, επιπροσθέτως, για την παραδεκτή άσκηση της προδικαστικής προσφυγής με αποστολή ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ κατ' άρθρο 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017 λόγω τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, δεν απαιτείται να συντρέχει η αδυναμία αυτή κατά την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας της εν λόγω προθεσμίας, διότι κάτι τέτοιο επίσης δεν προβλέπεται ρητώς από τις οικείες διατάξεις και ο ενδιαφερόμενος

Αριθμός απόφασης: 34/2022

οικονομικός φορέας δεν μπορεί – για οποιονδήποτε λόγο – να υποχρεωθεί να αναμείνει τυχόν αποκατάσταση του συστήματος μέχρι την τελευταία ημέρα της προθεσμίας. Αρκεί, δηλαδή, να συντρέχει τεχνική αδυναμία του ΕΣΗΔΗΣ πιστοποιούμενη αρμοδίως κατά την ημέρα άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, η οποία μπορεί να λαμβάνει χώρα σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο διάρκειας της προθεσμίας, χωρίς να ασκεί επιρροή τυχόν μη εξάντληση της νόμιμης προθεσμίας από τον οικονομικό φορέα. Σε κάθε περίπτωση, στην κρινόμενη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αναφέρει ότι *«η ανάρτηση στο ΚΗΜΔΗΣ των όρων της διακήρυξης έλαβε χώρα την 12/11/2021, και ως εκ τούτου η προθεσμία για την άσκηση της παρούσας προσφυγής μας λήγει την 27/11/2021, κι επειδή, η ημέρα αυτή είναι Σάββατο παρατείνεται υποχρεωτικά ως την 29/11/2021»*. Ως εκ τούτου, στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται τεκμαιρόμενη, κατ' άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' εδ. β' Ν. 4412/2016 γνώση, ώστε η προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής να λήγει την 7/12/2021, αλλά πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης πράξης από την ανάρτησή της στο ΚΗΜΔΗΣ.

21. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, σύμφωνα με το υπ' αριθ. 40944ΕΞ2021/18-11-2021 έγγραφο της Δ/σης Διαχείρισης, Ανάπτυξης και Υποστήριξης ΕΣΗΔΗΣ του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης, το οποίο βρίσκεται αναρτημένο στον ιστότοπο του ΕΣΗΔΗΣ, κατά τον χρόνο άσκησης της κρινόμενης προσφυγής, ήτοι την 26/11/2021, και ώρα 2:53 μμ, το υποσύστημα ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες, διά του οποίου διενεργείται ο προκείμενος διαγωνισμός, ετέθη εκτός λειτουργίας.

22. Επειδή, επικαλούμενη κατά τα άνω τεχνική αδυναμία λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, η προσφεύγουσα άσκησε την προδικαστική προσφυγή αποστέλλοντας μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απευθείας στην ΑΕΠΠ. Το έγγραφο με τίτλο «... ΠΡΟΣΦΥΓΗ.PDF» που επισυνάπτεται στο από 26/11/2021 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της προσφεύγουσας, με το οποίο αυτή υπέβαλε την κρινόμενη προσφυγή, δεν φέρει μεν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, αλλά φέρει ψηφιοποιημένη ιδιόχειρη υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου της προσφεύγουσας, η οποία έχει τεθεί πάνω από το όνομα και την ιδιότητά του, καθώς επίσης και την σφραγίδα της εταιρείας. Επιπροσθέτως, στην πρώτη σελίδα του αρχείου εμφανίζεται αποτύπωση της

Αριθμός απόφασης: 34/2022

από 26/11/2021 ηλεκτρονικής υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου, η οποία, όμως δεν αποτελεί ηλεκτρονική υπογραφή, διότι δεν αποτελεί σύνολο ψηφιακών δεδομένων από το οποίο μπορεί να επαληθευτεί η ταυτότητα του υπογράφοντος και ο χρόνος της υπογραφής, αλλά μόνο (σκαναρισμένο) ίχνος της ψηφιακής υπογραφής στην έντυπη μορφή της προδικαστικής προσφυγής. Στη συνέχεια, την 29/11/2021, αφού είχε επανέλθει το ΕΣΗΔΗΣ σε λειτουργία, η προσφεύγουσα ανήρτησε το ίδιο ως άνω έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, αποστέλλοντας στην ΑΕΠΠ αυθημερόν σχετικό μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, στο οποίο επισύναψε το ίδιο αρχείο και ανέφερε ότι *«προς διευκόλυνση των διαδικασιών, η εταιρεία μας «... μετά την αποκατάσταση της λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, κατέθεσε σήμερα εκ νέου και επικουρικά την από 26.11.2021 Προσφυγή της»*. Ενόψει της ρητής κατά τα άνω δήλωσης, η ανάρτηση αυτή δεν μπορεί να ερμηνευθεί ως παραίτηση από την κατατεθείσα ενώπιον της ΑΕΠΠ προδικαστική προσφυγή και κατάθεση νέας προσφυγής μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, αλλά αποτελεί εκ των υστέρων και εκ περισσού ανάρτηση της προδικαστικής προσφυγής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Εξάλλου, το έγγραφο αυτό δεν καταχωρίστηκε αρμοδίως από την ΑΕΠΠ ως νέα προδικαστική προσφυγή, αλλά εισήχθη στον φάκελο της κρινόμενης υπό ΓΑΚ 2202/2021 προδικαστικής προσφυγής.

23. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα παραδεκτώς άσκησε προδικαστική προσφυγή κατά των όρων της επίμαχης Διακήρυξης με το από 26/11/2021 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ λόγω τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ κατά τον χρόνο υποβολής της. Η εν λόγω προδικαστική προσφυγή καταχωρίστηκε στα αρχεία της ΑΕΠΠ με ΓΑΚ 2202/2021 και έχει εισαχθεί για εξέταση από το παρόν κλιμάκιο. Η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με ηλεκτρονική κατάθεση στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail), λόγω τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ κατά την ημέρα υποβολής της. Ασκήθηκε δε η κρινόμενη προσφυγή παραδεκτώς, χωρίς προηγμένη ψηφιακή υπογραφή, διότι αυτή δεν απαιτείται στην προκείμενη περίπτωση, σύμφωνα με την ανάπτυξη που προηγήθηκε.

24. Επειδή, περαιτέρω, κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων των άρθρων 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής

Αριθμός απόφασης: 34/2022

προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑΣΤΕ 170/2021, σκ. 5 και 16, 107/2021, σκ. 6 και 15, 353/2018, σκ. 6 και 7 κ.α.). Η βλάβη που επικαλείται ο προσφεύγων στο πλαίσιο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προστατευτέα και να δικαιολογεί τη διοικητική έννομη προστασία του με την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την ανωτέρω έννοια, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συγκεκριμένων συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, και λόγω της συνδρομής των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του προσφεύγοντος στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. επίσης ενδεικτικά ΕΑΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑΣΤΕ 170/2021, σκ. 5, 93/2021, σκ. 10 κ.ά.).

25. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή κατά των τεχνικών προδιαγραφών του Τμήματος 8 της Διακήρυξης για την προμήθεια «...». Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι:

«3. Η εταιρεία μας δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, αφού διαθέτει στην ελληνική αγορά αιμοκάθαρσης, όπως έχει υποβάλει σε πλείστους αντίστοιχους διαγωνισμούς με το αυτό αντικείμενο, και έχει αναλάβει ήδη την εκτέλεση πλείστων σχετικών συμβάσεων. Πλην όμως, οι Τεχνικές προδιαγραφές του επίδικου διαγωνισμού, όπως έχουν τεθεί στο «Τμήμα #8:» «... .. (βλ. σε. 122 έως 126 της επίδικης Διακήρυξης) έχουν διαμορφωθεί κατά τρόπο μη νόμιμο καθώς επιτρέπουν την προμήθεια μηχανημάτων «κλειστού τύπου»,

Αριθμός απόφασης: 34/2022

μηχανημάτων δηλαδή τα αναλώσιμα των οποίων καλύπτονται από βιομηχανικό απόρρητο κατασκευής – πατέντα. Ειδικότερα: Στην (χωρίς αρίθμηση) υπό κουκίδα 5 τεχνική προδιαγραφή (σελ 122 της διακήρυξης) έχει τεθεί: «Να χρησιμοποιούν φίλτρα αιμοκάθαρσης όλων των τύπων και εργοστασίων» ενώ έχει παραληφθεί η παγίως τιθέμενη προδιαγραφή στους σχετικού διαγωνισμούς και η προτεινόμενη από το ΕΚΑΠΤΥ προδιαγραφή 5β «να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής».

4. Με την ως άνω διαμόρφωση των Τεχνικών προδιαγραφών δεν διασφαλίζεται ότι τα προσφερόμενα μηχανήματα θα είναι «ΑΝΟΙΧΤΟΥ ΤΥΠΟΥ», θα δέχονται δηλαδή αναλώσιμα όλων των εταιριών. Αντιθέτως οι επίδικες Τεχνικές προδιαγραφές οδηγούν στην αποδοχή προσφοράς μηχανημάτων «ΚΛΕΙΣΤΟΥ ΤΥΠΟΥ» μηχανημάτων δηλαδήπο όπου τα αναλώσιμα δύνανται να ελέγχονται (λόγω εργοστασιακού απορρήτου) από την προμηθεύτρια του μηχανήματος εταιρία με αποτέλεσμα αυτή να διαθέτει μονοπώλιο/ολιγοπώλιο. Με το τρόπο αυτό οι προσφέρουσες «ΚΛΕΙΣΤΟΥ ΤΥΠΟΥ» μηχανήματα πριμοδοτούνται έναντι των λοιπών εταιριών καθώς δύνανται να το προσφέρουν σε ιδιαίτερα χαμηλή τιμή προκειμένου να αναδειχθούν προμηθεύτριες αφού προσδοκούν κέρδη όχι από την πώληση του μηχανήματος αλλά από τον μονοπωλιακό/ολιγοπωλιακό έλεγχο της αγοράς των αναλωσίμων τους. Με τις επίδικες τεχνικές προδιαγραφές πριμοδοτούνται αθέμιτα οι εταιρείες που προσφέρουν μηχανήματα «κλειστού τύπου» έναντι των λοιπών προμηθευτών μεταξύ των οποίων και η εταιρία μας και μάλιστα σε βάρος του δημοσίου, που θα είναι εφεξής δέσμιο του κατασκευαστή του μηχανήματος. Κατά τον τρόπο αυτό η επίδικη Τεχνική προδιαγραφή 5 είναι παράνομη καθώς: α) Αντίκειται στην αρχή του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων κατά παράβαση της Ενωσιακής νομοθεσίας και του άρθρου 18 παρ. 1 και 54 παρ 2 του Ν4412/2016, β) Αντίκειται στην απαγόρευση διάθεσης στο Δημόσιο «κλειστού τύπου μηχανημάτων» κατ' άρθρο 6 και 7 του Ν.2955/2001, γ) Αντίκειται στην αρχή της προστασίας του αγαθού της δημόσιας υγείας άρθρο 21 παρ. 3 Συντάγματος».

26. Επειδή, ειδικότερα, όσον αφορά το έννομο συμφέρον της, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι «δραστηριοποιείται στην εμπορία των προς

Αριθμός απόφασης: 34/2022

προμήθεια των ειδών της επίδικης προκήρυξης (μηχανήματα τεχνητού νεφρού) και έχει αναλάβει την εκτέλεση πολλών σχετικών διαγωνισμών. Ως εκ τούτου έχει προφανές ενεργό ενδιαφέρον για υποβολή προσφοράς στον επίδικο διαγωνισμό και δικαίωμα συμμετοχής σε αυτόν, δικαίωμα το οποίο κωλύεται από τον προσβαλλόμενο όρο ο οποίος αθέμιτα πριμοδοτεί εταιρίες που διακινούν μηχανήματα 'κλειστού τύπου', Υφίσταται συνεπώς και άμεσο προσωπικό και ενεστώς και έννομο συμφέρον της εταιρίας για την άσκηση της παρούσας με την οποία επιδιώκεται η ακύρωση ή άλλως η τροποποίηση του επίδικου όρου της διακήρυξης και η έκδοση νέου, σύμφωνα με τι ενιαίες τεχνικές προδιαγραφές τις οποίες έχει υιοθετήσει το Εθνικό Κέντρο Αξιολόγησης της Ποιότητας & Τεχνολογίας στην Υγεία (Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ.) προκειμένου να θεμελιώσει προσδοκία ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης στην εταιρία μας».

27. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει ότι αποκλείεται η συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων που εμπορεύονται μηχανήματα «ανοικτού τύπου», όπως η προσφεύγουσα, ούτε εμποδίζεται η προσφορά τέτοιων μηχανημάτων. Τούτο επιβεβαιώνει η αναθέτουσα αρχή και με τις απόψεις της (σελ. 3, σημείο 2).

28. Επειδή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της τεχνικής προδιαγραφής του Τμήματος 8 της Διακήρυξης, με την οποία ορίζεται ότι τα προσφερόμενα είδη πρέπει να «*χρησιμοποιούν φίλτρα ...όλων των τύπων και εργοστασίων*» (σελ. 122 της Διακήρυξης), χωρίς να προστίθεται όρος «*να δέχονται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής*», σύμφωνα με παλαιότερες προτεινόμενες από το ΕΚΑΠΤΥ προδιαγραφές. Ωστόσο, προβάλλοντας ειδικότερα τους λόγους, για τους οποίους η ανωτέρω τεχνική προδιαγραφή δεν είναι νόμιμη, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ότι ο προσβαλλόμενος όρος εμποδίζει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό ως εταιρείας που εμπορεύεται «ανοικτού τύπου» μηχανήματα. Αντιθέτως, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με την προσβαλλόμενη τεχνική προδιαγραφή επιτρέπεται να προσφερθούν στον διαγωνισμό, εκτός από μηχανήματα «ανοικτού τύπου», και μηχανήματα «κλειστού τύπου», δηλαδή τέτοια που από την κατασκευή τους δύνανται να λειτουργούν μόνο με αναλώσιμα που καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο και δίπλωμα ευρεσιτεχνίας-

Αριθμός απόφασης: 34/2022

πατέντα. Με τον τρόπο αυτό, πάντα κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ευνοείται η συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων που εμπορεύονται τέτοια μηχανήματα, διότι αυτοί μπορούν (και πρόκειται) να προσφέρουν τα υπό προμήθεια είδη σε χαμηλές τιμές προσδοκώντας αυξημένο όφελος από την προμήθεια των αναλωσίμων τους στο μέλλον. Όμως, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας με το ανωτέρω περιεχόμενο δεν θεμελιώνουν το απαιτούμενο κατ' άρθρα 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016, όπως οι διατάξεις αυτές παγίως ερμηνεύονται από τα αρμόδια Δικαστήρια και την ΑΕΠΠ, έννομο συμφέρον, διότι ελλείπουν πλήρως τόσο ο ισχυρισμός όσο και τα στοιχεία τεκμηρίωσής του περί του ότι εξαιτίας της προβαλλόμενης μη νόμιμης, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, παράλειψης συμπλήρωσης της ένδικης τεχνικής προδιαγραφής της Διακήρυξης με τον ως άνω όρο να δέχεται το προσφερόμενο μηχάνημα αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, αποκλείεται η ίδια από την συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό ή ότι καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της αυτή ή ότι προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος της το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας της να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, που τάσσονται από αυτήν (*ad hoc* ΔΕφΤρίπολης Ν42/2021, με την οποία επικυρώθηκε η ΑΕΠΠ 1103/2021). Ως εκ τούτου, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη.

29. Επειδή, δεδομένου ότι η συμμετοχή της προσφεύγουσας δεν αποκλείεται ή δυσχεραίνεται ουσιωδώς εξαιτίας του προσβαλλομένου όρου της Διακήρυξης, ούτε η ίδια η προσφεύγουσα επικαλείται κάτι τέτοιο, η αμφισβήτηση της νομιμότητας της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής με τους δύο πρώτους λόγους της προδικαστικής προσφυγής υποκρύπτει την προσπάθειά της να προδιαγράψει, κατά τις επαγγελματικές της ανάγκες, τα προς προμήθεια είδη και να προσδιορίσει, κατά τις δικές της δυνατότητες, τις τεχνικές προδιαγραφές. Ως εκ τούτου, πέραν της έλλειψης εννόμου συμφέροντος, οι λόγοι της προδικαστικής προσφυγής προβάλλονται απαραδέκτως, διότι με αυτούς αμφισβητείται ευθέως η ανέλεγκτη σκοπιμότητα των επιλογών της αναθέτουσας αρχής και η ευρεία ευχέρειά της να διαμορφώσει, κατά την εκτίμηση της, τους όρους της Διακήρυξης επί τη

Αριθμός απόφασης: 34/2022

βάσει των αναγκών της (*ad hoc* ΔΕφΤρίπολης Ν42/2021, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 107/2021, σκ. 15, ΔΕφΛάρισας 51/2020, ΔΕφΘες 39/2020). Πολλώ δε μάλλον που, όπως προκύπτει από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, στην προκειμένη περίπτωση έλαβε χώρα και δημόσια διαβούλευση των τεχνικών προδιαγραφών διενεργηθείσα κατά το διάστημα 13-11-2020 έως 28-11-2020, οπότε οι οικονομικοί φορείς μπορούσαν να διατυπώσουν παρατηρήσεις ακόμη και επί της σκοπιμότητας των τεχνικών προδιαγραφών, πράγμα το οποίο δεν έπραξε η προσφεύγουσα.

30. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής ότι η επίμαχη τεχνική προδιαγραφή «*δεν εξυπηρετεί τα συμφέροντα του νοσοκομείου*» και, επιπλέον, αντίκειται στη συνταγματικά αρχή της προστασίας του αγαθού της δημόσιας υγείας είναι απαράδεκτος και απορριπτός ως εκ συμφέροντος τρίτου προβαλλόμενος.

31. Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Ειρήνης Αψοκάρδου, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή τυγχάνει απορριπτέα ως απαράδεκτη πρωτίστως λόγω της έλλειψης ψηφιακής υπογραφής. Και τούτο διότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 12-11-2021, ήτοι η προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 361 περ. γ του Ν.4412/2016, έληγε στις 7-12-2021. Ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η προσφεύγουσα απέστειλε μεν την προσφυγή της στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 26-11-2021 λόγω τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ κατά την ημερομηνία αυτή, κατέθεσε δε εκ νέου στις 29-11-2021, ήτοι εμπροθέσμως, την προσφυγή της στη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, κατά τα προβλεπόμενα στα άρθρα 362 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 8 παρ. 3 του ΠΔ 39/2017. Επομένως, δοθέντος ότι η διαδικασία διεξάγεται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ως ημερομηνία άσκησης της προσφυγής νοείται η 29-11-2021, χωρίς τούτο να επηρεάζεται ή να εξαρτάται από τον αριθμό πρωτοκόλλου που έλαβε στην ΑΕΠΠ δοθέντος ότι δεν θα εδύνατο να λάβει μεταγενέστερο αριθμό πρωτοκόλλου προσφυγή η οποία δεν κοινοποιήθηκε εκ νέου στην ΑΕΠΠ εφόσον της είχε ήδη αποσταλεί. Ως εκ τούτου, ως παραδεκτώς ασκηθείσα πρέπει να θεωρηθεί η προσφυγή που ασκήθηκε στη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού εφόσον ήταν δυνατή η άσκησή της εντός της νομίμου προθεσμίας κατά τα

Αριθμός απόφασης: 34/2022

προβλεπόμενα στο άρθρο 8 παρ. 3 του ΠΔ 39/2017. Εξάλλου, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται κάποιον λόγο για τον οποίο η άσκηση εκ μέρους της προσφυγής ήταν δυνατή για την ίδια, κατά το χρονικό διάστημα κατά το οποίο εδύνατο να ασκήσει εμπροθέσμως την προσφυγή της, μόνο κατά την ημερομηνία της 26-11-2021 κατά την οποία υφίστατο τεχνική αδυναμία λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ ώστε να τύχει εφαρμογής η προβλεπόμενη στο άρθρο 8 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017 δυνατότητα και να μη στερηθεί έννομης προστασίας (πρβλ. απόφαση 6^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 764/2021, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου). Σε κάθε περίπτωση, ακόμα κι αν ήθελε θεωρηθεί ως παραδεκτή η άσκηση της προσφυγής με την αποστολή μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 4 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017, με την παρούσα πρέπει να κριθεί ως προς το παραδεκτό και το βάσιμο η ασκηθείσα από την προσφεύγουσα μεταγενεστέρως προσφυγή η οποία αναρτήθηκε στη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, καθώς θεωρείται ότι η προσφεύγουσα έχει παραιτηθεί από τη χρονικά προγενέστερη προσφυγή, ανεξαρτήτως των λόγων που αυτή προέβη σε μεταγενέστερη άσκηση αυτής ή αν υποχρεούτο ή όχι να προβεί σε μεταγενέστερη άσκησή της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα υπέβαλε την προσφυγή της κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF), στην οποία απεικονίζεται ψηφιακή υπογραφή, η οποία είναι (ψηφιοποιημένη) και όχι προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας. Ειδικότερα, ένα ηλεκτρονικό έγγραφο φέρει ψηφιακή υπογραφή όταν κατά άνοιγμα του εγγράφου στην οθόνη ενός ηλεκτρονικού μέσου, ανοίγει και η δυνατότητα, μέσω της διαλειτουργικότητας, είτε της ορατής απεικόνισης της ψηφιακής υπογραφής (του σχηματισμού αυτής) επί του εγγράφου είτε του ίδιου του ψηφιακά υπογεγραμμένου εγγράφου, οιοσδήποτε να προβεί στον έλεγχο της επαλήθευσης της υπογραφής, κατά τις οδηγίες της ΑΠΕΔ, δηλαδή να διερευνήσει τις «ιδιότητες υπογραφής», το όνομα και τα στοιχεία του «υπογράφοντος», αν το έγγραφο φέρει ενσωματωμένη χρονική σήμανση από αναγνωρισμένο πάροχο υπηρεσιών ασφαλούς χρονοσήμανσης, αν το ψηφιακό πιστοποιητικό είναι σκληρής αποθήκευσης, μέχρι πότε ισχύει και αν το έγγραφο έχει τροποποιηθεί από την θέση της ψηφιακής υπογραφής και

Αριθμός απόφασης: 34/2022

μετά. Εφόσον, κατά τον έλεγχο αυτό, διαπιστωθεί ότι στο έγγραφο έχει τεθεί προηγμένη ηλεκτρονική (ψηφιακή) υπογραφή που πληροί τις απαιτήσεις του Κανονισμού (ΕΕ) 910/2014, το έγγραφο θεωρείται νομίμως υπογεγραμμένο, έχει δε την ίδια νομική και αποδεικτική ισχύ με το έγγραφο που φέρει ιδιόχειρη υπογραφή και έχει ισχύ πρωτοτύπου με την έκδοση του και μόνο. Αντίθετα, η ψηφιοποιημένη υπογραφή συνιστά απλό αντίγραφο της πρωτότυπης υπογραφής και δεν έχει την ίδια νομική ισχύ με την ψηφιακή ή/και την ιδιόχειρη υπογραφή δοθέντος ότι δεν παρέχει τα ίδια εχέγγυα γνησιότητας. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα έχει υποβάλει ηλεκτρονικά επεξεργασμένο έγγραφο μέσω σκαναρίσματος, ήτοι εν τοις πράγμασι αντίγραφο της προδικαστικής προσφυγής και όχι το πρωτότυπο αρχείο προδικαστικής προσφυγής επί του οποίου είναι δυνατός ο έλεγχος της εγκυρότητας της ψηφιακής υπογραφής μέσω της διαλειτουργικότητας (βλ. ενδεικτικά ΔΕΦΑΘ 319/2019 και ΔΕΦΠατρών 8/2021 και αποφάσεις ΑΕΠΠ Α481/2018, 140, 1093, 1112 και 1460/2020 εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου). Επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί λόγω μη παραδεκτής άσκησης της.

32. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

33. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, κατά τα αναλυτικώς διαλαμβανόμενα στην παρούσα.

34. Επειδή, ύστερα από τη σκέψη 33 πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 11 Ιανουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ελευθερία Καλαμιώτη

Φωτεινή Μαραντίδου