

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Νοεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής σε αναπλήρωση της Σταυρούλας Κουρή δυνάμει της υπ' αριθμ. 167/2021 Πράξης της Προέδρου ΑΕΠΠ και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 25.10.2021 με ΓΑΚ 2005/26.10.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

κατά του «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής παρεμβαίνουσα), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 05.11.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αρ. 1771/13.10.2021 απόφαση του Υπουργού ... με θέμα «Έγκριση των με αρ. υπ' αρ. 7/24.09.2021, 8/04.10.2021, 9/04.10.2021 και 10/12.10.2021 Πρακτικών της Επιτροπής Διενέργειας/Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διεθνούς Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τη διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου για την Ανάθεση Σύμβασης Σύμπραξης Δημοσίου και Ιδιωτικού Τομέα με τίτλο "Υποδομές Υπερυψηλής Ευρυζωνικότητας ..." και ανάκληση προηγούμενης Απόφασης», με την οποία εκδηλώθηκε η απόρριψη της προσφοράς της από τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία, ως και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη του Υπουργείου ... και της Διοίκησης εν γένει με την οποία εκδηλώνεται η απόρριψη της προσφοράς της από τη διαγωνιστική διαδικασία

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 1826/2021

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού €15.000,00 σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, με την με α.π. 1068 - 22.06.2021 (ΑΔΑ: ...) απόφαση του Υπουργού ... εγκρίθηκε το Τεύχος Πρόσκλησης Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών (Β' Φάση, Στάδιο II) του Διεθνούς Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με την Διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου για το έργο «Υποδομές Υπερυψηλής Ευρυζωνικότητας ...» (με ΑΔΑΜ: ... 2021-06-22) και προσκλήθηκαν οι προεπιλεγέντες της Α' Φάσης του διαγωνισμού βάσει της υπ' αρ. πρωτ. 552-Γ/27.04.2020 απόφασης του Υπουργού ... (ΑΔΑ: ...), οι οποίοι έχουν το αποκλειστικό δικαίωμα συμμετοχής στη Φάση Β.ΙΙ του διαγωνισμού, να υποβάλουν δεσμευτική προσφορά στον διαγωνισμό, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο συνημμένο στην Πρόσκληση τεύχος μέχρι την 17η Σεπτεμβρίου 2021 και ώρα 14:00. Με την προσβαλλόμενη υπ' αρ. 1771/13-10-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία αναρτήθηκε στη λειτουργικότητα ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ του ΕΣΗΔΗΣ στις 13-10-2021, εγκρίθηκαν τα υπ' αρ. 7/24.09.2021, 8/04.10.2021, 9/04.10.2021 και 10/12.10.2021 Πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας/Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διεθνούς Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τη διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου για την Ανάθεση Σύμβασης Σύμπραξης Δημοσίου και Ιδιωτικού Τομέα με τίτλο "Υποδομές Υπερυψηλής Ευρυζωνικότητας ..." και βαθμολογήθηκαν οι τεχνικές προσφορές των οι δύο συμμετεχόντων στη φάση αυτή οικονομικών φορέων «Ένωση Εταιρειών ... και ...» και «...». 3. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 13.10.2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 25.10.2021, ημέρα Δευτέρα, με ανάρτηση στην λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1

και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας διότι από κανένα έγγραφο ή πράξη δεν προκύπτει η απόρριψη ή η μη αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας μέχρι την έκδοση της προσβαλλομένης υπ' αρ. 1771/13.10.2021 απόφασης, με την οποία έγιναν δεκτές οι προσφορές των μόνο των άλλων συμμετεχόντων και με σαφές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η προσφορά της.

4. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ από την αναθέτουσα αρχή στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς στις 26.10.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 05.11.2021, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει απορριφθεί η προσφορά της προσφεύγουσας και έχει γίνει δεκτή η δική της.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις υπ' αριθμ πρωτ. 1949/09.11.2021 απόψεις της, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 09.11.2021 ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 15.11.2021 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, ημέρα Δευτέρα, το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημά της. Το υπ' αριθμ. πρωτ. 2021/23.11.2021 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, το οποίο φέρει την επικεφαλίδα «συμπληρωματικές απόψεις» απορρίπτεται ως απαραδέκτως ασκηθέν διότι έχει κατατεθεί μετά την αποκλειστική, προβλεπόμενη στο άρθρο 365 παρ. 1 περ. β' Ν.4412/2016 δεκαπενθήμερη προθεσμία και σε κάθε περίπτωση μόλις τρεις ημέρες πριν την συζήτηση της υπό κρίση προσφυγής. Ομοίως απορρίπτεται και το προς αντίκρουση αυτού στις 25.11.2021 συμπληρωματικό υπόμνημα της προσφεύγουσας.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007,

19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

7. Επειδή, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο άρθρο 14 της Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος ορίζονται τα εξής: «14.1.1. Η Προσφορά πρέπει να υποβληθεί σύμφωνα με τις απαιτήσεις της παρούσας μέχρι την Ημερομηνία Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών, ήτοι μέχρι την Παρασκευή, 17/9/2021, ώρα 14:00 (Ωρα Ελλάδος).

14.1.2 Οποιαδήποτε Προσφορά υποβληθεί μετά την ημερομηνία και ώρα που ορίστηκε ανωτέρω, δεν θα γίνεται δεκτή. Τυχόν καθυστέρηση οφειλόμενη σε τυχρή ή σε λόγους ανωτέρας βίας δεν θα αναγνωρίζεται ως δικαιολογημένη αιτία για την καθυστερημένη υποβολή της Προσφοράς. Τονίζεται ότι τον κίνδυνο για την εκπρόθεσμη υποβολή της Προσφοράς φέρει ο Διαγωνιζόμενος.

[...]

14.1.4 Οι Προσφορές υποβάλλονται ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι την Ημερομηνία και ώρα Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών, σε ηλεκτρονικό φάκελο του υποσυστήματος. [...]

14.1.11 Ο χρήστης – Διαγωνιζόμενος υποβάλλει τους ανωτέρω Φακέλους μέσω του υποσυστήματος του ΕΣΗΔΗΣ, όπως περιγράφεται κατωτέρω [...].

14.1.2 Από το υποσύστημα εκδίδεται ηλεκτρονική απόδειξη υποβολής Προσφοράς, η οποία αποστέλλεται στον Διαγωνιζόμενο με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

14.1.4 Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή της Προσφοράς, σύμφωνα με την παρ. (14.1.1) της παρούσας Πρόσκλησης, προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον Διαγωνιζόμενο στην Αναθέτουσα Αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα έγγραφα που απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 11

Αριθμός απόφασης: 1826/2021

παρ. 2 του ν. 2690/1999 "Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας", όπως τροποποιήθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 2 του ν. 4250/2014 [...]

Περαιτέρω, στο άρθρο 21 της Πρόσκλησης Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών, (Αποσφράγιση και αξιολόγηση των Προσφορών) και δη την παρ. 21.1.1 και 21.2.6 αυτής ορίζεται ότι : «21.1.1 Μετά την Ημερομηνία Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών, όπως ορίζεται στην παρ. (14.1.1) της παρούσας, τα μέλη της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, προβαίνουν σε ηλεκτρονική αποσφράγιση του Φακέλου Α΄ - Δικαιολογητικά Συμμετοχής και του Φακέλου Β΄ - Τεχνική Προσφορά, την πέμπτη (5η) κατά σειρά εργάσιμη ημέρα που ακολουθεί την Ημερομηνία Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών και ώρα 11:00 π.μ. (Ωρα Ελλάδος). Με την αποσφράγιση των ως άνω φακέλων, κάθε Προσφέρων αποκτά πρόσβαση στις λοιπές Προσφορές και τα υποβληθέντα δικαιολογητικά τους, με την επιφύλαξη των πτυχών εκείνων της κάθε Προσφοράς που έχουν χαρακτηριστεί ως εμπιστευτικές.

21.2.6 Τα αποτελέσματα των εν λόγω σταδίων («Δικαιολογητικά Συμμετοχής» & «Τεχνική (21.2.6)Προσφορά») επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, στους Προσφέροντες, μαζί με αντίγραφο των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των Προσφορών των ως άνω σταδίων. Κατά της εν λόγω απόφασης χωρεί προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 24 της παρούσας.».

Το άρθρο 37 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «3. Οι υπηρεσίες χρονοσήμανσης παρέχονται, σύμφωνα με την υπό στοιχείο ΥΑΠ/Φ.40.4/163/2013 απόφαση του Υφυπουργού Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (Β΄ 401), από τρίτους, εθνικούς ή αλλοδαπούς φορείς, πιστοποιημένους από τις αντίστοιχες αρμόδιες αρχές για την παροχή τέτοιων υπηρεσιών και διασυνδεδεμένους με τον εθνικό χρόνο. Η παροχή των υπηρεσιών χρονοσήμανσης αποδεικνύεται με ηλεκτρονική επιβεβαίωση λήψης των υπηρεσιών αυτών των φορέων προς τον χρήστη, η οποία διαβιβάζεται στον χρήστη μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, με κρυπτογραφημένο τρόπο και η οποία επέχει θέση εγγράφου με βέβαιη χρονολογία. Δεν επιτρέπεται στην αναθέτουσα αρχή ή στη

Γενική Γραμματεία Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης η παρέμβαση στη διαδικασία χρονοσήμανσης, όπως περιγράφεται ανωτέρω.

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 [...].».

Τέλος, το άρθρο 15 της με αρ. 56902/215/19-05-2017 απόφασης του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.)» (Β' 1924), στην οποία η Πρόσκληση παραπέμπει ρητά (βλ. άρθρο 6.1.1. περίπτωση κε' υπό τον τίτλο «Εφαρμοστέα Νομοθεσία») και εκδόθηκε κατ' επίκληση της εξουσιοδοτικής διάταξης του άρθρου 36 του ν. 4412/2012 για τη λειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ, καθορίζει, μεταξύ άλλων, ότι «1. Χρόνος και τρόπος υποβολής Προσφορών και Αιτήσεων Συμμετοχής. 1.1. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν την προσφορά, τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη 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 στην προθεσμία που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης ... 1.2.1

1.2.2. Ο οικονομικός φορέας συντάσσει την τεχνική και οικονομική του προσφορά συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και επισυνάπτοντας στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς» και στον κατά περίπτωση (υπο) φάκελο όλα τα στοιχεία της προσφοράς του σε μορφή αρχείου Portable Document Format

(PDF). Στην συνέχεια, ο οικονομικός φορέας παράγει από το Σύστημα τα ηλεκτρονικά αρχεία (εκτυπώσεις της Τεχνικής Προσφοράς Προμηθευτή και της Οικονομικής Προσφοράς Προμηθευτή σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)*, τα οποία υπογράφονται με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 και επισυνάπτονται στους αντίστοιχους (υπο)φακέλους της προσφοράς από τον οικονομικό φορέα. Κατά την συστημική υποβολή της προσφοράς το Σύστημα πραγματοποιεί αυτοματοποιημένους ελέγχους επιβεβαίωσης της ηλεκτρονικής προσφοράς σε σχέση με τα παραχθέντα ηλεκτρονικά αρχεία (Τεχνική και Οικονομική Προσφορά) και εφόσον οι έλεγχοι αυτοί αποβούν επιτυχείς η προσφορά υποβάλλεται στο Σύστημα. Διαφορετικά, η προσφορά δεν υποβάλλεται και το Σύστημα ενημερώνει τον οικονομικό φορέα με σχετικό μήνυμα σφάλματος στη διεπαφή του χρήστη του οικονομικού φορέα, προκειμένου ο τελευταίος να προβεί στις σχετικές ενέργειες διόρθωσης. 1.2.2.1.... 1.2.2.2. Από το Σύστημα εκδίδεται ηλεκτρονική απόδειξη υποβολής προσφοράς, η οποία αποστέλλεται στον οικονομικό φορέα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου».

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της στρέφεται κατά του αποκλεισμού της από τη διαγωνιστική διαδικασία και ισχυρίζεται ότι η προσφορά της, καίτοι υποβλήθηκε την Παρασκευή, 17 Σεπτεμβρίου 2021 και προ της παρέλευσης της ταχθείσας με την υπ' αρ. 1068/22.6.2021 Απόφαση Υπουργού ... προθεσμίας, ήτοι πριν από τις 14:00, εντούτοις δεν έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου της αναθέτουσας αρχής. Τούτο διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, καθώς ο εκπρόσωπος της ανάρτησε τους φακέλους που προέβλεπε η προκήρυξη και επίσης «πάτησε» το πλήκτρο για ολοκλήρωση της διαδικασίας υποβολής (softkey της πλατφόρμας), ωστόσο, για λόγους που αφορούν στη λειτουργικότητα της πλατφόρμας ΕΣΗΔΗΣ, ζητήθηκε από την πλατφόρμα η προσθήκη/απάντηση ενός πεδίου (παραπομπή), το οποίο όμως δεν αφορούσε τους τρεις φακέλους της προσφοράς που προβλέπονταν από τη διακήρυξη, οι οποίοι είχαν ήδη αναρτηθεί. Μέχρι ο χειριστής να ανταποκριθεί σε αυτό το αίτημα, η πλατφόρμα «έκλεισε» με αποτέλεσμα να μην εκδοθεί η ηλεκτρονική απόδειξη υποβολής της προσφοράς της προσφεύγουσας. Τούτο είχε ως συνέπεια, κατά την προσφεύγουσα, παρότι η Δεσμευτική Προσφορά της (μετά του συνόλου των

απαιτούμενων από τη διακήρυξη συνοδευτικών εγγράφων) αναρτήθηκε εγκαίρως και ομοίως πατήθηκε το πλήκτρο για την ολοκλήρωση της διαδικασίας υποβολής, αμφότερες ενέργειες πριν από τις 14.00, η προσφεύγουσα να φέρεται ως μη έχουσα υποβάλει (ηλεκτρονικώς) Δεσμευτική Προσφορά. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι με το υπ' αρ. ... και με α.π. Υπουργείου ... έγγραφό της κατατέθηκε σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένους φακέλους πλήρες ακριβές αντίγραφο της υποβληθείσας στην Ηλεκτρονική Πλατφόρμα Δεσμευτικής Προσφοράς της.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο: Όπως αναφέρει και η προσφεύγουσα στην υπό κρίση προσφυγή της (σελ. 11), προχώρησε κατά την καταληκτική ημερομηνία για υποβολή προσφορών στις 17.09.2021 στην ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ του Φάκελου Α' στις 13.58.27, του Φάκελου Β' στις 13.59.01 και του Φάκελου Γ' στις 13.59.57 και εν συνεχεία ο αρμόδιος χειριστής πάτησε το πλήκτρο για την ολοκλήρωση της διαδικασίας υποβολής (soft key της Πλατφόρμας) αλλά στα επόμενα 3 δευτερόλεπτα η πλατφόρμα «έκλεισε» με αποτέλεσμα να μην εκδοθεί η ηλεκτρονική απόδειξη υποβολής Προσφοράς. Σύμφωνα με το υπ' αρ. πρωτ. ... έγγραφο της Διεύθυνσης Διαχείρισης, Ανάπτυξης και Υποστήριξης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), σε απάντηση σχετικής επιστολής της προσφεύγουσας αναφέρονται τα εξής σχετικά με την με ΑΑ ... ηλεκτρονική προσφορά της στον με ΑΑ ... διαγωνισμό του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες & Υπηρεσίες: *«σύμφωνα με τα εγχειρίδια χρήσης του Συστήματος και τις οδηγίες που παρέχονται στους οικονομικούς φορείς, για τον τρόπο υποβολής της προσφοράς τους μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, θα πρέπει, μετά την ολοκλήρωση της καταχώρισης των στοιχείων της προσφοράς στο Σύστημα, να εξαχθούν από αυτό οι εκτυπώσεις της οικονομικής και τεχνικής προσφοράς σε αρχείο με μορφότυπο PDF. Οι τελικές αυτές εκτυπώσεις αποτελούν επί της ουσίας μία σύνοψη των καταχωρημένων και αναρτημένων στοιχείων στο Σύστημα όσον αφορά την τεχνική και οικονομική προσφορά της εταιρείας, και αφού ελεγχθούν από τους προσφέροντες, θα πρέπει να υπογραφούν από τους ίδιους ψηφιακά, να επισυναφθούν στο Σύστημα στη σωστή κατηγορία επισυναπτόμενων η κάθε μία και χωρίς καμία άλλη περαιτέρω ενέργεια να ακολουθήσει η υποβολή της προσφοράς. Επίσης, είναι δυνατόν κατά την κατάρτιση και υποβολή των*

προσφορών, η διαδικασία εξαγωγής και επισύναψης της εκάστοτε εκτύπωσης να πραγματοποιηθεί διακριτά για την τεχνική και την οικονομική προσφορά, ήτοι μετά την ολοκλήρωση της ηλεκτρονικής τεχνικής προσφοράς να εξαχθεί από το Σύστημα η τελική εκτύπωσή της σε αρχείο με μορφότυπο PDF, να επισυναφθεί κάποια στιγμή αυτή η τελική εκτύπωση στο Σύστημα, ψηφιακά υπογεγραμμένη, και όταν γίνει το ίδιο και για την οικονομική προσφορά, να ακολουθήσει, χωρίς καμία άλλη περαιτέρω ενέργεια, η υποβολή της συνολικής ηλεκτρονικής προσφοράς. Μετά την συμπλήρωση όλων των στοιχείων της ηλεκτρονικής προσφοράς επιλέγεται από τον χρήστη η ενέργεια «Συνέχεια», όπου το Σύστημα πραγματοποιεί μία σειρά ελέγχων σχετικών με την ορθή συμπλήρωση τεχνικών απαιτήσεων ή στοιχείων της οικονομικής προσφοράς στις φόρμες του Συστήματος. Σε περίπτωση εμφάνισης μηνυμάτων σφαλμάτων απαιτείται η διόρθωση αυτών και η εκ νέου εξαγωγή των εκτυπώσεων του Συστήματος, ενώ σε περίπτωση επιτυχούς έκβασης των ελέγχων επιλέγεται από τον χρήστη η ενέργεια «Υποβολή». Με την επιλογή της ενέργειας «Υποβολή», το Σύστημα πραγματοποιεί μια σειρά ελέγχων στο περιεχόμενο της ηλεκτρονικής προσφοράς και κυρίως κατά πόσον οι επισυναφθείσες σε αυτήν εξαχθείσες από το Σύστημα αναφορές (εκτυπώσεις), σε μορφή αρχείου με μορφότυπο PDF, της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς είναι οι τελευταίες εξαχθείσες αναφορές (εκτυπώσεις), έχουν επισυναφθεί στην σωστή κατηγορία επισυναπτόμενων και απεικονίζουν το περιεχόμενο της ηλεκτρονικής προσφοράς κατά το χρόνο της υποβολής. Σε περίπτωση που εντοπισθεί κάποιο σφάλμα στην προσφορά ή μη συμμόρφωση με τον ως άνω περιγραφόμενο ενδεδειγμένο τρόπο κατάρτισης της προσφοράς, το Σύστημα ενημερώνει τον οικονομικό φορέα με σχετικό μήνυμα σφάλματος προκειμένου αυτός να προβεί σε αναγκαίες διορθώσεις. Στην περίπτωση που οι έλεγχοι αποβούν επιτυχείς, ακολουθεί η ολοκλήρωση της διαδικασίας χρονοσήμανσης της προσφοράς, η οποία έχει ξεκινήσει με το αίτημα υποβολής προσφοράς από τον ΟΦ, από το Σύστημα μέσω ηλεκτρονικών υπηρεσιών διαλειτουργικότητας με πάροχο πιστοποιημένης χρονοσήμανσης, ο οποίος αντλεί τον «Εθνικό Χρόνο» από την αρμόδια Αρχή Πιστ Πιστοποίησης. Όλες οι προαναφερόμενες διαδικασίες θα πρέπει να έχουν ολοκληρωθεί πριν την καταληκτική ημερομηνία και ώρα υποβολής προσφορών του εκάστοτε διαγωνισμού και μόνον τότε η προσφορά θεωρείται ότι υπεβλήθη επιτυχώς. Τέλος, επισημαίνεται ότι οι προαναφερόμενες διαδικασίες ελέγχου είναι πάντοτε

Αριθμός απόφασης: 1826/2021

οι ίδιες σε κάθε προς υποβολή προσφορά και βάσει αυτών έχουν υποβληθεί όλες οι μέχρι σήμερα ηλεκτρονικές προσφορές στο Σύστημα, οι οποίες είναι περισσότερες των 100.000. Όπως προκύπτει από τα συνημμένα στοιχεία καταγραφής του Συστήματος, η εταιρεία «...» μέχρι την καταληκτική ώρα υποβολής προσφορών, που είχε οριστεί από την Αναθέτουσα Αρχή την 17/09/2021 και ώρα 14:00:00, είχε επισυνάψει στην προσφορά της τα αρχεία που φαίνονται στο συνημμένο Πίνακα : «Χρόνοι τελευταίας αποθήκευσης Αρχείων», Γραμμές με α/α 16, 17 και 18 (βλ. Παράρτημα Ι - Στοιχεία Καταγραφής Ιστορικού Υποβολής Προσφοράς). Επισημαίνεται ότι στον εν λόγω Πίνακα περιλαμβάνονται και τα αρχεία τα οποία είχαν επισυναφθεί από την εταιρεία στα προγενέστερα στάδια της διαδικασίας καθώς πρόκειται για διαδικασία ανταγωνιστικού διαλόγου η οποία διεξάγεται με διαδοχικές ηλεκτρονικές διαδικασίες/φάσεις. Στη συνέχεια, δεν καταγράφεται καμία περαιτέρω ενέργεια από τις λοιπές ενδεδειγμένες ενέργειες για την υποβολή της προσφοράς της εταιρείας, ήτοι εξαγωγή από το Σύστημα των απαραίτητων αρχείων (εκτυπώσεων) τεχνικής και οικονομικής προσφοράς, επισύναψη αυτών στην προσφορά και προσπάθεια υποβολή αυτής. Πέραν των ανωτέρω, επισημαίνεται ότι την 19/09/2021 (βλ. Παράρτημα Ι - Πίνακας: «Υποβολές κατά την καταληκτική Ημερομηνία»), υπεβλήθησαν στο Σύστημα χωρίς πρόβλημα εκατόν είκοσι οκτώ (128) προσφορές σε διάφορους διαγωνισμούς, εκ των οποίων δύο (2) στον εν λόγω διαγωνισμό.».

Κατόπιν των ανωτέρω λοιπόν συνάγεται για αρχή ότι δεν υπήρξε κάποια τεχνική βλάβη του ΕΣΗΔΗΣ κατά την καταληκτική ημεροχρονολογία για υποβολή προσφορών στον επίμαχο διαγωνισμό. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από την στιγμή που είχε αναρτήσει στο ΕΣΗΔΗΣ τους τρεις προαναφερθέντες φακέλους, η προσφορά της θεωρείται έγκυρη και ότι η συμπλήρωση ενός πεδίου (παραπομπή) την καθυστέρησε με αποτέλεσμα να μην μπορέσει να λάβει την επιβεβαίωση κατάθεσης προσφοράς. Όμως, όπως προκύπτει από το απαντητικό έγγραφο του ΕΣΗΔΗΣ και τις εφαρμοζόμενες διατάξεις, δεν αρκεί μόνο η ανάρτηση των φακέλων στο ΕΣΗΔΗΣ για να θεωρηθεί ότι μία προσφορά έχει αναρτηθεί νόμιμα, αλλά πρέπει επίσης να εξαχθούν τα αρχεία τεχνικής και οικονομικής προσφοράς από το σύστημα σε

μορφή PDF, να υπογραφούν ψηφιακά, να αναρτηθούν εκ νέου στο σύστημα και να γίνει η διενέργεια αυτοματοποιημένων ελέγχων επιβεβαίωσης της ηλεκτρονικής προσφοράς σε σχέση με τα παραχθέντα ηλεκτρονικά αρχεία. Ακολουθώντας το σύστημα πραγματοποιεί, σε συνέχεια της επιλογής «Συνέχεια», μία σειρά ελέγχων σχετικών με την ορθή συμπλήρωση τεχνικών απαιτήσεων ή στοιχείων της οικονομικής προσφοράς στις φόρμες του Συστήματος, μεταξύ των οποίων και ο έλεγχος για τη συμπλήρωση μίας τουλάχιστον παραπομπής στον πίνακα απαιτήσεων της καρτέλας «Κεφαλίδα». Η επιλογή της ενέργειας «Υποβολή» έπεται της ενέργειας «Συνέχεια» και πραγματοποιείται μόνο εφόσον οι έλεγχοι που έχει πραγματοποιήσει το Σύστημα αποβούν επιτυχείς. Αυτός εξάλλου είναι και ο λόγος που η προσφεύγουσα δεν πρόλαβε εγκαίρως να ολοκληρώσει την κατάθεση της προσφοράς της, αφού ανήρτησε τον Φάκελο Γ' στις 13.59.57 με αποτέλεσμα να απομένουν μόλις 3 δευτερόλεπτα ώστε να ολοκληρώσει όλες τις προαναφερθείσες ενέργειες. Επομένως δεν έλαβε χώρα καμία παράλειψη αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η ίδια, αλλά αντίθετα η ίδια δεν προέβη εγκαίρως στις απαιτούμενες ενέργειες για την ολοκληρωμένη και ορθή ανάρτηση της προσφοράς της στο ΕΣΗΔΗΣ. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η συμμετοχή μόνον δύο οικονομικών φορέων δημιουργεί πρόβλημα στον εν λόγω διαγωνισμό και την ολοκλήρωσή του είναι επίσης αβάσιμος διότι σύμφωνα με το άρθρο 13 της Πρόσκλησης Εκδήλωσης ενδιαφέροντος, η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί το δικαίωμα και όχι την υποχρέωση να αναθέσει τρία (3) κατ' ανώτατο αριθμό lots ανά ανάδοχο, μάλιστα δε, όπως καθίσταται σαφές από την παρ. 13.3.2 της Πρόσκλησης Υποβολής Δεσμευτικών προσφορών, «Στη διάρκεια του Β' γύρου αναθέσεων παύει να ισχύει ο περιορισμός της ανάθεσης έως 3 Ζωνών ανά προσφέροντα». Ως εκ τούτου ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής είναι αβάσιμος στο σύνολό του και πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η μη υποβολή Δεσμευτικής Προσφοράς εκ μέρους της, οφείλεται σε «παραμετροποίηση» των δεδομένων του Διαγωνισμού, κατά τρόπο μη ανταποκρινόμενο στις απαιτήσεις της Πρόσκλησης Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών, αφού από κανένα σημείο της Πρόσκλησης Υποβολής δεσμευτικών Προσφορών στο Στάδιο II της Β' Φάσης του συγκεκριμένου Διαγωνισμού δεν προέκυπτε ρητώς και σαφώς η

υποχρέωση συμπλήρωσης οιασδήποτε παραπομπής στον πίνακα απαιτήσεων της καρτέλας «Κεφαλίδα», ώστε να δεσμεύονται οι συμμετέχοντες. Συνεπώς, όπως ισχυρίζεται, ο μόνος λόγος για τον οποίο εμποδίστηκε η ίδια από το να υποβάλει ηλεκτρονικά οριστικά την προσφορά της και να εξαχθεί η σχετική βεβαίωση από το σύστημα συνίστατο στην αντίθεση του σχεδιασμού του ηλεκτρονικού τόπου υποβολής των προσφορών με το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής προκύπτουν τα ακόλουθα: Η προσφεύγουσα προβαίνει ουσιαστικά σε μία αμφισβήτηση του θεσμικού πλαισίου δυνάμει του οποίου προκηρύχθηκε ο υπό κρίση διαγωνισμός σχετικά με την λειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία όμως προβάλλεται απαραδέκτως αφού στρέφεται κατά όρων της Πρόσκλησης Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών, τους οποίους ουδέποτε προσέβαλε και ως εκ τούτου με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, αποδέχθηκε. Όπως εκτέθηκε αναλυτικά στις σκέψεις 7 και 9 της παρούσης, ο υπό κρίση διαγωνισμός πραγματοποιήθηκε σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ και τις αντίστοιχες νομοθετικές διατάξεις. Το γεγονός ότι η προσφεύγουσα δεν προέβη εγκαίρως στις απαιτούμενες ενέργειες για την ολοκληρωμένη και ορθή ανάρτηση της προσφοράς της στο ΕΣΗΔΗΣ είναι αποκλειστικά δική της ευθύνη και αβάσιμα ισχυρίζεται ότι δεν γνώριζε την απαιτούμενη διαδικασία, η οποία αποτελεί το θεσμικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επίσης είναι αναπόδεικτος ο ισχυρισμός της ότι η Αναθέτουσα Αρχή προέβη σε παραμετροποίηση του ηλεκτρονικού τόπου υποβολής των προσφορών και δεν φρόντισε να τον σχεδιάσει με τέτοιο τρόπο ώστε να ανταποκρίνεται στα οριζόμενα της παραγράφου 14 της Διακήρυξης, αφού η αναθέτουσα αρχή δεν έχει την δυνατότητα να επέμβει σε τέτοιο βαθμό στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ ώστε να αλλάξει δομικά τον τρόπο λειτουργίας του. Όπως προαναφέρθηκε στην σκέψη 9 της παρούσης, η υποχρέωση συμπλήρωσης ενός πεδίου (παραπομπή) μετά την μεταφόρτωση των φακέλων της προσφοράς είναι μία από τις υποχρεωτικές ενέργειες που ανάγονται στον τρόπο λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ ακολουθούμενη από μερικές ακόμα (εξαγωγή των αρχείων τεχνικής και οικονομικής προσφοράς από το σύστημα σε μορφή PDF, ψηφιακή υπογραφή τους, ανάρτηση εκ νέου στο σύστημα και διενέργεια

Αριθμός απόφασης: 1826/2021

αυτοματοποιημένων ελέγχων επιβεβαίωσης της ηλεκτρονικής προσφοράς σε σχέση με τα παραχθέντα ηλεκτρονικά αρχεία), οι οποίες είναι ίδιες για όλους τους διαγωνισμούς που έχουν διενεργηθεί, ώστε τελικά να μπορέσει να ολοκληρωθεί με ορθό τρόπο η διαδικασία υποβολής της προσφοράς. Στην υποθετική περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή είχε τη δυνατότητα να παρέμβει στον τρόπο λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ και να τον αλλάξει, γεγονός το οποίο δεν είναι δυνατό να συμβεί, αυτή η ενέργειά της θα καταγραφόταν και θα αναφερόταν στο σχετικό έγγραφο της αρμόδιας να το πιστοποιήσει, Διεύθυνσης Διαχείρισης, Ανάπτυξης και Υποστήριξης του ΕΣΗΔΗΣ. Κατόπιν των ανωτέρω και ο δεύτερος λόγος είναι αβάσιμος στο σύνολό του και πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει(άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Νοεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 16 Δεκεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο Γραμματέας
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ