

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 05 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 26.10.2022 με ΓΑΚ 1520/01.11.2022 προδικαστική προσφυγή της με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά της «... (...)», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. Φ.917/13/217725/Σ. 15384/14.10.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού 7.383,75 €.

2. Επειδή, δυνάμει της από 3.2.2022 διακήρυξης, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με αριθμό ... και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ (με συστημικό αριθμό ...), η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτή ηλεκτρονική διαδικασία για την επιλογή του έργου «...» με αριθμό «...», εκτιμώμενης αξίας (προϋπολογισμού) ευρώ 1.476.750,55 (πλέον ΦΠΑ 24%), ήτοι συνολικής εκτιμώμενης αξίας ευρώ 1.831.170,68, με κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με το άρθρο 14 της διακήρυξης, την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή).

3. Επειδή, μετά την αποσφράγιση και αξιολόγηση του συνόλου των υποβληθεισών προσφορών των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, δια της

Αριθμός απόφασης: 1821/2022

υπ' αριθμ. Φ.917/35/149239/Σ.4853/6.4.2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το υπ' αριθμ. 1/30.3.2022 πρακτικό αποσφράγισης και αξιολόγησης προσφορών της επιτροπής διαγωνισμού και ο προσφεύγων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος με προσφερόμενη μέση έκπτωση 31,74%. Ακολουθώντας, δυνάμει της υπ' αριθμ. Φ.917/45/157966/Σ.5689/21.4.2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ο προσφεύγων κλήθηκε να υποβάλει τα κατά νόμον (ήτοι, κατ' άρθρον 80 σε συνδυασμό με το άρθρο 103 ν. 4412/2016) και σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης (ήτοι, σύμφωνα με τον υπ' αριθμ. 23 όρο, και ιδίως με τις με αύξοντα αριθμό 23.3 - 23.11 παραγράφους αυτού, σε συνδυασμό με τον υπ' αριθμ. 4.2 όρο της διακήρυξης), δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου (δικαιολογητικά κατακύρωσης), εντός προθεσμίας δέκα ημερών από την κοινοποίηση αυτής. Ο προσφεύγων υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, πλην όμως δια της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. Φ.917/13/217725/Σ. 15384/14.10.2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, αυτά δεν έγιναν δεκτά και απορρίφθηκε η προσφορά του.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 18.10.2022, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 27.10.2022, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από τον προσφεύγοντα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδ. α και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον προσδοκά την ακύρωση αυτής προς το σκοπό να αναδειχθεί οριστικός ανάδοχος.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 31.10.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. Φ.917/158/227277/Σ.16950/10.11.2022 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 11.11.2022, ενώ προς αντίκρουση αυτών η τελευταία κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 16.11.2022, το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία

Αριθμός απόφασης: 1821/2022

διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η 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 αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της ισχυρίζεται ότι η απόρριψη της προσφοράς της με την αιτιολογία ότι τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης έχουν υπογραφεί σε χρόνο όπου δεν ήταν έγκυρη η ηλεκτρονική υπογραφή της, είναι παράνομη και ακυρωτέα. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ηλεκτρονική υπογραφή της ήταν έγκυρη κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής της και της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς, όπως απαιτείται από τον νόμο, ενώ τα έγγραφα των δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν είναι υποχρεωτικό να υποβάλλονται με ψηφιακή υπογραφή. Ειδικότερα αναφέρει ότι τα ιδιωτικά έγγραφα, που υποβάλλονται από τον προσωρινό ανάδοχο κατόπιν της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής ως αποδεικτικά έγγραφα - δικαιολογητικά κατακύρωσης, γίνονται αποδεκτά αδιαφόρως αν πρόκειται για ηλεκτρονικά ή έντυπα έγγραφα και κατά λογική ακολουθία αδιαφόρως αν φέρουν ηλεκτρονική ή ιδιόγραφη υπογραφή του προσωρινού αναδόχου, και σε κάθε περίπτωση τα ηλεκτρονικά ιδιωτικά έγγραφα δεν απαιτείται να φέρουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή του προσωρινού αναδόχου, αφού γίνονται αποδεκτά και ηλεκτρονικά έγγραφα, που έχουν εκδοθεί κατ' αίτηση του προσωρινού αναδόχου μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης («gov.gr»), υπό τη μόνη πρόσθετη προϋπόθεση, καθ' όσον αφορά τα έντυπα ιδιωτικά έγγραφα, της προσκόμισής τους εντός της άνω τασσόμενης προθεσμίας σε έντυπη μορφή στην αναθέτουσας αρχής.

8. Επειδή, με τον κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 καθορίζονται οι απαιτήσεις ασφάλειας για την παροχή υπηρεσιών ηλεκτρονικής ταυτοποίησης και το

Αριθμός απόφασης: 1821/2022

πλαίσιο εποπτείας των παρόχων τους. Κατά τα οριζόμενα στον ως άνω κανονισμό, η ψηφιακή υπογραφή εκδίδεται από εγκεκριμένους παρόχους υπηρεσιών πιστοποίησης, οι οποίοι με τη χορήγησή της εγγυώνται για τα στοιχεία του κατόχου της και επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής. Με τη χρήση της προηγμένης ψηφιακής υπογραφής σκοπός είναι να επιτυγχάνεται η ταυτοποίηση του υπογράφοντος, δηλαδή η σύνδεση της ηλεκτρονικής συναλλαγής με το φυσικό πρόσωπο που υπογράφει, η εγγύηση της γνησιότητας των ψηφιακών δεδομένων και η δέσμευση του υπογράφοντος ως προς την ηλεκτρονική συναλλαγή, δηλαδή ο υπογράφων να μη μπορεί να αρνηθεί την συμβολή του στην εν λόγω συναλλαγή.

9. Επειδή, στην ΚΥΑ 117384/26.10.2017 (ΦΕΚ Β'3821) «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων σχετικά με την ανάθεση Δημοσίων Συμβάσεων έργων κλπ με τη χρήση του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ» ορίζεται ότι: «...Άρθρο 8 Επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων 1. Η διαδικασία επικοινωνίας, ενημέρωσης και διακίνησης εγγράφων πραγματοποιείται μέσω του υποσυστήματος κατά περίπτωση, με: α. Την αποστολή ή κοινοποίηση σχετικών στοιχείων με μηνύματα δια της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» της εκάστοτε ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης ή της εκάστοτε ηλεκτρονικής πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών/αίτησης συμμετοχής... γ. την υποβολή σχετικών στοιχείων από τους οικονομικούς φορείς στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένων Ηλεκτρονικής Προσφοράς», ο οποίος περιλαμβάνει τους (υπό)φακέλους: - «Δικαιολογητικά Συμμετοχής –Τεχνική Προσφορά» - «Οικονομική Προσφορά» - «Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου».. 3. Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μέσω του Συστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα που έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τους ίδιους υπογεγραμμένα με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό, το οποίο χορηγήθηκε από έναν εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/ΕΚ (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και τις διατάξεις της παρούσας... Άρθρο 12 Υποβολή Προσφορών/Αιτήσεων συμμετοχής 1. Χρόνος και τρόπος υποβολής Προσφορών/Αιτήσεων Συμμετοχής.... 1.2.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή

Αριθμός απόφασης: 1821/2022

αρχείου PortableDocumentFormat (PDF) και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8...1.2.2. Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Τεχνική Προσφορά» υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου PortableDocumentFormat (PDF) και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 της παρούσης... 1.2.4. Στη συνέχεια, ο Οικονομικός Φορέας παράγει, κατά περίπτωση, από το υποσύστημα τα ηλεκτρονικά αρχεία («εκτυπώσεις») των Δικαιολογητικών Συμμετοχής, Τεχνικής Προσφοράς και της Οικονομικής Προσφοράς του οικονομικού φορέα σε μορφή αρχείου PortableDocumentFormat (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 της παρούσης και επισυνάπτονται στους αντίστοιχους (υπο)φακέλους της προσφοράς από τον Οικονομικό Φορέα.. 1.2.4.1 Εφόσον τα δικαιολογητικά συμμετοχής, η τεχνική προσφορά και οι οικονομικοί όροι δεν έχουν αποτυπωθεί στο σύνολό τους στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του υποσυστήματος, ο Οικονομικός Φορέας επισυνάπτει ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία σύμφωνα με τους όρους της εκάστοτε διακήρυξης... Άρθρο 14 Υποβολή/Αξιολόγηση Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου-Κατακύρωση/ Σύναψη Σύμβασης 1. Υποβολή/Αξιολόγηση Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου.... 1.2. Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον Οικονομικό Φορέα ηλεκτρονικά, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», στην Αναθέτουσα Αρχή/στον Αναθέτοντα Φορέα....».

10. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι δεν ήταν έγκυρη η ψηφιακή της υπογραφή κατά τον χρόνο της αρχικής υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης στις 27.05.2022.

Αριθμός απόφασης: 1821/2022

Όμως, σύμφωνα με τη διακήρυξη (άρθρα 21, 22, 23) προβλέπεται ότι μόνον τα δικαιολογητικά συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο τον οικονομικό φορέα, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών. Αντιθέτως, σχετικά με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν προβλέπεται η θέση ψηφιακής υπογραφής, επί ποινή αποκλεισμού από την διαδικασία, αφού προβλέπεται ότι υποβάλλονται ηλεκτρονικά, άνευ οιασδήποτε περαιτέρω απαίτησης ή διάκρισης περί του είδους της απαιτούμενης υπογραφής και χωρίς να προβλέπεται η θέση ψηφιακής υπογραφής ούτε να αποκλείεται η σκαναρισμένη-ψηφιοποιημένη φυσική υπογραφή, ενώ προβλέπεται και ότι τα έγγραφα αυτά πρέπει να υποβληθούν και σε φυσική μορφή. Επίσης, σύμφωνα με τη διακήρυξη μόνον αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των δικαιολογητικών κατακύρωσης, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, χωρίς να προβλέπεται απόρριψη της προσφοράς λόγω μη θέσης προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σύμφωνα με τις αρχές της νομιμότητας, τυπικότητας και διαφάνειας της διαδικασίας, μόνον εφόσον η διακήρυξη προβλέπει ότι υποχρεωτικά συγκεκριμένα δικαιολογητικά και έγγραφα του διαγωνιζόμενου πρέπει να υπογράφονται με προηγμένη ψηφιακή υπογραφή ή όταν -πολλώ δε μάλλον- απαιτεί επί ποινή αποκλεισμού την θέση ψηφιακής υπογραφής επί υποβαλλόμενου δικαιολογητικού τότε μπορεί να χωρήσει νόμιμα αποκλεισμός σε περίπτωση που τούτα υποβληθούν άλλως. Επίσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.4412/2016 δεν απαιτείται να υπογράφονται τα ηλεκτρονικά υποβαλλόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης με προηγμένη ψηφιακή υπογραφή (σχετ. άρθρα 22, 36, 80, 103 του Ν.4412/2016), ενώ από τις διατάξεις της ΚΥΑ117384/26.10.2017 δεν προκύπτει ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται ηλεκτρονικά υπογεγραμμένα με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, πολλώ δε μάλλον επί ποινή αποκλεισμού. Συγκεκριμένα, η προαναφερομένη ΚΥΑ προβλέπει στο άρθρο 8.3 ότι: «Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μέσω του Συστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα που έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τους ίδιους υπογεγραμμένα με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή. Ειδικότερα,

Αριθμός απόφασης: 1821/2022

όμως, μόνον όσον αφορά στα υποβαλλόμενα δικαιολογητικά συμμετοχής, έγγραφα της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς η ΚΥΑ σαφώς ορίζει ότι φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή (άρθρο 12, παρ. 1.2.1, 1.2.2, 1.2.4, 1.2.4.1)».

Εν προκειμένω η προσφεύγουσα με τα υποβληθέντα αποδεικτικά έγγραφα - δικαιολογητικά κατακύρωσης έχει αποδείξει τη μη συνδρομή των προβλεπόμενων λόγων αποκλεισμού και τη συνδρομή των τασσόμενων κριτηρίων επιλογής, αφού κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς είχε υπογράψει αυτά με έγκυρη ψηφιακή υπογραφή. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας με αιτιολογία την μη ύπαρξη έγκυρης ψηφιακής υπογραφής κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης στις 27.05.2022 είναι παράνομη και ακυρωτέα. Επομένως, η υπό κρίση προσφυγή είναι βάσιμη και πρέπει να γίνει δεκτή στο σύνολό της, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής, και να επιστραφεί το παράβολο στην προσφεύγουσα (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 05 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 27 Δεκεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ