

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Ελευθερία Καλαμιώτη Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη Μέλη.

Για να εξετάσει:

1. Την από 23.12.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2350/23.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «πρώτη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., οδός ..., αρ...., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

2. Την από 23.12.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2351/23.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «δεύτερη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

3. Την από 28.12.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2371/29.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «τρίτη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στ... ..., ..., αρ. ... (έδρα)- ..., οδός ..., αρ.... (υποκατάστημα), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά:

1. Της παρεμβαίνουσας επί της πρώτης και της τρίτης προσφυγής εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «πρώτη παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στο, ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

2. Της παρεμβαίνουσας επί της δεύτερης και της τρίτης προσφυγής εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «δεύτερη παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στο ..., οδός ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

3. Της παρεμβαίνουσας επί της πρώτης προσφυγής εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «τρίτη παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στη ...,

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

..., αρ.... (έδρα)- ..., οδός ..., αρ. ... (υποκατάστημα), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με τις προδικαστικές προσφυγές τους, οι προσφεύγουσες αιτούνται, μεταξύ άλλων, την ακύρωση του αποσπάσματος πρακτικών 47ης/2021 Συνεδρίασης (θέμα 14ο οικονομικό) του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, με την οποία έγιναν αποδεκτές και βαθμολογήθηκαν οι τεχνικές προσφορές και των τριών προσφευγουσών.

Με τις παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνουσες επιδιώκουν να απορριφθούν αντίστοιχα οι υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης πρώτης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο 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 13/12/2021 τραπεζική πληρωμή και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση τον προϋπολογισμό, ήτοι 119.355 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης δεύτερης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο 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 21/12/2021 πληρωμή στην Τράπεζα ALPHA BANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση τον προϋπολογισμό, ήτοι 119.355 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης τρίτης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 28/12/2021 πληρωμή στην Τράπεζα Πειραιώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση τον προϋπολογισμό, ήτοι 119.355 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

4. Επειδή με την υπ' αριθμό ... Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΣΥΣΚΕΥΩΝ ΑΚΤΙΝΟΣΚΟΠΗΣΗΣ (ΨΗΦΙΑΚΟ ΑΚΤΙΝΟΣΚΟΠΙΚΟ C-ARM, CPV ...), με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, εκτιμώμενης αξίας 148.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

5.Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 2.11.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

6.Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις προσφεύγουσες στις 8-12-2021, ήτοι η καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή προσφυγής ήταν η 20-12-2021, ημερομηνία κατά την οποία, σύμφωνα με το υπ' αριθ. 43492ΕΞ2021/8-12-2021 έγγραφο της Διεύθυνσης Ανάπτυξης και Υποστήριξης του ΕΣΗΔΗΣ, δεν ήταν δυνατή η κατάθεσή της στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού λόγω τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ.

8. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα υπέβαλε την υπό εξέταση προσφυγή της στις 23-12-2021 στη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και την κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Ειδικότερα, η πρώτη προσφεύγουσα στο από 23-12-2021 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με το οποίο κοινοποίησε την προσφυγή της στην ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

αναφέρει αυτολεξεί ότι: «Θα θέλαμε να σας ενημερώσουμε ότι η προσφυγή κατατέθηκε στις 23/12/2021 μέσω της πλατφόρμας ΕΣΗΔΗΣ καθώς ήταν εκτός λειτουργίας από 15/12 έως 23/12 και ώρα 8:00» και επισυνάπτει την υπ'αριθμ. πρωτ. ΚΠ28446/21-12-2021 απόφαση του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής η οποία δεν έχει αναρτηθεί στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και αναφέρει ότι: «Τροποποιεί τη με αριθμ. 28280/17.12.2021 Απόφαση Διοικητή και Ορίζει ως καταληκτική ημερομηνία κατάθεσης τυχόν προσφυγών κατά της τεχνικής αξιολόγησης του ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού για προμήθεια Συσκευών Ακτινοσκόπησης (Ακτινοσκοπικό μηχάνημα C-Arm), την Τετάρτη 29.12.2021».

9. Επειδή η δεύτερη προσφεύγουσα υπέβαλε την υπό εξέταση προσφυγή της στις 23-12-2021 στη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και την κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

10. Επειδή η τρίτη προσφεύγουσα υπέβαλε την υπό εξέταση προσφυγή της στις 28-12-2021 στη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και την κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

11. Επειδή στις 24.12.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση πρώτης προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

12. Επειδή στις 24.12.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση δεύτερης προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

13. Επειδή στις 29.12.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση τρίτης προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

14. Επειδή με την με αριθμό 3272/2020 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση πρώτης προσφυγής.

15. Επειδή με την με αριθμό 3274/2020 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση δεύτερης προσφυγής.

16. Επειδή με την με αριθμό 3303/2021 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση τρίτης προσφυγής.

17. Επειδή στις 5.01.2022 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, επί των κρινόμενων προδικαστικών προσφυγών, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στις προσφεύγουσες.

18. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως στις 10-01-2022 υπόμνημα μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

19. Επειδή η δεύτερη προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως στις 5-01-2022 υπόμνημα μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

20. Επειδή η πρώτη παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπροθέσμως στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την από 3-01-2022 με αρ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ ΠΑΡ. 58/2022 παρέμβαση επί της πρώτης προσφυγής δοθέντος ότι έλαβε γνώση στις 24-12-2021 της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, καθώς και την από 10-01-2022 με αρ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ ΠΑΡ. 167/2022 παρέμβαση επί της τρίτης προσφυγής δοθέντος ότι έλαβε γνώση στις 29-12-2021 της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016.

21. Επειδή η δεύτερη παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπροθέσμως στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού τις από 31-12-2021 με αρ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

ΠΑΡ. 7816/2021 και 7817/2021 παρεμβάσεις της επί της δεύτερης και τρίτης προσφυγής δοθέντος ότι έλαβε γνώση στις 24-12-2021 και 29-12-2021 αντίστοιχα των υπό εξέταση προδικαστικών προσφυγών, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016.

22. Επειδή η τρίτη παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπροθέσμως στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού τις από 3-01-2022 με αρ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ ΠΑΡ. 56/2022 και 57/2022 παρεμβάσεις της επί της πρώτης και της δεύτερης προσφυγής δοθέντος ότι έλαβε γνώση στις 24-12-2021 των υπό εξέταση προδικαστικών προσφυγών, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016.

23. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, οι κρινόμενες προσφυγές νομίμως εισάγονται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017

24.Επειδή με την υπ'αριθμ. Α 669-670-671/2021 απόφαση επί των αιτημάτων αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων τα οικεία ερωτήματα απορρίφθηκαν λόγω εκπρόθεσμης υποβολής των ως άνω προδικαστικών προσφυγών.

25. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα με το υπόμνημά της αναφέρει σχετικά αυτολεξεί τα εξής: «[....]Α. ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΜΠΡΟΘΕΣΜΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΑΣ.

Σύμφωνα με το άρθρο 362§1 του Ν.4412/2016 : [....]

Η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκε στην εταιρεία μας την 8/12/2021 και η καταληκτική ημερομηνία υποβολή προσφυγών ήταν η 20/12/2021.

Την 8/12/2021 το ΤΜΗΜΑ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ της ΓΕΝΙΚΗΣ ΓΡΑΜΜΑΤΕΙΑΣ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΑΚΩΝ ΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ του ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΨΗΦΙΑΚΗΣ ΔΙΑΚΥΒΕΡΝΗΣΗΣ με το υπ' αριθμ. πρωτ. 43492 ΕΞ 2021 έγγραφο προς όλες τις αναθέτουσες αρχές ανακοίνωσε την «Διακοπή λειτουργίας του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ και μετάπτωση του στις υποδομές του ενιαίου κυβερνητικού νέφους (G-Cloud)». (βλ. σχετ 1)

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

Στο έγγραφο αυτό αναφέρεται ότι:

«... το υποσύστημα ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ θα τεθεί εκτός λειτουργίας Τετάρτη 15.12.2021 και ώρα 00:00:01 πμ προκειμένου να εκτελεστούν οι απαραίτητες εργασίες για την μετάπτωση και την έναρξη της παραγωγικής του λειτουργίας στις υποδομές του κυβερνητικού υπολογιστικού νέφους (G-Cloud) την Τρίτη 21.12.2021 και ώρα 8.00 πμ.»

και ότι:

«Λόγω της διακοπής της παροχής των υπηρεσιών του εν λόγω υποσυστήματος κατά το ανωτέρω αναφερόμενο χρονικό διάστημα, δεν θα είναι δυνατή η διεξαγωγή των ηλεκτρονικών διαδικασιών ανάθεσης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών και Υπηρεσιών των Αναθετούσων Αρχών και Αναθετόντων Φορέων μέσω του ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες.»

και καταλήγει ότι:

Για το λόγο αυτό, οι Αναθέτουσες Αρχές και οι Αναθέτοντες Φορείς της χώρας, λαμβάνοντας υπόψη την παρούσα ανακοίνωση, την παρ. 4 του άρθρου 37 του ν. 4412/2016 και την Υπουργική Απόφαση 64233/(ΦΕΚ 2453/Β/09.06.2021), θα πρέπει, με αιτιολογημένη απόφασή τους, να ρυθμίσουν τα της συνέχειας των διαγωνισμών, στους οποίους κατά το χρονικό διάστημα μη λειτουργίας του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες είχε καθορισθεί καταληκτική ημερομηνία και ώρα υποβολής προσφορών, προθεσμία για την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, υποβολή ενστάσεων ή προδικαστικών προσφυγών, υποβολή διευκρινίσεων, διενέργεια αποσφραγίσεων προσφορών κλπ».

Η αναθέτουσα αρχή με την ΚΠ 28280- 17/12/2021 απόφαση της όρισε ως καταληκτική ημερομηνία κατάθεσης προσφυγών την 27.12.2021 και εν συνεχεία με την ΚΠ 28446- 21/12/2021 την 29.12.2021. (βλ. σχετ. 2 και 3)

Την 23.12.2021 και ώρα 8.00 το σύστημα ΕΣΗΔΗΣ ετέθη σε λειτουργία και η εταιρεία μας άμεσα κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως μέσω του συστήματος ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ «στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού», όπως ο Νόμος προβλέπει την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή και την κοινοποίησε με email στην ΑΕΠΠ.

Η κατάθεση της προσφυγής της εταιρείας μας την 23/12/2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού είναι εμπρόθεσμη για τους εξής λόγους :

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

1. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής διενεργείται υποχρεωτικώς με κατάθεση στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, δεδομένης της υποχρεωτικής ηλεκτρονικής διαδικασίας υποβολής της προσφυγής, στην περίπτωση διαγωνισμού που διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ως εν προκειμένω. Οι ως άνω διατάξεις σχετικά με τον τρόπο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, αποκλειστικά διά της ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», είναι υποχρεωτικές, ενώ με αποστολή ηλεκτρονικού μηνύματος στην ΑΕΠΠ διενεργείται μόνο η κοινοποίηση από την αναθέτουσα αρχή ή τον οικονομικό φορέα της ήδη κατατεθείσας- ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής. Ως εκ τούτου, η αποστολή προδικαστικής προσφυγής με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ αντί κατάθεσης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ μέσω της «Επικοινωνίας», δεν συνιστά νόμιμο και παραδεκτό τρόπο άσκησης προδικαστικής προσφυγής.

2. Ο Ν.4412/2016 προβλέπει ότι σε περίπτωση διενέργειας του διαγωνισμού μέσω ΕΣΗΔΗΣ μοναδικός τρόπος κατάθεσης της προσφυγής είναι στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και δεν προβλέπεται για κανένα λόγο κατάθεση της προσφυγής με email στην ΑΕΠΠ.

Στον Προεδρικό Διάταγμα 39/2017 Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών Ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών προβλέπεται αντίθετα ότι : [...]

Στον κανονισμό δηλαδή της ΑΕΠΠ προβλέπεται μια επιπλέον περίπτωση κατάθεσης της προσφυγής με email στην ΑΕΠΠ όταν υπάρχει τεχνική αδυναμία λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ και η αδυναμία αυτή πιστοποιείται από την αρμόδια υπηρεσία.

Η πρόβλεψη αυτή δεν μπορεί να εφαρμοστεί στην υπό κρίση περίπτωση για τους εξής λόγους:

1. Η ρύθμιση αυτή έρχεται σε αντίθεση με το Ν.4412/2016 που δεν προβλέπει αυτή την κατ' εξαίρεση κατάθεση της προσφυγής με mail στην ΑΕΠΠ. Προφανώς η ρύθμιση αυτή είναι κατάλοιπο της εναρμόνισης του Κανονισμού με την αρχική μορφή του άρθρου 362 του Ν.4412/2016, όπου αναφερόταν ότι : «Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

ΑΕΠΠ». Η διαφορετική ρύθμιση των δύο νομοθετημάτων – ιδίως ενόψει και της αναφοράς στο έγγραφο του ΕΣΗΔΗΣ για έκδοση απόφασης από κάθε αναθέτουσα αρχή – δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος των διαγωνιζομένων.

Η βασιμότητα του ισχυρισμού επιρρωνύεται από το άρθρο 355 του Ν.4412/2016 που παρείχε την νομοθετική εξουσιοδότηση για την έκδοση του προεδρικού Διατάγματος. Στο άρθρο 355 του Ν.4412/2016 ορίζεται: [...]

Στην ανωτέρω νομοθετική εξουσιοδότηση δεν προβλέπεται δυνατότητα διαφορετικής ρύθμισης με Π.Δ. για τον τρόπο άσκησης προδικαστικών προσφυγών και για αυτό το λόγο το Π.Δ. Κανονισμός λειτουργίας της ΑΕΠΠ αντιγράφει για όλα τα υπόλοιπα ζητήματα τον Νόμο 4412/2016.

Άλλωστε οι κανονιστικές πράξεις που εκδίδονται βάσει της ως άνω νομοθετικής εξουσιοδότησης μπορούν να θεσπίζουν μόνο δευτερεύοντες κανόνες δικαίου, σε σχέση με τους κανόνες της νομοθετικής πράξης προς εκτέλεση της οποίας εκδίδονται, σε καμία δε περίπτωση πρωτεύοντες, νέους κανόνες, οι οποίοι ιδρύουν νέες επιπλέον υποχρεώσεις προς τα πρόσωπα στα οποία απευθύνονται. Η τυπική ισχύς των κανόνων που θεσπίζονται με τα εκτελεστικά κανονιστικά διατάγματα είναι κατώτερη εκείνης των κανόνων των νομοθετικών πράξεων ή των κανονιστικών πράξεων που εκδίδονται βάσει νομοθετικής εξουσιοδότησης.

Κατά τα ανωτέρω δεν μπορείς να τύχει εφαρμογής η ανωτέρω διάταξη του Κανονισμού της ΑΕΠΠ αφού στο Νόμο που παρέχεται η σχετική νομοθετική εξουσιοδότηση η περίπτωση ρυθμίζεται «άλλως».

2. Στην συγκεκριμένη περίπτωση δεν υφίσταται προσωρινή «τεχνική αδυναμία λειτουργίας», αλλά πολυήμερη «διακοπή της παροχής των υπηρεσιών του εν λόγω υποσυστήματος», η οποία έχρηζε συνολική αντιμετώπισης του ζητήματος. Για το λόγο αυτό στο έγγραφο του ΕΣΗΔΗΣ ρητώς αναφέρεται ότι οι αναθέτουσες αρχές «...θα πρέπει, με αιτιολογημένη απόφασή τους, να ρυθμίσουν τα της συνέχειας των διαγωνισμών, ... υποβολή ενστάσεων ή προδικαστικών προσφυγών». Συνεπώς ακόμα και αν θεωρηθεί ότι θα μπορούσε να εφαρμοστεί η διάταξη του Κανονισμού τη ΑΕΠΠ (καίτοι αντίθετη στο Νόμο) το έγγραφο του ΕΣΗΔΗΣ για την βεβαίωση της τεχνικής αδυναμίας (που αποτελεί προϋπόθεση για να αποσταλεί με mail η προσφυγή στην ΑΕΠΠ) δεν έχει περιεχόμενο που να επιτρέπει την ενεργοποίηση της

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

εξαίρεσης, αφού δεν αναφέρεται σε τεχνική αδυναμία (όπως προβλέπεται στον Κανονισμό) αλλά διακοπή υπηρεσιών για την οποία οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να λάβουν απόφαση ρύθμισης.

3. Η αναθέτουσα αρχή νομίμως παράτεινε την προθεσμία υποβολής των προσφυγών μέχρι την λήξη της διακοπής παροχής υπηρεσιών (23/12/2021) αλλά μη νόμιμα μετά από αυτήν. Μάλιστα δεν χρειαζόταν η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αλλά εκ του Νόμου η προθεσμία νομίμως παρατείνεται μέχρι την ημερομηνία επαναλειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ [...].

26. Επειδή η τρίτη προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της αναφέρεται στην με ... (Αρ. Πρωτ. ...)/21.12.2021 απόφαση του Διοικητή του ... με την οποία «αποφασίσθηκε ότι καταληκτική ημερομηνία κατάθεσης προσφυγών κατά της τεχνικής αξιολόγησης του ως άνω διαγωνισμού είναι η 29.12.2021».

27. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ουδόλως αναφέρεται στο ως άνω ζήτημα παρά μόνο εμμένει στην κρίση που έχει διατυπωθεί στην προσβαλλόμενη.

28. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 360 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.

2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.

3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1».

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

29. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 361 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι:
«1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι:

(α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή

(β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως,

(γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου 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.

2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης».

30. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι:
«1. Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της [...]».

31. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι:
«[...]7. Με προεδρικό διάταγμα, που εκδίδεται ύστερα από πρόταση του Υπουργού Δικαιοσύνης, εκδίδεται «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» ενώπιον της ΑΕΠΠ, με τον οποίο ρυθμίζεται κάθε θέμα που αφορά τον τρόπο λειτουργίας της και ιδίως την ενώπιόν της διαδικασία, στην οποία συμπεριλαμβάνονται οι ειδικότερες προθεσμίες που δεν ρυθμίζονται στον παρόντα νόμο, οι ειδικότεροι κανόνες σύγκλησης της ΑΕΠΠ, ο ορισμός και τα καθήκοντα εισηγητών και γραμματέα, ο τρόπος και τα διαδικαστικά και τεχνικά θέματα που αφορούν την άσκηση των προσφυγών και των παρεμβάσεων, τις επιδόσεις και κοινοποιήσεις εγγράφων, το σχηματισμό

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

φυσικού και ηλεκτρονικού αρχείου, καθώς και οι ειδικότεροι κανόνες διεξαγωγής της διαδικασίας ενώπιον της ΑΕΠΠ και λήψης των αποφάσεων από αυτήν, και κάθε άλλο σχετικό θέμα [...]».

32. Επειδή στο ΠΔ 39/2017 «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» ορίζεται ότι: «Άρθρο 4 Προθεσμία άσκησης προσφυγής

1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι:

α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή με τηλεομοιοτυπία (άρθρο 361 παρ. 1 περ. α'ν. 4412/2016) ή

β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας (άρθρο 361 παρ. 1 περ. β' ν. 4412/2016), άλλως 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 δέκα πέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' ν. 4412/2016).

2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επόμενη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης (άρθρο 361 παρ. 2 ν. 4412/2016) [...] Άρθρο 8 Κατάθεση της προσφυγής [...] 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,

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

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 [...]

33. Επειδή στην ΚΥΑ με θέμα «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 Β 2453/9-06-2021) προβλέπεται ότι: «[...] Άρθρο 4

Αδιάλειπτη και ορθή λειτουργία του ΕΣΗΔΗΣ

Προμήθειες και Υπηρεσίες

1. Ο Διαχειριστής του Υποσυστήματος, μεριμνά για τη διαχείριση και την υποστήριξη της καλής λειτουργίας του σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 31 του π.δ. 40/2020 (Α' 85), και ιδίως για την αδιάλειπτη και ορθή λειτουργία του που εξασφαλίζεται από:

α) τον σχεδιασμό της αρχιτεκτονικής του Υποσυστήματος, η οποία βασίζεται σε αρχές και τεχνικές που διασφαλίζουν την υψηλή διαθεσιμότητά του (*high availability*) μέσω του πλεονασμού υλικού και λογισμικού (*hardware and software redundancy*)

β) την λήψη μέτρων και την εκτέλεση ενεργειών για την πρόληψη τεχνικών δυσχερειών στο πλαίσιο της ενδεικνυόμενης, από τον κατασκευαστή, συντήρησης του Υποσυστήματος.

γ) την παρακολούθηση (*monitoring*) του Υποσυστήματος και την εφαρμογή ενδεχόμενων αναγκαίων προληπτικών ή/και διορθωτικών ενεργειών όταν αυτό απαιτείται

δ) τη λειτουργία γραφείου υποστήριξης (*helpdesk*) για την διαχείριση, την τεχνική υποστήριξη και εκπαίδευση των χρηστών του Υποσυστήματος.

2. Σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Υποσυστήματος, η αναθέτουσα αρχή/ο αναθέτων φορέας λαμβάνει άμεσα όλα τα απαιτούμενα

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

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, από τον Διαχειριστή του Υποσυστήματος. Οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς, λαμβάνοντας υπόψη την πιστοποίηση τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Υποσυστήματος, σύμφωνα με το προηγούμενο εδάφιο, ρυθμίζουν, με αιτιολογημένη απόφαση τους, τα της συνέχειας των διαδικασιών που επηρεάστηκαν κατά το χρονικό διάστημα της δυσλειτουργίας του Υποσυστήματος, είτε με κατάλληλες ενέργειες από εξουσιοδοτημένο χρήστη της αναθέτουσας αρχής/του αναθέτοντα φορέα, είτε όταν αυτό δεν είναι εφικτό, από τον Διαχειριστή του Υποσυστήματος, κατόπιν σχετικού αιτήματος της αναθέτουσας αρχής/του αναθέτοντα φορέα, που υποβάλλεται με οποιοδήποτε πρόσφορο τρόπο [...]

34.Επειδή στους όρους της Διακήρυξης προβλέπεται ότι : « [...] 3.4 Προδικαστικές Προσφυγές - Προσωρινή και οριστική Δικαστική Προστασία

A. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ενωσιακής ή εσωτερικής νομοθεσίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην ανεξάρτητη Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στα άρθρα 345 επ. ν. 4412/2016 και 1 επ. π.δ. 39/2017, στρεφόμενος με προδικαστική προσφυγή, κατά πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, προσδιορίζοντας ειδικώς τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά του.

Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι:

(α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή

(β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης σε αυτόν αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

(γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου 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.

Σε περίπτωση παράλειψης που αποδίδεται στην αναθέτουσα αρχή, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης .

Οι προθεσμίες ως προς την υποβολή των προδικαστικών προσφυγών και των παρεμβάσεων αρχίζουν την επομένη της ημέρας της προαναφερθείσας κατά περίπτωση κοινοποίησης ή γνώσης και 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 [...]».

35. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις προσφεύγουσες στις 8-12-2021, ήτοι η καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή προσφυγής ήταν η 20-12-2021, ημερομηνία κατά την οποία, σύμφωνα με το υπ' αριθ. 43492ΕΞ2021/8-12-2021 έγγραφο της Διεύθυνσης Ανάπτυξης και Υποστήριξης του ΕΣΗΔΗΣ, δεν ήταν δυνατή η κατάθεση των υπό εξέταση προσφυγών στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού λόγω τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ. Με την ΚΠ28280/17-12-2021 απόφαση του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις προσφεύγουσες, ορίστηκε ως καταληκτική ημερομηνία κατάθεσης προδικαστικών προσφυγών κατά της προσβαλλόμενης η Δευτέρα 27-12-2021. Στη συνέχεια, με την ΚΠ 28446/21-12-2021 απόφαση του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής, η οποία επίσης κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις προσφεύγουσες, ορίστηκε εκ νέου ως καταληκτική ημερομηνία κατάθεσης προδικαστικών προσφυγών κατά της προσβαλλόμενης η Τετάρτη 29-12-2021.

36. Επειδή σύμφωνα με τις προαναφερθείσες διατάξεις που αποτελούν το θεσμικό πλαίσιο της κατάθεσης προδικαστικών προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ και της εν γένει διαδικασίας εξέτασής τους, το άρθρο 365 του

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

N.4412/2016 (και όχι το άρθρο 355 ως εσφαλμένως υπολαμβάνει η πρώτη προσφεύγουσα) παρέχει ρητώς εξουσιοδότηση για τη ρύθμιση κάθε θέματος που αφορά τον τρόπο λειτουργίας της ΑΕΠΠ και ιδίως την ενώπιόν της διαδικασία, στην οποία συμπεριλαμβάνονται οι ειδικότερες προθεσμίες που δεν ρυθμίζονται στον νόμο, οι ειδικότεροι κανόνες σύγκλησης της ΑΕΠΠ, ο ορισμός και τα καθήκοντα εισηγητών και γραμματέα, ο τρόπος και τα διαδικαστικά και τεχνικά θέματα που αφορούν την άσκηση των προσφυγών και των παρεμβάσεων, τις επιδόσεις και κοινοποιήσεις εγγράφων, το σχηματισμό φυσικού και ηλεκτρονικού αρχείου, καθώς και οι ειδικότεροι κανόνες διεξαγωγής της διαδικασίας ενώπιον της ΑΕΠΠ και λήψης των αποφάσεων από αυτήν. Επομένως, για ζητήματα που δεν ρυθμίζουν οι οικείες νομοθετικές διατάξεις εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις του ΠΔ 39/2017 οι οποίες προβλέπουν ότι σε περίπτωση τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ η προσφυγή ασκείται με την αποστολή μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Εξάλλου, ουδόλως ο όρος «τεχνική αδυναμία λειτουργίας» δεν προσδιορίζει χρονικώς την αδυναμία χρήσης του συστήματος ή τους λόγους αυτής και εφόσον υφίσταται διακοπή της παροχής των υπηρεσιών του εν λόγω υποσυστήματος, υφίσταται και τεχνική αδυναμία λειτουργίας του για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ή οιασδήποτε άλλης ενέργειας, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα. Αβασίμως δε υποστηρίζει η πρώτη προσφεύγουσα ότι οι αναθέτουσες αρχές όφειλαν να λάβουν απόφαση ρύθμισης σχετικά με την άσκηση των προδικαστικών προσφυγών δοθέντος ότι τόσο η προθεσμία όσο και ο τρόπος άσκησης προδικαστικής προσφυγής ρυθμίζονται από τον νόμο και συμπληρωματικά από το ΠΔ 39/2017, το οποίο ούτε έχει καταργηθεί ούτε έχει τροποποιηθεί μετά τον Ν/4782/2021, ενώ ουδόλως προβλέπεται αρμοδιότητα των αναθετουσών αρχών επί των ζητημάτων αυτών. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της πρώτης προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι και ως αντιφατικοί διότι, ενώ η ίδια δεν αναγνωρίζει αρμοδιότητα στην κανονιστικώς δρώσα Διοίκηση να θεσπίζει κανόνες οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, βρίσκονται σε αντίθεση με τις νομοθετικής ισχύος διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν.4412/2016, αναγνωρίζει ωστόσο αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να παρατείνει την αποκλειστική προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

της ΑΕΠΠ του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 και δη κατόπιν πληροφοριακού εγγράφου της Διεύθυνσης Ανάπτυξης και Υποστήριξης του ΕΣΗΔΗΣ, ήτοι εγγράφου στερούμενου οιασδήποτε κανονιστικής ισχύος. Εξάλλου, σύμφωνα με την απόφαση περί ρυθμίσεως τεχνικών ζητημάτων στις συμβάσεις προμηθειών που διενεργούνται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ρητώς αναφέρεται ότι σε περίπτωση τεχνικής αδυναμίας, οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα σχετικά με τη διαγωνιστική διαδικασία και όχι σχετικά με τη διαδικασία ενώπιον της ΑΕΠΠ, ως εσφαλμένως επιχειρεί να υποστηρίξει η πρώτη προσφεύγουσα. Επομένως, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις, η κατάθεση προδικαστικής προσφυγής έως την καταληκτική ημερομηνία της 20-12-2021 κατά την οποία δεν ήταν δυνατή η πρόσβαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, μπορούσε να λάβει χώρα παραδεκτώς μόνο με την κατάθεσή της ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail).

37. Επειδή, στο πλαίσιο των διοικητικών προσφυγών που ασκούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου του μικρού κύκλου των αποδεκτών της οικείας νομοθεσίας και της κατ' επάγγελμα κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων ενασχολήσεώς τους με τις διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων, αυτοί οφείλουν να γνωρίζουν τις κρίσιμες διατάξεις (ΟΛΣΤΕ 876/2013, ΣΤΕ 268, 360/2018, 1400, 1595/2016, 3128, 3129/2015, 1072, 1985, 1988/2014, 2886/2013, 2315/2013). Επιπλέον, οι διατάξεις που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως «δικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου.

38. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να αποκλείσει την εφαρμογή του νομίμου καθεστώτος περί παροχής έννομης προστασίας στο στάδιο που προηγείται της σύναψης συμβάσεως, όπως, άλλωστε, ούτε και να υπαχθεί οικειοθελώς σε διαφορετικές από τις νόμιμες διατάξεις (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 1012/2009, 381/2008, 1130/2007, ΔΕφΑθ 425/2011, ΔΕφΠειρ Ν128/2018 και ενδεικτικά αποφάσεις ΑΕΠΠ 169/2020, Α315/2018, 587/2018).

39. Επειδή οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣΤΕ 2080/2016).

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

40. Επειδή, εν προκειμένω, οι υπό εξέταση προσφυγές παρίστανται ως απαράδεκτες λόγω εκπρόθεσμης κατάθεσης στη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 23-12-2021 για την πρώτη και τη δεύτερη προσφεύγουσα και στις 28-12-2021 για την τρίτη προσφεύγουσα όταν η προθεσμία για την άσκησή τους έληγε στις 20-12-2021. Η δε τεχνική αδυναμία της λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό πλαίσιο, καθιστά δυνατή την παραδεκτή άσκηση προδικαστικής προσφυγής δια της αποστολής μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ αντί της κατάθεσής της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και δεν αναστέλλει ή παρατείνει τις νόμιμες προθεσμίες για την άσκησή της και δη κατόπιν απόφασης της αναθέτουσας αρχής.

41. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση στο σύνολό της.

42. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, οι κρινόμενες προδικαστικές προσφυγές πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτες.

43. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η εξέταση των παρεμβάσεων καθίσταται άνευ αντικειμένου (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», *ΕφημΔΔ* 2015, τ. 2, σελ. 256-257), δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται λόγω του απαραδέκτου των υπό εξέταση προσφυγών.

44. Επειδή, κατόπιν της σκέψης 42, πρέπει να καταπέσουν τα παράβολα που κατέθεσαν οι προσφεύγουσες (άρθρα 363 παρ.6 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την τρίτη προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση των παραβόλων.

Αριθμός απόφασης:234-235-236/2022

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 17 Φεβρουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΚΑΛΑΜΙΩΤΗ

Η Γραμματέας

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ