

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 27^η Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 16.02.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 212/17.02.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής 1^η παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 03.03.2023 παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής 2^η παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 03.03.2023 παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής 3^η παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 03.03.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν οι υπ' αριθ. αριθμ. 520/2022 (ΑΔΑ: ...) και 22/2023 (ΑΔΑ:) αποφάσεις της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που έκαναν δεκτές τις προσφορές των παρεμβαίνουσών και της εταιρείας «...».

Με τις παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνουσες επιδιώκουν την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

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

Αριθμός απόφασης: 571/2023

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού €7.530,00.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε με την υπ' αριθμ. ανάρτησης στο ΚΗΜΔΗΣ ... 2022-11-02 διακήρυξη ανοικτό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «...», εκτιμώμενης αξίας 1.505.985,48 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Ο διαγωνισμός διεξήχθη ηλεκτρονικά μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (α/α συστήματος ...). Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, σύμφωνα με τη διακήρυξη, ήταν η 23.11.2022.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα, οι παρεμβαίνουσες και η εταιρεία «...». Στις 06.02.2023 κοινοποιήθηκαν μέσω ΕΣΗΔΗΣ οι υπ' αριθμ. πρωτ.: 520/2022 και 22/2023 αποφάσεις της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, όπου σύμφωνα την πρώτη απόφαση διαπιστώθηκαν ελλείψεις στο περιεχόμενο του ΕΕΕΣ τριών οικονομικών φορέων και κλήθηκαν να συμπληρώσουν την προσφορά τους με πρόσθετη υπεύθυνη δήλωση και με την δεύτερη απόφαση έγιναν αποδεκτές όλες οι υποβληθείσες προσφορές.

4. Επειδή, κατά των ως άνω αποφάσεων, των οποίων πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 06.02.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 16.02.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα 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 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και με προφανές έννομο συμφέρον, καθότι η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έχουν γίνει δεκτές οι προσφορές των υπόλοιπων εταιρειών προς το σκοπό να αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 21.02.2023 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. .../02.03.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις

Αριθμός απόφασης: 571/2023

του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνουν οι παρεμβαίνουσες εταιρείες, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 21.02.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και οι εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 03.03.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, οι παρεμβαίνουσες, δε, έχουν προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβουν, αφού επιδιώκουν τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει αναδειχθεί οριστική ανάδοχος.

7. 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 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).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθούν οι προσφορές των εταιρειών «...», «...» και «...» διότι τα υποβληθέντα ΕΕΕΣ τους δεν διαθέτουν έγκυρη ηλεκτρονική υπογραφή (Signatures status : 0 valid signatures, out of 1), καθώς έχει χρησιμοποιηθεί μη έγκυρος αλγόριθμος ασφαλείας SHA1 και σε κάθε περίπτωση τα πιστοποιητικά της ψηφιακής υπογραφής δεν έχουν τεθεί προσηκόντως στο αρχείο pdf. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι οι ανωτέρω οικονομικοί φορείς αν και διαθέτουν ψηφιακό πιστοποιητικό, εντούτοις το έχουν ενσωματώσει στο ηλεκτρονικό αρχείο του ΕΕΕΣ χρησιμοποιώντας παλαιότερο (– μη έγκυρο) αλγόριθμο ασφαλείας SHA1 ο οποίος δεν θεωρείται πλέον αξιόπιστος για τη δημιουργία εγκεκριμένης ψηφιακής υπογραφής. Δηλαδή το ψηφιακό ΕΕΕΣ (καθώς και τα υπόλοιπα ηλεκτρονικά αρχεία) που υπέβαλλαν δεν διαθέτουν έγκυρη ψηφιακή υπογραφή (Signatures status : 0 valid

signatures, out of 1), ως εκ τούτου είναι μη αποδεκτά και οι προσφορές τους θα πρέπει να ακυρωθούν.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Από το σύνολο της ισχύουσας περί ηλεκτρονικών υπογραφών νομοθεσίας, καθίσταται σαφές, ότι στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η ψηφιακή υπογραφή έχει ως στόχο την αντικατάσταση της φυσικής υπογραφής, παρέχοντας παράλληλα και τα εχέγγυα για τη γνησιότητά της, ενώ συνιστά *sine qua non* προϋπόθεση παραδεκτής υποβολής του εγγράφου, ως ηλεκτρονικού, ήτοι, ως εγγράφου του οποίου η υπογραφή παράγεται εξ ολοκλήρου (ή απλώς αποτυπώνεται) με τη βοήθεια της ηλεκτρονικής τεχνολογίας, δεδομένης της υποχρεωτικής ηλεκτρονικής διαδικασίας υποβολής. Ειδικότερα, σκοπός των οικείων διατάξεων είναι η ταύτιση συγκεκριμένου προσώπου με συγκεκριμένο υποβληθέν έγγραφο και το περιεχόμενό του σε δεδομένη χρονική στιγμή και η εξασφάλιση του συνδέσμου της ψηφιακής υπογραφής με τα δεδομένα που έχουν υπογραφεί «...κατά τρόπο, ώστε να μπορεί να ανιχνευθεί οποιαδήποτε επακόλουθη τροποποίηση των εν λόγω δεδομένων». Εν προκειμένω οι εταιρείες «...», «...» και «...», έχουν θέσει ψηφιακή υπογραφή στα υποβληθέντα ΕΕΕΣ τους, η οποία είναι έγκυρη, σε ισχύ και έχει σαφή χρονοσήμανση. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 8, παρ. 3 της υπ' αριθ. 56902/215 απόφασης του Υπουργού Ανάπτυξης «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)», ΦΕΚ 1924/Β'2-6-2017 ορίζεται 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, 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». Επομένως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι για την εγκυρότητα της ψηφιακής υπογραφής δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί ο αλγόριθμος ασφαλείας SHA1, όπως εν προκειμένω, είναι αβάσιμος διότι από το

Αριθμός απόφασης: 571/2023

εθνικό και ευρωπαϊκό δίκαιο δεν ορίζεται ότι η χρήση του συγκεκριμένου αλγόριθμου αποτελεί λόγο ακυρότητας των ψηφιακών υπογραφών. Περαιτέρω, η ΑΠΕΔ ορίζει ότι ο έλεγχος εγκυρότητας των ψηφιακών υπογραφών μέσω του προγράμματος Adobe Reader είναι έγκυρος και ως εκ τούτου πρέπει να απορριφθεί ο αντίθετος ισχυρισμός της προσφεύγουσας. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση πρώτος λόγος είναι αβάσιμος στο σύνολό του και πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι η προσφορά όλων των υπόλοιπων συμμετεχουσών εταιρειών πρέπει να απορριφθεί διότι παρέλειψαν στο ΕΕΕΣ που υπέβαλαν να δηλώσουν επί ποινή απόρριψης στοιχεία της προσφοράς τους. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι υπέβαλαν ΕΕΕΣ στο οποίο δεν περιλαμβάνονται το τμήμα «Δ: Άλλοι λόγοι αποκλεισμού που ενδέχεται να προβλέπονται από την εθνική νομοθεσία του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα. Αμιγώς εθνικοί λόγοι αποκλεισμού» του «Μέρους III: Λόγοι αποκλεισμού», και το τμήμα «Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» του «Μέρους IV: Κριτήρια επιλογής» και, ως εκ τούτου, δεν δηλώνουν την πλήρωση στοιχείων των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που τίθενται στους όρους της διακήρυξης. Περαιτέρω αναφέρει ότι ναι μεν η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ αρχείο ΕΕΕΣ (.xml), στο οποίο δεν υπήρχε το Μέρος III Δ του ΕΕΕΣ (Άλλοι Λόγοι Αποκλεισμού που ενδέχεται να προβλέπονται από την εθνική νομοθεσία του κράτους μέλους της α.α. ή του α.φ), και το Μέρος IV Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), ωστόσο, οι διατάξεις της διακήρυξης, οι οποίες καθορίζουν με τρόπο εξαντλητικό και δεσμευτικό το ελάχιστο περιεχόμενο της προσφοράς των διαγωνιζομένων, ουδόλως παραπέμπουν στο εν λόγω αρχείο ΕΕΕΣ ούτε, φυσικά, προβλέπουν ότι το τελευταίο έπρεπε να χρησιμοποιηθεί από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς ως αποκλειστικό υπόδειγμα. Αντίθετα, λοιπόν, ως προς την κατάρτιση και τη συμπλήρωση του προβλεπόμενου από το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ΕΕΕΣ, το προπαρατεθέν άρθρο 2.1 της διακήρυξης και η επ' αυτού τεθείσα υποσημείωση με αριθ. 7 δεν παραπέμπουν στο αναρτημένο στο ΕΣΗΔΗΣ αρχείο, αλλά στο τυποποιημένο έντυπο του παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής (L 3) και στις σχετικές οδηγίες που είναι αναρτημένες στο διαδίκτυο σε συγκεκριμένη

Αριθμός απόφασης: 571/2023

ηλεκτρονική διεύθυνση και, ειδικότερα, στην ηλεκτρονική υπηρεσία Promitheus ESPDint (<https://espdint.eprocurement.gov.gr/>) που προσφέρει τη δυνατότητα ηλεκτρονικής σύνταξης και διαχείρισης του ΕΕΕΣ.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Η αναθέτουσα αρχή είχε αναρτήσει στον ιστότοπο του διαγωνισμού Ε.Ε.Ε.Σ., το οποίο οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να συμπληρώσουν και να υπογράψουν ηλεκτρονικά, πλην όμως στο εν λόγω ΕΕΕΣ είχε απαλειφθεί η παράγραφος Β του μέρους IV με τίτλο «Οικονομική και Χρηματοδοτική επάρκεια» στην οποία, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, θα έπρεπε σύμφωνα με το άρθρο 23.1. της διακήρυξης να δηλωθεί η μη υπέρβαση ανεκτέλεστου κατ' άρθρο 20§4 του Ν. 3669/2008 καθώς και το μέρος III Δ «Άλλοι λόγοι αποκλεισμού που ενδέχεται να προβλέπονται από την εθνική νομοθεσία του κράτους μέλους της α.α. ή του α.φ». Όλες οι συμμετέχουσες εταιρείες υπέβαλαν συμπληρωμένο το ΕΕΕΣ που είχε αναρτηθεί από την αναθέτουσα αρχή στον ιστότοπο του διαγωνισμού. Επομένως, από τη στιγμή που στο εν λόγω έντυπο δεν προβλέφθηκε η δήλωση της παραγράφου Β του μέρους IV και το μέρος III Δ του ΕΕΕΣ εκ μέρους της αναθέτουσας, δεν συνάγεται υποχρέωση των διαγωνιζόμενων να συμπεριλάβουν τη δήλωση αυτή, επί ποινή απορρίψεως του φακέλου των δικαιολογητικών τους. Μάλιστα, σε κάθε περίπτωση, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων του διαγωνισμού δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζόμενων και ως εκ τούτου η μη δήλωση της παραγράφου Β του μέρους IV και το μέρος III Δ του ΕΕΕΣ δεν μπορεί να οδηγήσει σε αποκλεισμό συμμετέχοντος αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του. Επιπροσθέτως, από τη στιγμή που οι εν λόγω εταιρείες έχουν δηλώσει στο μέρος IV του ΕΕΕΣ τους τα στοιχεία βεβαίωσης εγγραφής τους στο ΜΕΕΠ, τεκμαίρεται η χρηματοοικονομική τους επάρκεια, καθώς και η τεχνική και επαγγελματική τους ικανότητα, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και οποιαδήποτε άλλη παράλειψη μπορεί να διευκρινιστεί σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο δεύτερος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθούν οι προσφορές των υπόλοιπων

Αριθμός απόφασης: 571/2023

συμμετεχόντων διότι η αναθέτουσα αρχή ενώ διαπίστωσε την έλλειψη δήλωσης του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργολαβικών συμβάσεων, αντί να απορρίψει τις προσφορές τους, ως όφειλε, αποφάσισε να τους καλέσει να τις συμπληρώσουν, και στην συνέχεια να τις εγκρίνει ως πλήρεις με την απόφαση 22/2023.

13. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω τρίτο λόγο: η αναθέτουσα αρχή κάλεσε τις εταιρείες «...», «...» και «...» να συμπληρώσουν τα υποβληθέντα ΕΕΕΣ τους ως προς τη δήλωση ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργολαβικών συμβάσεων. Από τη στιγμή που οι ως άνω εταιρείες είχαν υποβάλει το ΕΕΕΣ, το οποίο η αναθέτουσα αρχή είχε αναρτήσει στον ιστότοπο του διαγωνισμού και είχε ελλείψεις ως προς την επίμαχη δήλωση ανεκτέλεστου, όπως εκτέθηκε αναλυτικά στη σκέψη 11 της παρούσης, η κλήση για συμπλήρωση αυτού είναι νόμιμη βάσει του άρθρου 102 του Ν.4412/2016, αφού τα στοιχεία που κλήθηκαν να βεβαιώσουν με την υπεύθυνη δήλωση που υπέβαλαν είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμο ότι συνέτρεχαν κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς τους. Κατόπιν αυτού και ο τρίτος λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται τις παρεμβάσεις.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 27^η Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε την 13^η Απριλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 571/2023

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ