

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 26 Φεβρουαρίου 2021, με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.01.2021 (κατάθεση με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) ΓΑΚ/ΑΕΠΠ/171/20.01.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής, Κέντρου ..., Διεύθυνση Προμήθειών, που εδρεύει στην ..., ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθ. Φ: .../04/21 Σ: 04//11 Ιαν 21/.../... απόφασης της Ανώτατης Επιτροπής Προμηθειών της αναθέτουσας αρχής (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), στο πλαίσιο του διαγωνισμού της υπ' αριθ. 26/2020 Διακήρυξης για την «Παροχή Υπηρεσιών Εκτύπωσης / Έκδοσης του Περιοδικού '...', μέσω σύναψης Συμφωνίας Πλαίσιο διάρκειας Τριών (3) Ετών», κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα σε αυτή.

Η εξέταση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και το άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 850,00 ευρώ και με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου ....

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ... Διακήρυξη το Κέντρο ..., Διεύθυνση Προμηθειών, προκήρυξε τη διενέργεια ηλεκτρονικού, δημόσιου, ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων, με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου για την «Παροχή Υπηρεσιών Εκτύπωσης / Έκδοσης του Περιοδικού '...', μέσω σύναψης Συμφωνίας Πλαίσιο διάρκειας Τριών (3) Ετών», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 169.811,32 ευρώ, άνευ ΦΠΑ (180.000,00 ευρώ με ΦΠΑ 6%) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 30.11.2020 και με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό .... Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ ([www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr)) ορίστηκε η 15<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2020, ημέρα Τρίτη και ώρα 14:00 μ.μ, σύμφωνα με την παράγραφο 5 της Διακήρυξης. Στον εν λόγω διαγωνισμό, προσφορά υπέβαλαν εμπρόθεσμα και ηλεκτρονικά οι εταιρείες «...», «...», «...», «...» και «...». Στις 21 Δεκεμβρίου 2020 πραγματοποιήθηκε η αποσφράγιση και ο έλεγχος των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών των ανωτέρω εταιρειών και στις 24 Δεκεμβρίου 2020 η αποσφράγιση και ο έλεγχος των οικονομικών προσφορών, ώστε τα αποτελέσματα των εν λόγω σταδίων να επικυρωθούν με την έκδοση απόφασης «προσωρινού αναδόχου» από το αποφαινόμενο όργανο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Ν. 4412/2016 και τη Διακήρυξη. Την 18<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2020, παραδόθηκε από εταιρεία ταχυμεταφορών στην Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού και σε σφραγισμένους φακέλους, η προσφορά της προσφεύγουσας, η οποία, ως η αναθέτουσα αρχή αναφέρει, ουδέποτε αποσφραγίστηκε. Εν συνεχεία κατατέθηκε στην αναθέτουσα αρχή η από 31.12.2020 σχετική «Ένσταση» της εταιρείας «...» και ήδη προσφεύγουσας και στις 08 Ιανουαρίου 2021 απεστάλη από την προσφεύγουσα η από ίδιας ημερομηνίας σχετική επιστολή της με συνημμένη την από 31.12.2020 σχετική επιστολή του .... Με την προσβαλλόμενη απόφασή της, Φ: .../04/21 Σ: 04//11 Ιαν 21/.../..., η Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, κάλεσε την προσφεύγουσα όπως προσέλθει και παραλάβει σφραγισμένη την προσφορά της, σύμφωνα με την

πρόβλεψη της παραγράφου 10 του άρθρου 2 του Παραρτήματος «Α» της Διακήρυξης, ότι «Προσφορές που τυχόν υποβληθούν ή περιέλθουν στην Υπηρεσία αποκλειστικά σε έντυπη μορφή (για τις οποίες δεν έχει πραγματοποιηθεί κατάθεση ηλεκτρονικής προσφοράς στο σύστημα) δεν αποσφραγίζονται και επιστρέφονται». Κατά την απόφαση αυτής στρέφεται η προσφεύγουσα κατά το μέρος που δεν έγινε δεκτή η κατάθεση της προσφοράς της εντύπως, καθώς, κατά το μέρος που απαιτούνταν η κατάθεση αυτής ηλεκτρονικά στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, επικαλείται λόγους ανωτέρας βίας, που καθιστούσαν αδύνατη την υποβολή της και ειδικότερα ότι υφίσταντο σοβαρά τεχνικά προβλήματα στην παροχή internet του τηλεπικοινωνιακού της παρόχου, με αποτέλεσμα να μη δύναται να υποβάλει την προσφορά της μέσω της διαδικτυακής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες), της ιδιότητας του Κέντρου Ανεφοδιασμού ..., ως αναθέτουσας αρχής, ανήκουσας στη Γενική Κυβέρνηση, της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016) και του χρόνου δημοσίευσης της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017) στην υπό κρίση Προσφυγή. Περαιτέρω, εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ.39/2017, έχει ασκηθεί η παρούσα Προσφυγή, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 01.01.2020, και αυτή, η Προσφυγή, ασκήθηκε δια της με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ στις 20.01.2020, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας. Αναφορικά με την άσκηση αυτής με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι παραδεκτώς ασκήθηκε δια του τρόπου αυτού, αφού από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού και τα αναφερόμενα ανωτέρω προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δεν κατέθεσε την προσφορά της ηλεκτρονικά στον διαδικτυακό τόπο του ΕΣΗΔΗΣ και ως εκ τούτου δεν

υφίστατο σχετική δυνατότητά της από το σύστημα (του ΕΣΗΔΗΣ) προς κατάθεση της Προσφυγής της σε αυτό, όπως βεβαιώνεται με το από 14.01.2021 απαντητικό μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της Τεχνικής Υποστήριξης Εφαρμογής και Χρηστών Οικονομικών Φορέων ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες / Υπηρεσίες - GS Help Desk στο οποίο αναφέρεται ότι «... Στην περίπτωση σας, επειδή για το διαγωνισμό έχει παρέλθει η καταληκτική του ημερομηνία, τεχνικά δεν θα μπορείτε να τον βρείτε στο σύστημα και να χρησιμοποιήσετε τη λειτουργικότητα επικοινωνία του διαγωνισμού. Συνεπώς, θα πρέπει να συνεννοηθείτε σχετικά με την Αναθέτουσα Αρχή, καθώς η τελευταία δύναται, με δικό της αίτημα προς τη Διεύθυνσή μας, να ζητήσει να ενεργοποιήσουμε πάλι το διαγωνισμό ώστε να προχωρήσετε μετά στην αποστολή της προσφυγής σας και μέσω της λειτουργικότητας επικοινωνίας του διαγωνισμού». Ως εκ τούτου, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, καίτοι στην προκείμενη περίπτωση και σύμφωνα με τα ανωτέρω δεν προκύπτει τεχνική αδυναμία υπό στενή εννοία του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ προς κατάθεση της υπό εξέταση Προσφυγής σε αυτό, κατ' άρθρο 8 παρ. 4 του Π.Δ.39/2017, εντούτοις υφίσταται αδυναμία εν τοις πράγμασι της προσφεύγουσας όπως καταθέσει την Προσφυγή της σε αυτό, αδυναμία οφειλόμενη στον τρόπο σχεδιασμού και λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ και επομένως παραδεκώς, κατά την προρρηθείσα διάταξη, αυτή (η Προσφυγή) ασκήθηκε δια καταθέσεως με την αποστολή μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ.

4. Περαιτέρω, παραδεκώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016, - ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει με το άρθρο 43 παρ. 42 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52) - και κατ' άρθρο 9 του Π.Δ. 39/2017, με το υπ' αριθ. πρωτ. Φ.: .../.../... Σ.:.../28.01.2021 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με την Προσφυγή της ότι προέβη στην ηλεκτρονική υποβολή της προσφοράς της στο ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ μόλις 10 δευτερόλεπτα μετά από την καταληκτική ορισθείσα ώρα, ήτοι 14:00 και 10" αντί για τις 14:00

ακριβώς που όριζε η Διακήρυξη, για λόγους ανωτέρας βίας, τους οποίους και είχε γνωστοποιήσει πριν τη λήξη του διαγωνισμού στην αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, αναφέρει ότι στις 14.12.2020 ξεκίνησε τις διαδικασίες να ανεβάσει στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ τα απαιτούμενα έγγραφα προκειμένου να είναι έτοιμη, ώστε την επόμενη μέρα να ολοκληρώσει τη διαδικασία, διαπιστώνοντας ήδη από εκείνη την ημέρα έντονα προβλήματα στο internet και γενικότερα στη σύνδεση των γραμμών της με την εταιρεία «...» και για το λόγο αυτό προέβη σε διαδικασία γνωστοποίησης βλάβης προς αυτήν με τον αριθμό πρωτοκόλλου .... Την επόμενη μέρα 15.12.2020, καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών του διαγωνισμού, ξεκίνησε, έγκαιρα ως ισχυρίζεται, τις προσπάθειες της για να «ανεβάσει» στην πλατφόρμα όλα τα αναγκαία έγγραφα, όμως αυτό αυτό κατέστη μάταιο λόγω σοβαρών τεχνικών προβλημάτων στην παροχή internet του τηλεπικοινωνιακού της παρόχου, εταιρείας «...», με αποτέλεσμα να μην αποστείλει αυτά μέσω της διαδικτυακής πλατφόρμας της ΕΣΗΔΗΣ. Για τα υπόψη τεχνικά προβλήματα που αντιμετώπισε υποστηρίζει ότι όπως πληροφορήθηκε από τον «...» αυτά οφείλοντας στο γεγονός ότι στην περιοχή της (...) υπήρχε γενικότερο πρόβλημα καθώς είχε κοπεί ένα καλώδιο που οδήγησε σε μεγάλα προβλήματα 700 παρόχους. Στη συνέχεια και μην έχοντας άλλη επιλογή, όπως αναφέρει, προέβη στις κατωτέρω ενέργειες προκειμένου να πετύχει τη συμμετοχή της αναγκαστικά με εναλλακτικό τρόπο, και ειδικότερα: 1. Συνέταξε την από 15.12.2020 επιστολή προς την αναθέτουσα αρχή, την οποία υπέγραψε ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτής και αφού μερίμνησε να λάβει αυτή «γνήσιο υπογραφής» από το πρώτο ΚΕΠ στο οποίο βρήκε πρόσβαση άμεσου ραντεβού. 2. Αναζήτησε εταιρεία ταχυμεταφορών για να καταθέσει σφραγισμένη επιστολή της, μαζί με όλα τα έγγραφα τα οποία θα έπρεπε να «ανέβουν» στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ και στην οποία .εξηγούσε το πρόβλημα που υπήρχε και ο οποίος φάκελος παραδόθηκε με αριθμό πρωτοκόλλου 451 στην Ανώτατη Επιτροπή Προμηθειών του Κέντρου ... στην οδό ..., ... στις 18.12.2020, ενώ παράλληλα με τον με αριθμό πρωτοκόλλου 450 στις 18.12.2020 η προσφεύγουσα κατέθεσε και την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή της, ως η Διακήρυξη του διαγωνισμού απαιτούσε. Για το λόγο αυτό η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ενημέρωσε σε εύλογο χρονικό διάστημα την

αναθέτουσα αρχή, δια της παραδόσεως του έντυπου φακέλου της στις 18.12.2020, προκειμένου να μετατεθεί ή να επιλυθεί το πρόβλημα του είχε προκύψει, ενώ επισημαίνει ότι, και εμπροθέσμως με την από 15.12.2020 επιστολή της και πριν την παρέλευση της ώρας λήξης διαγωνισμού, ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή ότι προσπαθεί να «ανεβάσει» στη σχετική πλατφόρμα όλα τα αναγκαία έγγραφα και ότι τούτο ήταν αδύνατο για λόγους ανωτέρας βίας, ήτοι λόγω τεχνικών προβλημάτων που αντιμετώπιζε στη σύνδεση internet του παρόχου της και ενημερώνοντάς την ότι την ίδια στιγμή, παράλληλα με την προσπάθειά της για ηλεκτρονική υποβολή, εσωκλείει σε φάκελο την προσφορά της με όλα τα έγγραφα και τον αποστέλει προς αυτήν.

6. Επειδή, το άρθρο 36 «Υποχρέωση χρήσης –Λειτουργία ΕΣΗΔΗΣ» του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. 2. Το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. οφείλει να συμμορφώνεται με: [...] 5. 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 [...]», το άρθρο 37 παρ. 4 ότι «[Σ]ε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία οφείλεται σε γεγονότα ανωτέρας βίας, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει άμεσα όλα τα απαιτούμενα μέτρα κυρίως για την τήρηση του ελάχιστου διαστήματος για την υποβολή των προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής, όπως ιδίως η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας και η σχετική δημοσίευσή της», το άρθρο 346 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 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)» και το άρθρο 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016

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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

7. Επειδή, κατ' εξουσιοδότηση της προαναφερόμενης διάταξης της παρ. 5 του άρθρου 36 του Ν.4412/2016, εκδόθηκε η ΚΥΑ 56902/215/2017 (ΦΕΚ Β'1924) «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)», η οποία στο άρθρο 15 «Υποβολή Προσφορών- Αιτήσεων Συμμετοχής» ορίζει ότι «1. Χρόνος και τρόπος υποβολής Προσφορών και Αιτήσεων Συμμετοχής. 1.1. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν την προσφορά, τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή τους σε διαγωνιστική διαδικασία και μέχρι τη σύναψη της σύμβασης μέσω του Συστήματος με τρόπο και σε χρόνο που ορίζεται κατά περίπτωση στις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και της παρούσης. 1.2 Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν την προσφορά τους σε ηλεκτρονικό φάκελο μέσα στη προθεσμία που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. [...]».

8. Επειδή, η Διακήρυξη, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του υπόψη διαγωνισμού και δεσμεύει, συνεπώς, τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και όλους όσους συμμετέχουν σε αυτόν ανεπιφύλακτα (ΣτΕ ΕΑ 632/2010, ΣτΕ 4231/2000 7μ), ορίζει ότι «3. Ο διαγωνισμός θα πραγματοποιηθεί με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) μέσω της διαδικτυακής πύλης [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr) του συστήματος [...] 5. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στη Διαδικτυακή πύλη [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr) του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ορίζεται η 15 Δεκεμβρίου 2020, ημέρα Τρίτη και ώρα 14:00. Μετά την παρέλευση της καταληκτικής ημερομηνίας και ώρας, δεν υπάρχει η δυνατότητα υποβολής προσφοράς στο Σύστημα. Ο χρόνος υποβολής της προσφοράς και οποιαδήποτε ηλεκτρονική επικοινωνία μέσω του συστήματος βεβαιώνεται αυτόματα από το σύστημα με υπηρεσίες χρονοσήμανσης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ.3, του άρθρου 37, του

*Ν.4412/16 και το άρθρο 6, της ΥΑ Π1- 2390/2013 [...]». Περαιτέρω, στο άρθρο 2 του Παραρτήματος «Α» της Διακήρυξης, ορίζεται ότι «[...] 10. Προσφορές που τυχόν υποβληθούν ή περιέλθουν στην Υπηρεσία αποκλειστικά σε έντυπη μορφή (για τις οποίες δεν έχει πραγματοποιηθεί κατάθεση ηλεκτρονικής προσφοράς στο σύστημα) δεν αποσφραγίζονται και επιστρέφονται [...] 12.δ. Μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών δεν γίνεται αποδεκτή αλλά απορρίπτεται ως απαράδεκτη κάθε διευκρίνιση, τροποποίηση ή απόκρουση όρου της Διακήρυξης ή της Προσφοράς.» και στο άρθρο 3 παράγραφος 1 του Παραρτήματος «Α» ότι «Όσοι από τους δικαιούμενους συμμετοχής λάβουν μέρος στο διαγωνισμό οφείλουν να υποβάλουν επί ποινή αποκλεισμού εντός του ηλεκτρονικού φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής - Τεχνική προσφορά» τα δικαιολογητικά συμμετοχής. Οι προσφέροντες υποβάλουν τα δικαιολογητικά, ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά τους, εγκαίρως και προσηκόντως, σε μορφή αρχείου .pdf, σύμφωνα με τον ν.4155/13 και την υπ' αριθμόν 56902/215 απόφαση του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης (ΦΕΚ Β' 1924/02-06-2017) «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).».*

9. Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του Ν. 4412/2016 προκύπτει ότι ενώπιον της ΑΕΠΠ και δια προδικαστικής προσφυγής, προσβάλλονται αποκλειστικά εκτελεστές πράξεις και όχι πράξεις μη χαρακτηριζόμενες από εκτελεστικότητα (βλ. Σ.τ.Ε. ΕΑ 421/2014, ΑΕΠΠ 547/2018 και 173/2018), περίπτωση κατά την οποία η προδικαστική προσφυγή απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Στην υπό κρίση περίπτωση και από τη θεώρηση του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη επιστολή της αναθέτουσας αρχής, Φ: .../04/21 Σ: 04//11 Ιαν 21/.../... προς την προσφεύγουσα, συνιστά εκτελεστή πράξη της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, καθόσον η αναθέτουσα αρχή με αυτήν καλούσε την προσφεύγουσα όπως προσέλθει και παραλάβει σφραγισμένη την προσφορά της, κατ' εφαρμογήν της πρόβλεψης της παραγράφου 10 του άρθρου 2 του Παραρτήματος «Α» της Διακήρυξης, ήτοι με την εν λόγω επιστολή το πρώτον αποφασίζεται ότι η προσφορά της προσφεύγουσας τυγχάνει απαράδεκτη, αφού δεν έχει ασκηθεί προσηκόντως και εμπροθέσμως

και καλείται αυτή, η προσφεύγουσα σε ενέργεια, ήτοι όπως παραλάβει σφραγισμένη τον έντυπο φάκελο της προσφοράς της. Με άλλα λόγια, στην προκείμενη περίπτωση προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη επιστολή της αναθέτουσας αρχής, συνιστά ατομική διοικητική πράξη, η οποία ρυθμίζει την έννομη σχέση της προσφεύγουσας με την αναθέτουσα αρχή και δη υποχρεωτικώς, επαγόμενη έννομες συνέπειες για την προσφεύγουσα, ότι δηλαδή η εν λόγω προσφορά της προσφεύγουσας δεν έχει κατατεθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη του διαγωνισμού και επομένως δεν αποσφραγίσθηκε και καλείται αυτή όπως παραλάβει το φάκελο της προσφοράς της. Επομένως, η προσβαλλόμενη αυτή επιστολή της αναθέτουσας αρχής, συνιστά πράξη φέρουσα εκτελεστότητα, καθόσον επάγεται βλαπτικές έννομες συνέπειες για την προσφεύγουσα και επομένως υπόκειται σε προδικαστική προσφυγή, στην οποία υπόκεινται πράξεις, όχι μόνο της αρχής που εκδίδει την κατακυρωτική απόφαση, αλλά όλων των οργάνων του διαγωνισμού, όταν ασκούν αποφασιστική και όχι γνωμοδοτική ή άλλη αρμοδιότητα (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 63/2012, 305/2011), ως η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο αυτό του διαγωνισμού που δεν στερείται εκτελεστότητας (πρβλ. ΣτΕ Ολ 1819/2020 σκέψη 16 και 17, ΣτΕ ΕΑ 92/2014, σκέψη 5, 373/2013, σκ. 3, 323/2012 κ.ά.) και νομίμως προσβάλλεται με προδικαστική προσφυγή, αφού με την αποστολή της ώδε προσβαλλόμενης απόφασης επήλθαν τα έννομα αποτελέσματα απόρριψης της εν λόγω προσφοράς αναφορικά με την μη προσήκουσα υποβολή της (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 109/2020). Εξάλλου, δεν προκύπτει ότι υφίσταται προγενέστερη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη της υπόψη προσφοράς ως απαράδεκτης, ενώ τυγχάνει αμφίβολο το γεγονός αν σε περίπτωση λήψης από την προσφεύγουσα του εντύπου φακέλου της προσφοράς της, θα υφίστατο σχετική κρίση της αναθέτουσας αρχής αναφορικά με το παραδεκτό της προσφοράς της προσφεύγουσας με τις αποφάσεις έγκρισης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού και την έκδοση της απόφασης ανακήρυξης «προσωρινού αναδόχου» ή και αν ακόμα υπήρχε, αν θα ελάμβανε γνώση των αποφάσεων αυτών η προσφεύγουσα, αφ' ης στιγμής δεν έχει πρόσβαση, κατά τα προλεχθέντα στην παράγραφο 3 της παρούσας, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, στον οποίο οι

αποφάσεις αυτές αναρτώνται και αποστέλλονται μέσω αυτού στους διαγωνιζόμενους, ώστε να δυναται παραδεκτά να προσβάλλει αυτές. Κατ' ακολουθίαν η προσβαλλόμενη απόφαση είναι εκτελεστή και ως εκ τούτου τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος ο περί του αντιθέτου ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής.

10. Επειδή, περαιτέρω, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις του Νόμου και της Διακήρυξης και τη γραμματική ερμηνεία αυτών, αυτοτελώς αλλά και συστηματικώς και σε συνδυασμό με τις διατάξεις και της ΚΥΑ 56902/215/2017, στην οποία ρητά η Διακήρυξη παραπέμπει, προκύπτει ότι προς παραδεκτή υποβολή προσφοράς καθώς και κάθε εγγράφου αυτής για διαγωνισμούς με προϋπολογιζόμενη αξία μεγαλύτερη των 60.000 ευρώ, 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. Επέκεινα και σύμφωνα με τη Διακήρυξη ρητά ορίζεται ότι ο υπό εξέταση διαγωνισμός θα πραγματοποιηθεί με χρήση της πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. και με καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών την 15<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2020, ημέρα Τρίτη και ώρα 14:00, οπότε και υποχρεούνται οι συμμετέχοντες να υποβάλλουν την προσφορά τους και τα σχετικά απαιτούμενα έγγραφα μέσω της πλατφόρμας αυτής, εγκαίρως και προσηκόντως, μετά την παρέλευση της οποίας δεν υπάρχει η δυνατότητα υποβολής προσφοράς στο σύστημα και δεν λαμβάνονται υπόψη προσφορές που τυχόν υποβληθούν ή περιέλθουν στην Υπηρεσία αποκλειστικά σε έντυπη μορφή. Στην υπό κρίση περίπτωση και από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού και τα αναφερόμενα ανωτέρω (πρβλ σκέψεις 2, 3 και 5) συνάγεται ότι η υπόψη 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 των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών της «...» για το διάστημα από 14/12/20 12:16:24 έως τις 30/12/20 11:06» 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, δεν προκύπτει ότι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (15η Δεκεμβρίου 2020, ημέρα Τρίτη) υπήρξε οιαδήποτε δυσλειτουργία της διαδικτυακής πύλης [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr) του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, αφού από τη θεώρηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ προκύπτει ότι υπήρξε συμμετέχουσα εταιρεία που κατέθεσε προσφορά την αυτή ημερομηνία, 15<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2020 και με χρονοσήμανση 12:58:20, ενώ δυσλειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ κατά την αυτή ημερομηνία δεν επικαλείται - πολλώ δε μάλλον αποδεικνύει - ούτε η προσφεύγουσα, ώστε να προκύπτει περίπτωση «*τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία οφείλεται σε γεγονότα ανωτέρας βίας*», κατ' άρθρο που 37 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, που επιβάλλει τη μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών. Ετέρωθεν, 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, Denkvit Belgie NV ν Belgian State, απόφαση της 5.11.1987, σκέψη 11). Η παύση λειτουργίας των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών της εταιρείας «...», ήτοι του παρόχου υπηρεσιών «ιντερνετ» 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 σύμφωνα με τα ανωτέρω, αφού εν προκειμένω τα αναφερόμενα πραγματικά περιστατικά (πρβλ σκέψεις 2, 3 και 5) που οδήγησαν σε αδυναμία – κατά την προσφεύγουσα - υποβολής της προσφοράς της ηλεκτρονικά, ανάγονται εντός του επαγγελματικού της κύκλου 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, αιτώντας τη μετάθεσή της, όπως θα έκανε κάθε συνετός και επιμελής υποψήφιος ανάδοχος, αλλά επέλεξε να αποστείλει με εταιρεία ταχυμεταφορών, την έγγραφη προσφορά της, σε σφραγισμένο φάκελο, η οποία και παραλήφθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 18 Δεκεμβρίου 2020, ήτοι τρεις μέρες μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μέσω ΕΣΗΔΗΣ. Επέκεινα, δεν υφίσταται έγκαιρη ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής, ως αβασίμως η προσφεύγουσα υποστηρίζει και για τον επιπρόσθετο λόγο ότι ο σφραγισμένος φάκελος που απέστειλε η προσφεύγουσα με την προσφορά της, στην οποία περιεχόταν και η σχετική επιστολή της, με την οποία ενημέρωνε την αναθέτουσα αρχή για τους λόγους μη ηλεκτρονικής κατάθεσης της προσφοράς της, δεν αποσφραγίσθηκε από την τελευταία προς επιστροφή αυτής, κατά τα προβλεπόμενα στη Διακήρυξη και επομένως δεν ήταν δυνατό να γνωρίζει η Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, τι περιέχει ο σφραγισμένος φάκελος που της παραδόθηκε στις 18 Δεκεμβρίου 2020, ήτοι μετά τη λήξη της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών. Επιπλέον, στο συνημμένο και επικαλούμενο με την Προδικαστική Προσφυγή έγγραφο «ΥΠΟΦΑΚΕΛΛΟΣ: ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ / ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» της προσφεύγουσας, υφίσταται ψηφιακή υπογραφή της με χρονοσήμανση 2020.12.15 13:54:11, ήτοι έξι (6)

μόλις λεπτά πριν από την καταληκτική ώρα υποβολής των προσφορών, γεγονός που καταδεικνύει ότι η προσφεύγουσα δεν είχε έτοιμη έγκαιρα την προσφορά της. Επέκεινα, η μη λήψη μέτρων άκρας επιμέλειας της προσφεύγουσας συνάγεται και από το γεγονός ότι, ενώ ισχυρίζεται ότι ήξερε από τις 14 Δεκεμβρίου 2020, ότι είχε καλωδιακή βλάβη στην περιοχή της και η υπηρεσία της ιντερνετ αντιμετώπιζε πρόβλημα, ουδέποτε ενημέρωσε έγκαιρα την αναθέτουσα αρχή, ενώ, επιπλέον, υφίστατο δυνατότητά της όπως αποθηκεύσει την προσφορά της σε έτερο ηλεκτρονικό μέσο (USB Stick) προς μεταφορά της σε έτερο Η/Υ με πρόσβαση στο internet, εκτός της έδρας της εταιρείας και προσήκουσα υποβολή αυτής. Άλλωστε, τυχόν αντίθετη κρίση επί των ανωτέρω, θα συνεπάγετο την απαράδεκτη 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 υπόψη λόγων αδυναμίας παραδεκτής υποβολής προσφοράς, δε δύναται να γίνει αποδεκτό. Τέλος, απορριπτέος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι υπέβαλε οριστικά την προσφορά της, μόλις 10 δευτερόλεπτα μετά την ώρα λήξης του διαγωνισμού, μετά από “στιγμιαία” δυνατότητα που της παρείχε η σύνδεση της στο internet, καθότι το Σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού «έκλεισε» στις 14:00 ακριβώς, σύμφωνα με τη Διακήρυξη και ουδεμία προσφορά δύνατο να υποβληθεί δια αυτού μεθύστερα, όπως προκύπτει και από τη θεώρηση του του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στον οποίον 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.

11. Επειδή, κατ’ ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη, νόμω και ουσία, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε

**Αριθμός απόφασης: 502 / 2021**

ανωτέρω, το παράβολο δε, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να καταπέσει (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017).

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 26 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 16 Μαρτίου 2021.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Νικόλαος Σαββίδης**

**Μιχαήλ Σοφιανός**