

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 19 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 27/4/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 597/27-4-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στο ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά της ... (...) νόμιμα εκπροσωπούμενης.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση του Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού για τη σύναψη συμφωνίας πλαίσιο για την προμήθεια πέντε (5) δραστηκών ουσιών (αριθμός Διακήρυξης .../2022) με αριθμό πρωτ. 1447/6-4-2023, το οποίο έγινε δεκτό με την απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 95/13-4-2023, κατά το μέρος του με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της από τον παραπάνω διαγωνισμό.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 15.000,00 ευρώ με βάση την εκτιμώμενη αξία ποσού 13.844.146,34 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ και δικαίωμα προαίρεσης, των Τμημάτων 1 και 2 της σύμβασης που αποτελούν αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../2022 προκηρύχθηκε ανοικτός διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με χρήση ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, για την ... (CPV ...). Προκήρυξη της

Αριθμός απόφασης: 771/2023

συμφωνίας - πλαίσιο απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 29/12/2022 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 10/1/2023 (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α

3. Η διάρκεια της συμφωνίας - πλαίσιο είναι διετής, με δικαίωμα προαίρεσης για παράταση ενός έτους. Η συνολική εκτιμώμενη αξία της συμφωνίας - πλαίσιο για τη διετή διάρκεια ανέρχεται σε 59.765.972,48 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ και η εκτιμώμενη αξία του δικαιώματος προαίρεσης σε 29.882.986,24 ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Το αντικείμενο της σύμβασης υποδιαιρείται σε έξι (6) τμήματα, καθένα από τα οποία αντιστοιχεί σε μία (1) δραστική ουσία, με δικαίωμα των οικονομικών φορέων να υποβάλουν προσφορά για ένα ή περισσότερα ή και όλα τα τμήματα. Ειδικότερα, τα επίμαχα Τμήματα 1 και 2 του διαγωνισμού αφορούν στην προμήθεια της δραστικής ουσίας MICAFUNGIN περιεκτικότητας 50MG/10ML VIAL και 100MG/10ML VIAL, αντίστοιχα, με συνολική εκτιμώμενη αξία 20.766.219,52 ευρώ με το δικαίωμα προαίρεσης, χωρίς ΦΠΑ.

4. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της συμφερότερης προσφοράς βάσει τιμής με τη χρήση ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, με τιμή εκκίνησης την προσφερόμενη με τη χαμηλότερη παραδεκτή οικονομική προσφορά ανά είδος. Προβλέφθηκε δε ότι η συμφωνία - πλαίσιο θα συναφθεί ανά τμήμα με τρεις (3) κατ' ανώτατο όριο οικονομικούς φορείς, εφόσον υπάρχει επαρκής αριθμός οικονομικών φορέων που πληρούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και υποβάλλουν αποδεκτές προσφορές, καθώς επίσης και ότι οι εκτελεστικές συμβάσεις θα ανατίθενται στον ένα ή περισσότερους αναδόχους της συμφωνίας - πλαίσιο, κατόπιν της αποστολής σχετικής εντολής αγοράς από τον εκάστοτε αγοραστή (Νοσοκομείο, Κέντρο Υγείας κ.λπ.), χωρίς επαναδιαγωνισμό, με την τιμή βάσει της οποίας ανατέθηκε η σύμβαση-πλαίσιο.

5. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε με τη Διακήρυξη η 13^η/2/2023 και, κατόπιν μετάθεσης, σύμφωνα με την απόφαση Προέδρου της ... με αριθμό πρωτ. 565/09.02.2023, η 28^η/2/2023. Οι προσφορές αποσφραγίστηκαν στις 7/3/2023. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν

υποβάλλοντας προσφορά για τα παραπάνω τμήματα του διαγωνισμού τρεις (3) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα.

6. Με το πρακτικό της με ημερομηνία 6/4/2023 σχετικά με τον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικής προσφοράς και οικονομικής προσφοράς, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας λόγω πλημμελειών του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής, ήτοι αφενός διότι, κατά παράβαση του άρθρου 2.2.8.2.B.3 της Διακήρυξης, δεν προσκομίστηκαν με τον φάκελο τα επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα για την τεκμηρίωση της πλήρωσης του προσόντος οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης, και αφετέρου, διότι η προσκομισθείσα βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Περαιτέρω, η Επιτροπή εισηγήθηκε την αποδοχή των προσφορών των δύο άλλων συμμετεχόντων οικονομικών φορέων ... και ... και η διενέργεια ηλεκτρονικού πλειστηριασμού μεταξύ τους για το Τμήμα 1 με τιμή εκκίνησης 3.050.162,50 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, και για το Τμήμα 2 με τιμή εκκίνησης 10.788.778,77 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ. Το παραπάνω πρακτικό επικυρώθηκε στο σύνολό του με την απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 95/13-4-2023. Το πρακτικό και η απόφαση έγκρισης κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους στις 20/4/2023.

7. Με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή προσβάλλεται, κατ' ορθή ερμηνεία, παραδεκτά μόνο η απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 95/13-4-2023, με την οποία εγκρίθηκε το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο έχει γνωμοδοτικό χαρακτήρα και, ως εκ τούτου, στερείται εκτελεστότητας (βλ. ΣτΕ 3075/2015, σκ. 5, ΔΕφΑθ 340/2016, 303/2015 κ.α.).

8. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016. Η ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, αφού εξεταστεί η τήρηση των προϋποθέσεων παραδεκτού.

9. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους θιγόμενους οικονομικούς φορείς στις 28/3/2023 και υπέβαλε στις 2/5/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, απόψεις επ' αυτής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν αυθημερόν στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς. Η προσφεύγουσα υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΕΑΔΗΣΥ στις 9/5/2023. Το υπόμνημα υποβλήθηκε μη νόμιμα και εκπρόθεσμα, κατά παράβαση του άρθρου 365 παρ. 1 περ. γ' και 8 ν. 4412/2016 που επιβάλλει την υποβολή του μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ εντός αποκλειστικής προθεσμίας πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

10. Το άρθρο 37 παρ. 1 και 2 ν. 4412/2016, ορίζει τα εξής: «1. Το επίπεδο ασφαλείας του ΕΣΗΔΗΣ πρέπει να είναι ανάλογο προς τους κινδύνους. 2. Στα εργαλεία και τις συσκευές για την ηλεκτρονική διαβίβαση και παραλαβή προσφορών, καθώς και για την ηλεκτρονική παραλαβή αιτήσεων συμμετοχής πρέπει: [...] β) να απαιτούνται προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές, όπως ορίζονται στον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 [...] 5. Οι χρήστες αποκτούν δικαίωμα χρήσης του ΕΣΗΔΗΣ, εφόσον διαθέτουν τα ανάλογα διαπιστευτήρια που απαιτούνται, σύμφωνα με τις αποφάσεις των παρ. 3 και 5 του άρθρου 36, περί υποχρέωσης χρήσης και λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 1 εδ. α' Ν. 4412/2016, «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 [...]». Επιπροσθέτως, στο άρθρο 8 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι «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».

11. Το άρθρο 15 παρ. 1 ν. 4727/2020 ορίζει ότι «Ηλεκτρονικά ιδιωτικά έγγραφα που εκδίδονται από φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες με χρήση εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής ή εγκεκριμένης ηλεκτρονικής σφραγίδας, γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά από τους φορείς του δημόσιου τομέα, από τα δικαστήρια όλων των βαθμών και τις εισαγγελίες όλης της χώρας και από φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες κατά την

ηλεκτρονική διακίνησή τους». Στο δε άρθρο 2 του ίδιου νόμου, σχετικά με τον ορισμό, μεταξύ άλλων, των εννοιών που σχετίζονται με την ηλεκτρονική υπογραφή παραπέμπει στον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014.

12. Το άρθρο 25 του Κανονισμού (ΕΕ) 910/2014 ορίζεται ότι: «2. Η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή έχει νομική ισχύ ισοδύναμη με την ιδιόχειρη υπογραφή. 3. Εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή βασιζόμενη σε εγκεκριμένο πιστοποιητικό που έχει εκδοθεί σε ένα κράτος μέλος αναγνωρίζεται ως τέτοια σε όλα τα άλλα κράτη μέλη», στο άρθρο 26 ότι : «Μία προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή πληροί τις ακόλουθες απαιτήσεις: α) συνδέεται κατά τρόπο μοναδικό με τον υπογράφοντα β) είναι ικανή να ταυτοποιεί τον υπογράφοντα γ) δημιουργείται με δεδομένα δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής τα οποία ο υπογράφων μπορεί, με υψηλό βαθμό εμπιστοσύνης, να χρησιμοποιεί υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο, και δ) συνδέεται με τα δεδομένα που έχουν υπογραφεί σε σχέση με αυτήν κατά τρόπο ώστε να μπορεί να ανιχνευθεί οποιαδήποτε επακόλουθη τροποποίηση των εν λόγω δεδομένων» και στο άρθρο 27 ότι : «1..... 2. Εάν ένα κράτος μέλος απαιτεί προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που βασίζεται σε εγκεκριμένο πιστοποιητικό για τη χρήση μιας επιγραμμικής υπηρεσίας που προσφέρεται από φορέα του δημόσιου τομέα ή για λογαριασμό του, το εν λόγω κράτος μέλος αναγνωρίζει τις προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές που βασίζονται σε εγκεκριμένο πιστοποιητικό και τις εγκεκριμένες ηλεκτρονικές υπογραφές τουλάχιστον με τους μορφότυπους ή με τις μεθόδους που καθορίζονται στις εκτελεστικές πράξεις που αναφέρονται στην παράγραφο 5». Περαιτέρω, κατά τα οριζόμενα στον ως άνω Κανονισμό, η ηλεκτρονική 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 επιτυγχάνεται η ταυτοποίηση του υπογράφοντος, παρέχονται εχέγγυα ότι τα ψηφιακά διαπιστευτήρια βρίσκονται υπό τον έλεγχο του υπογράφοντος και βεβαιώνεται το γεγονός ότι το περιεχόμενό του δεν έχει υποστεί καμία αλλαγή μετά τη θέση της υπογραφής.

13. Δυνάμει της νομοθετικής εξουσιοδότησης του άρθρου 36 παρ. 5 ν. 4412/2016 εκδόθηκε η ΚΥΑ των Υπουργών Ανάπτυξης και Επενδύσεων και Επικρατείας με αριθ. 64233/2021 περί «Ρυθμίσεων 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 2453/Β/9-6-2021), η οποία τυγχάνει εφαρμογής στην προκείμενη διαδικασία ανάθεσης που διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ και μνημονεύεται συγκεκριμένα στη Διακήρυξη. Στο άρθρο 9 «Επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων στο ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες» της ΚΥΑ ορίζονται τα εξής: «1. Η διαδικασία επικοινωνίας, ενημέρωσης και διακίνησης εγγράφων πραγματοποιείται αποκλειστικά μέσω του Υποσυστήματος κατά περίπτωση, με: α) την αποστολή ή κοινοποίηση σχετικών στοιχείων με μηνύματα μέσω της ηλεκτρονικής περιοχής και λειτουργικότητας «Επικοινωνία» της ηλεκτρονικής διαδικασίας δημόσιας σύμβασης. β) την ανάρτηση σχετικών στοιχείων από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς στην ηλεκτρονική περιοχή και ιδίως στα συνημμένα της ηλεκτρονικής διαδικασίας δημόσιας σύμβασης. γ) την υποβολή σχετικών στοιχείων από τους οικονομικούς φορείς, στην ηλεκτρονική περιοχή και ιδίως στα συνημμένα της σχετικής απάντησης (ενδεικτικά αναφέρονται η προσφορά και η αίτηση συμμετοχής) του οικονομικού φορέα στην ηλεκτρονική διαδικασία. ... 2. Από την 01.09.2021, οι ηλεκτρονικές περιοχές της παρ. 1 του παρόντος άρθρου συνιστούν τον ηλεκτρονικό τόπο τήρησης του Φακέλου Δημόσιας Σύμβασης, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 45 του ν. 4412/2016. 3. Τα σχετικά στοιχεία αποστολής, κοινοποίησης, υποβολής ή ανάρτησης που αποτυπώνονται στις αντίστοιχες οθόνες της διεπαφής του χρήστη, και ειδικότερα ο καταγεγραμμένος χρόνος αυτών, αποτελούν απόδειξη επικοινωνίας και διακίνησης εγγράφων μέσω του Υποσυστήματος. Οι σχετικές προθεσμίες αρχίζουν την επομένη της ημέρας της προαναφερθείσας κατά περίπτωση αποστολής, κοινοποίησης ή υποβολής και εάν δεν ορίζεται διαφορετική ώρα στα έγγραφα της σύμβασης 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. Ειδικότερα η κοινοποίηση πραγματοποιείται μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» της ηλεκτρονικής διαδικασίας δημόσιας σύμβασης. Η επιτυχής αποστολή μηνύματος μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» λογίζεται και ως επιτυχής παραλαβή του από τον αποδέκτη. 4. Οι χρήστες των φορέων της παρ. 2.2 του άρθρου 5 της παρούσας

υποβάλλουν ή/και αναρτούν μέσω του Υποσυστήματος τα κατά περίπτωση έγγραφα με εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 ή τα άρθρα 13 και 14 του ν. 4727/2020 (Α' 184)». Στο άρθρο 13 παρ. 1.3.1. ορίζονται τα εξής: «1.3. Ειδικότερα, όσον αφορά τα συνημμένα ηλεκτρονικά αρχεία της προσφοράς οι οικονομικοί φορείς τα καταχωρίζουν στους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του Υποσυστήματος ως εξής: 1.3.1 Τα έγγραφα που καταχωρίζονται στην ηλεκτρονική προσφορά και δεν απαιτείται να προσκομισθούν και σε έντυπη μορφή γίνονται αποδεκτά κατά περίπτωση, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις διατάξεις. α) είτε του άρθρου 13, 14 και 28 του ν. 4727/2020 (Α' 184) περί ηλεκτρονικών δημοσίων εγγράφων που φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή ή σφραγίδα και εφόσον πρόκειται για αλλοδαπά δημόσια ηλεκτρονικά έγγραφα, εάν φέρουν επισημείωση e-Apostille, β) είτε του άρθρου 15 και 27 του ν. 4727/2020 (Α' 184) περί ηλεκτρονικών ιδιωτικών εγγράφων που φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή ή σφραγίδα. γ) είτε του άρθρου 11 του ν. 2690/1999 (Α' 45), όπως αυτός έχει τροποποιηθεί και ισχύει, περί μείωσης διοικητικών βαρών και απλούστευσης διαδικασιών και ιδίως της προσκόμισης δημοσίων εγγράφων με απλή φωτοτυπία, δ) είτε της παρ. 2 του άρθρου 37 του ν. 4412/2016, περί χρήσης ηλεκτρονικών υπογραφών σε ηλεκτρονικές διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων, ε) είτε της παρ. 8 του άρθρου 92 του ν. 4412/2016, περί συνυποβολής υπεύθυνης δήλωσης στην περίπτωση απλής φωτοτυπίας ιδιωτικών εγγράφων. Επιπλέον, δεν προσκομίζονται σε έντυπη μορφή τα ΦΕΚ, ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και άλλα έντυπα, εταιρικά ή μη, με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο, δηλαδή έντυπα με αμιγώς τεχνικά χαρακτηριστικά, όπως αριθμούς αποδόσεις σε διεθνείς μονάδες μαθηματικούς τύπους και σχέδια». Στο άρθρο 18 «Υποβολή Προδικαστικών Προσφυγών» της ΚΥΑ ορίζονται ότι «οι Προδικαστικές Προσφυγές του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, κατατίθενται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Υποσυστήματος, στην ηλεκτρονική περιοχή του διαγωνισμού, επιλέγοντας την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» και επισυνάπτοντας τα σχετικά έγγραφα και ιδίως το τυποποιημένο έντυπο του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017, σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF) και σύμφωνα με τις διατάξεις των περ. β' ή δ' της παραγράφου 1.3.1 του άρθρου 13 παρούσας».

14. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011, ΣΤΕ 3669/2015, 5022/2012), προβλέπει τα εξής: «2.4.2 Χρόνος και Τρόπος υποβολής προσφορών. ... Για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται τουλάχιστον από αναγνωρισμένο (εγκεκριμένο) πιστοποιητικό, το οποίο χορηγήθηκε από πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/767/ΕΚ και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και να εγγραφούν στο ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με την περ. β της παρ. 2 του άρθρου 37 του ν. 4412/2016 και τις διατάξεις του άρθρου 6 της Κ.Υ.Α. ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες ... 3.4 Προδικαστικές Προσφυγές - Προσωρινή Δικαστική Προστασία. ... Η προδικαστική προσφυγή συντάσσεται υποχρεωτικά με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 και κατατίθεται ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» στην ηλεκτρονική περιοχή του συγκεκριμένου διαγωνισμού, επιλέγοντας την ένδειξη «Προδικαστική Προσφυγή» σύμφωνα με το άρθρο 18 της Κ.Υ.Α. Προμήθειες και Υπηρεσίες».

15. Από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 1 ν. 4412/2016, 8 παρ. 3 πδ 39/2017 και 18 της προπαρατεθείσας ΚΥΑ, προκύπτει ότι σε περίπτωση διαδικασίας ανάθεσης διενεργούμενης μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, όπως η προκείμενη, η προδικαστική προσφυγή ασκείται με ανάρτησή της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού διά του συστήματος «Επικοινωνία». Περαιτέρω, σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις της προπαρατεθείσας ΚΥΑ, με την οποία καθορίζονται, κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 36 παρ. 5 ν. 4412/2016, τα τεχνικά ζητήματα λειτουργίας και χρήσης του ΕΣΗΔΗΣ, και ειδικότερα οι όροι και οι προϋποθέσεις για την υποβολή, τη γνωστοποίηση, τη διακίνηση, τον τύπο και το περιεχόμενο των διακινούμενων μέσω του ΕΣΗΔΗΣ εγγράφων, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται κατά τα άνω σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF) με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, την οποία απαιτείται, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης, να κατέχουν οι οικονομικοί φορείς για τη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό. Όπως παγίως κρίνεται (ΣΤΕ

2246/2021, σκ. 7, 882/2021, σκ. 7, ΕΑΣΤΕ 48/2021, ΔΕΦΑΘ 330/2021, σκ. 7, ΔΕΦΠειρ 68/2021, σκ. 7, 33/2021, σκ. 13, 163/2019, σκ. 4, ΔΕΦΘες/νίκης 26/2020, σκ. 16, ΔΕΦΧανίων 34/2020, σκ. 12), από τις προπαρατεθείσες διατάξεις προκύπτει ότι, σε διαγωνισμούς που διενεργούνται ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατά των πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, απαιτείται να φέρει, όπως όλα τα έγγραφα που υποβάλλονται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς μέσω του Συστήματος, ηλεκτρονική υπογραφή, η δε μη τήρηση της εν λόγω ειδικής διατύπωσης καθιστά το έντυπο της προσφυγής μη έγκυρο και άγει σε απόρριψη αυτής, ως απαράδεκτης, ακόμη και σε περίπτωση - που δεν συντρέχει στην προκειμένη περίπτωση - κατά την οποία δεν υπάρχει ρητή μνεία περί τούτου στην οικεία διακήρυξη (ΔΕΦΧανίων 34/2020, ΔΕΦΑΘ 136/2018).

16. Ένα ηλεκτρονικό έγγραφο φέρει ηλεκτρονική υπογραφή, όταν κατά το άνοιγμα του αρχείου ανοίγει και η δυνατότητα, μέσω του πεδίου ελέγχου της ηλεκτρονικής υπογραφής (*signature panel*), να προβεί οποιοσδήποτε σε επαλήθευση των στοιχείων της υπογραφής, κατά τις οδηγίες της ΑΠΕΔ, δηλαδή να διερευνήσει τις ιδιότητες υπογραφής, όπως, μεταξύ άλλων, το όνομα και τα στοιχεία του υπογράφοντος, εάν το ψηφιακό πιστοποιητικό βρίσκεται σε ισχύ και εάν το έγγραφο έχει τροποποιηθεί από την θέση της ψηφιακής υπογραφής και μετά. Εφόσον, κατά τον έλεγχο αυτό, διαπιστωθεί ότι στο έγγραφο έχει τεθεί προσηκόντως ηλεκτρονική υπογραφή, το έγγραφο θεωρείται νόμιμα υπογεγραμμένο, έχει δε την ίδια νομική και αποδεικτική ισχύ με το έγγραφο που φέρει ιδιόχειρη υπογραφή και έχει ισχύ πρωτοτύπου με την έκδοσή του και μόνο. Αντίθετα, έγγραφο ψηφιοποιημένο (σκαναρισμένο) με αντίστοιχα ψηφιοποιημένη υπογραφή του εκδότη του συνιστά απλό αντίγραφο του πρωτότυπου και δεν έχει την ίδια νομική ισχύ με το ψηφιακά ή ιδιοχείρως υπογεγραμμένο έγγραφο, αφού δεν παρέχει αντίστοιχα εχέγγυα γνησιότητας.

17. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα άσκησε στις 27/4/2023 προδικαστική προσφυγή αναρτώντας αρχείο PDF διά του συστήματος της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου, το οποίο φέρει ψηφιοποιημένες (σκαναρισμένες) τη σφραγίδα της εταιρείας

και ιδιόχειρες υπογραφές των εκπροσώπων της, καθώς επίσης και ψηφιοποιημένο (σκαναρισμένο) αποτύπωμα ηλεκτρονικής υπογραφής, χωρίς, όμως, το αρχείο της προδικαστικής προσφυγής να είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο. Συγκεκριμένα, το έγγραφο αυτό απεστάλη σκαναρισμένο μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, καθώς και με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΕΑΔΗΣΥ, επίσης χωρίς να φέρει ηλεκτρονική υπογραφή (η ύπαρξη της οποίας, σε κάθε περίπτωση, δεν θα θεράπευε την πλήρη έλλειψη ηλεκτρονικής υπογραφής στο αναρτηθέν στο ΕΣΗΔΗΣ αρχείο διά του οποίου ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή). Κατά το άνοιγμα του αρχείου της προδικαστικής προσφυγής δεν εμφανίζεται το πεδίο των δεδομένων της ηλεκτρονικής υπογραφής και ελέγχου αυτών (*signature panel*), το δε ψηφιοποιημένο αποτύπωμα ηλεκτρονικών υπογραφών των εκπροσώπων της προσφεύγουσας, το οποίο εμφανίζεται στη σελίδα 11 του εγγράφου, δεν παρέχει τα εχέγγυα ενός πρωτότυπα υπογεγραμμένου εγγράφου, καθόσον δεν είναι εφικτός ο έλεγχος της εγκυρότητάς τους (βλ. ΔΕφΑθ 1957/2022, σκ. 11).

18. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, και ιδίως ενόψει της ρητής απαίτησης που προκύπτει από το προπαρατεθέν κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού για υποβολή των προδικαστικών προσφυγών ηλεκτρονικά υπογεγραμμένων, η υπόψη προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί απαράδεκτα, διότι δεν υποβλήθηκε από την προσφεύγουσα ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη, η δε εν λόγω πλήρης έλλειψη της ηλεκτρονικής υπογραφής δεν μπορεί να αναπληρωθεί από διαφορετικού είδους υπογραφή (βλ. ΔΕφΘες/νικής 139/2021, σκ. 7, ΔΕφΠατρών Ν8/2021). Κατά συνέπεια, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

19. Σε κάθε περίπτωση, η προδικαστική προσφυγή είναι απορριπτέα και επί της ουσίας. Ειδικότερα, με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της απόφασης του αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό με την αιτιολογία ότι με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής δεν προσκομίστηκε κανένα αποδεικτικό μέσο για την απόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5.α' και β' της Διακήρυξης.

20. Η Διακήρυξη ορίζει στις κρίσιμες διατάξεις τα εξής: «2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Όσον αφορά την οικονομική και

χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης συμφωνίας-πλαίσιο, οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να πληρούν αθροιστικώς τις ακόλουθες απαιτήσεις: (α) Να διαθέτουν κατά τις τρεις (3) τελευταίες κλεισμένες διαχειριστικές χρήσεις (2019,2020,2021) μέσο όρο ιδίων κεφαλαίων ύψους τουλάχιστον ίσο με το πέντε τοις εκατό (5%) της εκτιμώμενης αξίας του τμήματος για το οποίο υποβάλλουν προσφορά για τα δύο έτη της συμφωνίας πλαίσιο, χωρίς ΦΠΑ. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για περισσότερα τμήματα, η παρούσα απαίτηση θα πρέπει να καλύπτεται αθροιστικά για όλα τα σχετικά τμήματα. Δηλαδή, το ως άνω ποσοστό θα πρέπει να καλύπτει την εκτιμώμενη αξία των σχετικών τμημάτων αθροιστικά για τα δύο έτη της συμφωνίας πλαίσιο, χωρίς ΦΠΑ. ... 2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής. Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποιινή αποκλεισμού: ... (γ) τα δικαιολογητικά συμμετοχής των οικονομικών φορέων για την απόδειξη των κριτηρίων επιλογής των παραγράφων 2.2.5 και 2.2.6 της παρούσας διακήρυξης. Συγκεκριμένα, στα δικαιολογητικά συμμετοχής περιλαμβάνεται το σύνολο των αποδεικτικών μέσων των περιπτώσεων B3 και B4 της παραγράφου 2.2.8.2. της παρούσας διακήρυξης. ... 2.8.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών. ... Ειδικώς, ως προς τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.5 (Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) και 2.2.6 (Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα), οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να υποβάλλουν ήδη με την υποβολή της προσφοράς τους τα δικαιολογητικά των περ. B.3 και B.4. της παραγράφου 2.2.8.2. της παρούσας διακήρυξης. ... B.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν με την υποβολή της προσφοράς τους τα κάτωθι: (1) Για τις περιπτώσεις 1 και 2 της παραγράφου 2.2.5. τα ακόλουθα δικαιολογητικά για τις τελευταίες τρεις (3) κλεισμένες διαχειριστικές χρήσεις ή για το χρονικό διάστημα κατά το οποίο δραστηριοποιούνται, εφόσον είναι μικρότερο: - οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένοι οι οικονομικοί φορείς, - διαφορετικά δήλωση, εφόσον σε αυτή

είναι διαθέσιμες οι απαιτούμενες πληροφορίες, - διαφορετικά υπεύθυνη δήλωση, στην οποία να αναφέρονται οι σχετικές πληροφορίες».

21. Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης προκύπτει ότι, για την παραδεκτή υποβολή προσφοράς στον διαγωνισμό, απαιτείτο επί ποινή αποκλεισμού η υποβολή με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής, μεταξύ άλλων, και των μέσων απόδειξης της πλήρωσης του κριτηρίου χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5.α' και β' της Διακήρυξης σχετικά με τα ίδια κεφάλαια και τον κύκλο εργασιών.

22. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού και συνομολογεί η προσφεύγουσα, στον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής δεν υπέβαλε τα δικαιολογητικά για την απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας των περ. α' και β' του άρθρου 2.2.5' της Διακήρυξης, δηλαδή τις απαιτούμενες από το άρθρο 2.2.8.2.B.3 της Διακήρυξης οικονομικές καταστάσεις ή υπεύθυνες δηλώσεις. Επομένως, ο αποκλεισμός της είναι σύμφωνος με τη Διακήρυξη, ενώ απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός της ότι η παράλειψη υποβολής των επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενων στοιχείων οφείλεται σε παραδρομή. Ομοίως, απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι οι οικονομικές της καταστάσεις είναι δημοσιευμένες, διότι, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες ρητές και σαφείς διατάξεις της αναθέτουσας αρχής απαιτείτο επί ποινή αποκλεισμού η προσκόμιση των οικονομικών καταστάσεων με τον φάκελο προσφοράς.

23. Τέλος, πρέπει να απορριφθεί και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η παραπάνω πλημμέλεια της προσφοράς της είναι ιάσιμη, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 3.1.2 της Διακήρυξης και 102 ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 102 ν. 4412/2016, όπως αυτές ερμηνεύθηκαν από τα αρμόδια Δικαστήρια και μετά την τροποποίησή τους με τις διατάξεις του άρθρου 42 ν. 4782/2022 (βλ. ΣτΕ 1894/2022, 1553/2022, 725/2022), είναι επιτρεπτή, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η συμπλήρωση ή διευκρίνιση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθεισών δικαιολογητικών και πληροφοριών, όχι όμως και η αναπλήρωση μη υποβληθέντων στοιχείων. Δεν μπορεί, δηλαδή, να θεραπεύεται, κατόπιν πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής κατ' άρθρο 102 ν. 4412/2016, η παράλειψη υποβολής εγγράφων απαιτούμενων επί ποινή

αποκλεισμού, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ. ΣτΕ 1894/2022, 2514/2022, σκ. 22, απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, σκ. 93, με την οποία ερμηνεύεται το ισχύον άρθρο 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

24. Με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση του αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό με την αιτιολογία ότι η προσκομισθείσα βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας δεν πληροί τους όρους της Διακήρυξης, διότι βεβαιώνεται ότι διαθέτει όριο για έκδοση εγγυητικών επιστολών ποσού 50.000,00 ευρώ, ενώ από τη Διακήρυξη απαιτείται όριο για χρηματοδοτήσεις ποσού 692.207,32 ευρώ.

25. Το άρθρο 2.2.5.γ' της Διακήρυξης ορίζει ότι, για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό, οι οικονομικοί φορείς πρέπει «να διαθέτουν πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το πέντε τοις εκατό (5%) της εκτιμώμενης αξίας του τμήματος για το οποίο υποβάλλουν προσφορά για τα δύο έτη της συμφωνίας πλαίσιο, χωρίς ΦΠΑ. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για περισσότερα τμήματα, η παρούσα απαίτηση θα πρέπει να καλύπτεται αθροιστικά για όλα τα σχετικά τμήματα. Δηλαδή, το ως άνω ποσοστό θα πρέπει να καλύπτει την εκτιμώμενη αξία των σχετικών τμημάτων αθροιστικά για τα δύο έτη της συμφωνίας πλαίσιο, χωρίς ΦΠΑ». Για την απόδειξη της συνδρομής του κριτηρίου επιλογής απαιτείται, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8.2.B.3 «βεβαίωση αναγνωρισμένου πιστωτικού ιδρύματος που λειτουργεί νόμιμα σε ένα τουλάχιστον κράτος μέλος της Ε.Ε. ή του Ε.Ο.Χ. ή του Ο.Ο.Σ.Α., για την πιστοληπτική ικανότητα του οικονομικού φορέα με ημερομηνία έκδοσης εντός των τελευταίων τριάντα (30) εργάσιμων ημερών προ της υποβολής της. Στην εν λόγω βεβαίωση θα πρέπει να αναφέρεται ρητώς το ποσό το οποίο διατίθεται στον οικονομικό φορέα για χρηματοδότηση και πιστοδοτήσεις».

26. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα προσκόμισε με το φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής τη βεβαίωση της ... με ημερομηνία 17/2/2023, σύμφωνα με την οποία έχει εγκριθεί υπέρ της προσφεύγουσας όριο για έκδοση εγγυητικών επιστολών ποσού 50.000,00 ευρώ. Το απαιτούμενο, όμως, από τη Διακήρυξη ελάχιστο ύψος πιστοληπτικής ικανότητας για

χρηματοδοτήσεις ανέρχεται σε 692.207,32 ευρώ (εκτιμώμενη αξία τμημάτων για τα οποία συμμετέχει η προσφεύγουσα: 13.844.146,34*5%). Ενόψει του ότι η προσκόμιση της βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας με το απαιτούμενο από τη Διακήρυξη περιεχόμενο απαιτείτο, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις των άρθρων 2.2.5.γ', 2.4.3.1.γ', 2.2.8.1, και 2.2.8.2.B.3, επί ποινή αποκλεισμού με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής, ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας για τον επιπρόσθετο αυτό λόγο είναι σύμφωνος με τη Διακήρυξη. Ως εκ τούτου, απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η προσκομισθείσα βεβαίωση εκδόθηκε εκ παραδρομής από την Τράπεζα με το ποσό των 50.000,00 ευρώ μόνο για έκδοση εγγυητικών επιστολών και ότι επάρκεια της πιστοληπτικής της ικανότητας βεβαιώνεται με άλλη βεβαίωση της Τράπεζας ποσού 700.000,00 ευρώ για χρηματοδοτήσεις, η οποία εκδόθηκε την ίδια ημέρα, αλλά δεν προσκομίστηκε με την προσφορά. Τέλος, πρέπει να απορριφθεί ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας για τη δυνατότητα συμπλήρωσης της προσφοράς της, διότι τυχόν κλήση της να προσκομίσει νέα βεβαίωση θα οδηγούσε στην ανεπίτρεπτη από τα άρθρα 3.1.2.1 της Διακήρυξης και 102 ν. 4412/2016 αντικατάσταση επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενου δικαιολογητικού. Κατά συνέπεια και ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

27. Επειδή, κατόπιν των παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να διαταχθεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 23 Μαΐου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ- ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ