

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΑΠΟΦΑΣΗ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. Α3/2017

ΛΕΞΕΙΣ ΚΛΕΙΔΙΑ- ΧΟΡΗΓΗΣΗ ΑΝΑΣΤΟΛΗΣ-ΠΡΟΔΗΛΩΣ ΒΑΣΙΜΗ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ-
ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗ ΥΠΟΓΡΑΦΗ.

Το 3^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ αποτελούμενο από τον Προεδρεύοντα, Μιχαήλ Οικονόμου (εισηγητή) και τα μέλη, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου και Μιχαήλ Σειραδάκη, συνεδρίασε στις 09/10/2017 στα γραφεία της ΑΕΠΠ δυνάμει των υπ' αριθμ. 25/2017 και 26/2017 πράξεων του Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ προκειμένου να αποφανθεί επί του αιτήματος για Αναστολή και Λήψη Προσωρινών Μέτρων που σωρεύεται στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 121/02.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή της Ανώνυμης Εταιρείας με τον διακριτικό τίτλο «.....» κατά της υπ' αριθ. πρωτ. απόφασης του Διοικητή της 5^{ης} Υ.ΠΕ. Θεσσαλίας και Στερεάς Ελλάδας και κάθε άλλης συναφούς μ' αυτήν πράξη της αναθέτουσας Αρχής.

Έχοντας λάβει υπόψη:

1. Τις διατάξεις:

α) των άρθρων 353, 355, 360, 362, 363, 364, 365, 366 και 367 του Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), όπως ισχύει,

β) των άρθρων 6, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 18 και 20 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017),

2. Την κατάθεση μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), της ως άνω προδικαστικής προσφυγής,

3. Το περιληφθέν στην ως άνω Προδικαστική Προσφυγή αίτημα της Προσφεύγουσας εταιρείας με το οποίο ζητείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας, ιδίως δε η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, η αξιολόγηση αυτών και η ανάδειξη μειοδότη, ή, άλλως, να οριστούν όποια μέτρα κρίνει κατάλληλα η ΑΕΠΠ, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της πιο πάνω Προδικαστικής προσφυγής κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Αφού άκουσε τον εισηγητή και μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

Σκέφτηκε κατά το Νόμο :

1. Επειδή η 5^η Υ.ΠΕ. δημοσίευσε στις 21/7/2017 στο ΚΗΜΔΗΣ και στο ΕΣΗΔΗΣ «ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΜΕ ΑΡΙΘΜΟ 479/2017 ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΑΝΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ (ΔΙΕΘΝΟΥΣ) ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΚΤΙΡΙΩΝ (90911200-8)», ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΥΨΗ ΤΩΝ ΑΝΑΓΚΩΝ ΤΗΣ 5ΗΣ ΥΓΕΙΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΘΕΣΣΑΛΙΑΣ ΚΑΙ ΣΤΕΡΕΑΣ ΕΛΛΑΔΑΣ ΚΑΙ ΤΩΝ ΠΕΔΥ - ΚΕΝΤΡΩΝ ΥΓΕΙΑΣ & ΜΟΝΑΔΩΝ ΥΓΕΙΑΣ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ, ΓΙΑ ΕΝΑ (1) ΕΤΟΣ, ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ 900.000,00 € ΜΕ Φ.Π.Α., ΜΕ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ ΤΗΝ ΠΛΕΟΝ ΣΥΜΦΕΡΟΥΣΑ ΑΠΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΑΠΟΨΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΜΟΝΟ ΒΑΣΕΙ ΤΙΜΗΣ».

2.Επειδή η προσφεύγουσα Εταιρία έλαβε μέρος στον ανωτέρω διαγωνισμό με την υποβολή προσφοράς, καθώς ο σκοπός και το αντικείμενο εργασιών της ανταποκρίνονται στις ζητούμενες υπηρεσίες.

3.Επειδή με την υπ' αριθ. πρωτ. απόφαση του κ. Διοικητή της 5^{ης} Υ.ΠΕ. Θεσσαλίας και Στερεάς Ελλάδας, με την οποία εγκρίθηκε σχετική γνωμοδότηση της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού (.....), κατέστη ως τεχνικά αποδεκτό το σύνολο των υποβληθεισών στην διαγωνιστική διαδικασία προσφορών, με μόνη εξαίρεση την προσφορά της εταιρίας «.....», η οποία απορρίφθηκε.

4.Επειδή η προσφεύγουσα προβάλλει ότι οι προσφορές των λοιπών συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, εμφανίζουν ουσιώδεις πλημμέλειες, με συνέπεια να καθίστανται απορριπτέες, αφού τελούν σε αντίθεση προς όρους της διακήρυξης αλλά και προς το λοιπό κανονιστικό πλαίσιο από το οποίο διέπεται η διαγωνιστική διαδικασία.

5. Επειδή η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η ανωτέρω απόφαση του κ. Διοικητή της 5^{ης} Υ.ΠΕ. είναι νομικά πλημμελής και πρέπει να ακυρωθεί, ως εκδοθείσα άνευ νομίμου αιτιολογίας και κατά παράβαση κατ' ουσίαν διάταξης νόμου ή, πάντως, κατά πλάνη περί τα πράγματα.

6. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού προϋπολογισμού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή κατεβλήθη το νόμιμο e-Παραβολο με κωδικό 167114744957 1201 0098 σύμφωνα και με την αντίστοιχη βεβαίωση ελέγχου και δέσμευσής του (ΑΠ/ΑΕΠΠ:374/2-10-2017).

10. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016. Συνεπώς παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του Γ΄ Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

11. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Συνεπώς με βάση τα ανωτέρω η υπό κρίση προσφυγή κατατίθεται με προφανές έννομο συμφέρον εφόσον η προσφεύγουσα ως θεωρημένη από την αναθέτουσα αρχή ότι έχει καταθέσει παραδεκτή τεχνική προσφορά έχει βάσιμη προσδοκία τελικής ανάθεσης σε αυτήν της υπό ανάθεση δημόσιας σύμβασης.

12. Επειδή έχει κριθεί ότι η Αναθέτουσα Αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης παραχώρησης, ως προς τις παρασχετέες υπηρεσίες, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. Ε.Α. 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (189/2015 ΣτΕ, πρβλ. Ε.Α. 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.).

13. Όπως παγίως γίνεται δεκτό, όμως μόνο η πιθανολόγηση παράβασης κανόνα δικαίου αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την αποδοχή της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Σημειώνεται δε, ότι η πιθανολόγηση αφορά αποκλειστικά τον βαθμό δικανικής πεποίθησης ως προς την παρανομία, και όχι διαβάθμιση της παρανομίας, δηλαδή ποιοτική ή ποσοτική κατηγοριοποίηση της παρανομίας, διάκριση των παραβάσεων σε ουσιώδεις και επουσιώδεις. Συγκεκριμένα, η ΑΕΠΠ διαδεχόμενη λόγω αρμοδιότητας στον νομικό κόσμο τις Επιτροπές Αναστολών του ΣΤΕ και τα Διοικητικά Εφετεία υπό το προϋφιστάμενο καθεστώς του ν. 3886/2010 ερευνά τους λόγους της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων

που δεν σχετίζονται προς τεχνικά ή μη εκκαθαρισμένα, κατά το πραγματικό τους μέρος, ζητήματα, παρόλο που δεν έχουν εξετασθεί από την Αναθέτουσα Αρχή (ΣτΕ ΕΑ 477/2009, 430/2005, 839/2003, 285/2002).

14. Επειδή, οι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής-ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν: α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής-προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής-προσωρινών μέτρων, η σοβαρή πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.).

15. Επειδή σύμφωνα με την γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους υπ' αριθμ. 152/2015 έγινε δεκτό ότι *«οι υπεύθυνες δηλώσεις, τα στοιχεία και δικαιολογητικά που εκδίδονται/συντάσσονται από τον ίδιο τον υποψήφιο ανάδοχο πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να φέρουν, κατά την ηλεκτρονική υποβολή τους, τη ψηφιακή υπογραφή του ίδιου του υποψηφίου οικονομικού φορέα, σε περίπτωση δε που ο υποψήφιος ανάδοχος είναι νομικό πρόσωπο, τα εν λόγω δικαιολογητικά πρέπει να φέρουν τη ψηφιακή υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου αυτού, εκείνου δηλ. του προσώπου, που, δυνάμει του καταστατικού, έχει την εξουσία εκπροσώπησης και δέσμευσης του νομικού προσώπου προς τρίτους, οι δηλώσεις ή υπεύθυνες δηλώσεις που εκδίδονται/συντάσσονται από πρόσωπα πλην του ίδιου του οικονομικού φορέα, δημόσιας αρχής ή άλλου φορέα όπως οι υπεύθυνες δηλώσεις εκ μέρους των νομίμων εκπροσώπων του υποψηφίου αναδόχου και σχετικά με τους ίδιους, πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να φέρουν, κατά την ηλεκτρονική υποβολή τους, τη ψηφιακή υπογραφή των ίδιων των δηλούντων, ως εχόντων τη σχετική υποχρέωση της δήλωσης του»*.

16. Επειδή σύμφωνα με τον πρώτο λόγο προσφυγής η αιτούσα επιχειρώντας να πλήξει την νομιμότητα της προσφοράς ανταγωνίστριας συμμετέχουσας εταιρίας στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία προβάλλει ότι *«Όπως ορίζεται στη διακήρυξη (σελ. 3) «Για την συμμετοχή στο διαγωνισμό οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς (Προμηθευτές) απαιτείται να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής», ενώ και με πλήθος όρων της διακήρυξης ζητείται να υπογράφονται ψηφιακά οι προσφορές των διαγωνιζομένων και πολλά από τα στοιχεία που τις απαρτίζουν. Κατά την έννοια των σχετικών όρων, αλλά και ενόψει όσων ορίζονται στην απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)» (Φ.Ε.Κ, Β' 2677/21-10-2013), από την οποία διέπεται ο προκείμενος διαγωνισμός, και στις διατάξεις κατ' εξουσιοδότηση των οποίων έχει εκδοθεί η απόφαση αυτή, η ψηφιακή υπογραφή των προσφερόντων οικονομικών φορέων πρέπει να είναι έγκυρη και να βρίσκεται σε ισχύ, ώστε να μπορεί να συνδεθεί μονοσήμαντα με το πρόσωπο που κάνει χρήση αυτής, υποδηλώνοντας την*

ταυτότητα του. Στην προκείμενη περίπτωση, οι ψηφιακές υπογραφές που έχουν τεθεί στα αρχεία της προσφοράς (βλ. ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ και ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ), καθώς και στο ηλεκτρονικό αρχείο της τεχνικής προσφοράς που έχει εξαχθεί από το σύστημα, δεν είναι έγκυρες, διότι κατά την επιλογή των σχετικών ηλεκτρονικών αρχείων με τη συσκευή κατάδειξης («ποντίκι») και τον έλεγχο των ιδιοτήτων τους εμφανίζεται η ένδειξη «Η εγκυρότητα υπογραφής είναι άγνωστη», καθώς και «Η ταυτότητα του υπογράφοντος είναι άγνωστη». Συνεπώς, εφόσον δεν μπορεί να διαπιστωθεί η εγκυρότητα των ψηφιακών υπογραφών και η ταυτότητα του προσώπου που έχει υπογράψει, δεν μπορεί να θεωρηθεί παραδεκτή η υποβληθείσα προσφορά της εν λόγω εταιρείας».

17. Επειδή από την εξέταση του συνόλου των εγγράφων του φακέλου της υπό κρίση προσφυγής και της αναλυτικής επισκόπησης των προβαλλόμενων λόγων πιθανολογείται σφόδρα η βασιμότητα μέρους των προβαλλόμενων λόγων της ένδικης προσφυγής αφού και εκτός των άλλων μέχρι σήμερα δεν έχουν τύχει ουσιωδώς ουδεμίας αντίκρουσης από την αναθέτουσα αρχή.

18. Επειδή η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον να αιτείται τον αποκλεισμό από την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας των λοιπών συνδιαγωνιζόμενων εταιρειών εφόσον η προσφορά της έχει κριθεί τεχνικά παραδεκτή

19. Επειδή όπως ήδη έχει αναλυθεί ανωτέρω στην σκέψη 14, στην υπό κρίση υπόθεση, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ της αιτούσας εταιρείας, θα πρέπει να είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον της τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα της αιτούσας ως διαγωνιζόμενης και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

20. Επειδή εν προκειμένω πληρούνται σωρευτικά όλες οι υπό στοιχείο 18 προϋποθέσεις χορήγησης αναστολής συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

21. Επειδή το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο για την προστασία των εννόμων συμφερόντων της προσφεύγουσας είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και, ιδίως, η μη αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό κρίσης προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

22. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣτΕ 840/2008). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του πρέπει να διαταχθεί, ενόψει του ότι δεν έχουν ακόμα αποσφραγιστεί οι προσφορές των οικονομικών φορέων, από την αναθέτουσα αρχή, η

αναστολή εκτέλεσης της ένδικης Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής και της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και η μη κατακύρωση του αποτελέσματος της, έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Διατάσσει την αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, την αξιολόγηση αυτών και την ανάδειξη αναδόχου μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη Πειραιώς, στις 9 Οκτωβρίου 2017.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 3^{ου} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ ΤΟΥ 3^{ου} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Μελπομένη Τσιαλαφούτα