

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

8^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 8^η Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ιωάννης Κίτσος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 05.10.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1013/5-10-2018 της εταιρείας με την επωνυμία «... Α.Ε.», με έδρα στην ..., ..., οδός ...αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ..., που εδρεύει στην ..., ..., οδός ...αριθ. ..., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά α) Να ακυρωθεί η από 21.9.2018 (Φ. 600.1/129/348529) Απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος «που απορρίπτει τον υποβληθέντα Φάκελο Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Προσφοράς της ... και αναδεικνύει προσωρινό ανάδοχο την εταιρία ...ΑΕ.» στα πλαίσια του διαγωνισμού για την προμήθεια επενδυτών τύπου Fleece, β) Να γίνει δεκτός ο υποβληθείς από την προσφεύγουσα φάκελος Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Προσφοράς. γ) Να ανοιχθεί και να γίνει δεκτή η οικονομική προσφορά της και δ) Να αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος επί τω τέλει όπως κατακυρωθεί ο διαγωνισμός υπέρ αυτής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ίσο με το ελάχιστο κατά νόμο ποσό 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης, με κωδικό ..., με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

2. Επειδή με την με αριθμ. ...διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός, Ανοιχτός, Δημόσιος Διαγωνισμός, για την «*Προμήθεια 4.000 Τεμαχίων Επενδυτών Τύπου Fleece, για την Κάλυψη Αναγκών Ένδυσης Στελεχών Διαφόρων Βαθμών*», CPV ..., με κριτήριο ανάθεσης «*την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή)*», προϋπολογισθείσας δαπάνης 112.903,23 € χωρίς ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 30-3-2018 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε το συστημικό αριθμό

4. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016.

5. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα, η ...ΑΕ με τον διακριτικό τίτλο ...ΑΕ, με τις προσφορές τους υπ' αριθ. ...και ...αντίστοιχα, καθώς και δύο ακόμη οικονομικοί φορείς.

6. Επειδή με την υπ' αριθμ. Φ600.1/129/348529/21-9-2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, έγιναν αποδεκτά τα από 22 και 31 Μαΐου 2018 πρακτικά αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών καθώς και το από 30-8 πρακτικό αξιολόγησης οικονομικής προσφοράς της Επιτροπής του Διαγωνισμού και έγινε δεκτή η προσφορά (δικαιολογητικά συμμετοχής και τεχνική προσφορά) της εταιρείας «...ΑΕ», απορρίφθηκαν οι προσφορές των δύο άλλων οικονομικών φορέων καθώς και η προσφορά της προσφεύγουσας «για τους παρακάτω λόγους: (1) Η εταιρεία «...Ο.Ε.», η οποία δηλώθηκε από την εταιρεία «...Α.Ε.» ως κατασκευάστρια (στήριξη στην ικανότητα τρίτων), δεν διαθέτει ψηφιακή υπογραφή για την συμμετοχή της στο διαγωνισμό, κατά παράβαση των καθοριζομένων στο άρθρο 2 των γενικών όρων της υπόψη διακήρυξης και στο άρθρο 37 του Ν.4412/16. (2) Το υποβληθέν ΤΕΥΔ (Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης) της εταιρείας «...Ο.Ε.» φέρει ψηφιακή υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου της εταιρείας «...Α.Ε.» χωρίς ο τελευταίος να αποτελεί το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο για να την εκπροσωπεί στην υπόψη διαγωνιστική

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

διαδικασία, κατά παράβαση των καθοριζομένων στο άρθρο 9 των γενικών όρων της υπόψη διακήρυξης και στο άρθρο 79Α του Ν.4412/16.» Εν συνεχεία, έγινε αποδεκτή η οικονομική προσφορά της ...ΑΕ και ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος «...καθόσον η προσφερθείσα τιμή της υπόψη εταιρείας (19,30€/τεμ. χωρίς ΦΠΑ), είναι εντός της προϋπολογισθείσας αξίας, χωρίς να υφίσταται τιμή αρχείου...με το συνολικό κόστος της προμήθειας να ανέρχεται στο ποσό των εκατόν δέκα χιλιάδων ογδόντα επτά ευρώ και είκοσι λεπτών (110.087,20€), ήτοι $4.600\text{τεμ.} \times 19,30\text{€/τεμ.} = 88.780,00\text{€} + \text{ΦΠΑ } 24\% = 110.087,20\text{€}$, με προσαύξηση κατά 15% (600 τεμ. σε σχέση με την προϋπολογισθείσα ποσότητα ...». Η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς με το με αριθ. Β.600/442/348633/27-9-2018 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής και με ανάρτηση στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού 27-9-2018, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα ως αναφέρει στην σελ. 3 της προσφυγής.

7. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 5.10.2018, με κατάθεση μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 27.9.2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή την 5.10.2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στην προσωρινή ανάδοχο, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και προς τους δύο έτερους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς με μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, την 10.10.2018, απέστειλε στην ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικό μήνυμα τις απόψεις της επί της προσφυγής, και τον φάκελο του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 8ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, και κατόπιν της με αριθ. 1343/2018 Πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου «περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση αναθέτουσας αρχής προ χορήγησης προσωρινών μέτρων».

11. Επειδή η προσφεύγουσα, επικαλούμενη το άρθ. 2 παρ. 3, και άρθ. 2 των γενικών όρων της διακήρυξης, καθώς και το άρθ. 37 και 79 Α ν. 4412/2016, ισχυρίζεται ότι αβάσιμα και κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και του νόμου, απορρίφθηκε η προσφορά της διότι : « .. Το άρθρο 2 των γενικών όρων της διακήρυξης δεν απαιτεί τρίτοι (στήριξη στην ικανότητα τρίτων) να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή. Η απαίτηση αυτή υπάρχει μόνο ως προς το πρόσωπο των υποψήφιων οικονομικών φορέων, κατά ρητή απαίτηση και διατύπωση της παραγράφου 3 του άρθρου 2 της διακήρυξης Ούτε βεβαίως το άρθρο 37 του ν. 4412/2016 επιβάλλει τοιαύτη υποχρέωση. Είναι διαφορετικό ζήτημα να φέρουν τα υποβαλλόμενα δικαιολογητικά ψηφιακή υπογραφή και διαφορετικό το ζήτημα του προσώπου που διαθέτει την ψηφιακή υπογραφή. Στην προκειμένη περίπτωση ο νόμιμος εκπρόσωπος και διαχειριστής της τρίτης - σε σχέση με τον οικονομικό φορέα (δηλαδή την εταιρία μας) - ομόρρυθμης εταιρίας με την επωνυμία «...ΟΕ» δεν διέθετε ψηφιακή υπογραφή. Τούτο όμως δεν απαιτείτο ούτε από τη διακήρυξη ούτε από το νόμο. Απαιτείτο το ΤΕΥΔ της ως άνω ομόρρυθμης εταιρίας να φέρει ψηφιακή υπογραφή προσώπου νομίμως εξουσιοδοτημένου προς το σκοπό αυτό. Προς τούτο ο νόμιμος εκπρόσωπος και διαχειριστής της ως άνω εταιρίας ...εξουσιοδότησε νομίμως δι' Υπευθύνου Δηλώσεως υποβληθείσης στο φάκελο των Δικαιολογητικών Συμμετοχής τον ...να υπογράψει ψηφιακά αντ' αυτού τις σχετικές δηλώσεις, όπερ και εγένετο. Συνεπώς ουδεμία παραβίαση του άρθρου 2 της διακήρυξης ή του άρθρου 37 ν. 4412/2016 έλαβε χώρα..... Ωσαύτως αβάσιμος, νόμω και ουσία είναι και ο 2^{ος} λόγος απορρίψεως της προσφοράς μας. Όπως εκθέσαμε και παραπάνω, ο ..., διαχειριστής και νόμιμος εκπρόσωπος της ομόρρυθμης εταιρίας «ANTΩ...ΟΕ» νομίμως εξουσιοδότησε τον ..., ο οποίος τυγχάνει και νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας μας, να υπογράψει ψηφιακά τις σχετικές με τον παρόντα διαγωνισμό

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

δηλώσεις. Υπέγραψε δε και ο ίδιος - θέτοντας την φυσική του υπογραφή -το υποβληθέν ΤΕΥΔ, το οποίο έφερε και την ψηφιακή υπογραφή του ..., ώστε τόσο οι τυπικές όσο και οι ουσιαστικές απαιτήσεις του νόμου και της διακήρυξης να ικανοποιούνται. Δεν απαιτείται από το νόμο - ή τη διακήρυξη - να είναι ο διαχειριστής μας Ο.Ε., όπως εν προκειμένω ο ..., ο κάτοχος της ψηφιακής υπογραφής. Ωσαύτως δεν απαγορεύεται από το νόμο να παραχωρηθεί το δικαίωμα (και ψηφιακής) υπογραφής σε τρίτο προς την Ο.Ε πρόσωπο. Αρκεί το πρόσωπο που εξουσιοδοτεί τον τρίτο να έχει τοιαύτη εξουσία. Την εξουσία αυτή είχε εν προκειμένω - χωρίς αμφιβολία - ο διαχειριστής της Ο.Ε. Άλλωστε και σύμφωνα με το άρθρο 79Α του ν. 4412/2016, το οποίο έκρινε εφαρμοστέο και η προσβαλλομένη απόφαση, ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα - αλλά και του τρίτου (υπεργολάβου, κατασκευαστικού οίκου κλπ) - δεν νοείται μόνο ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού αλλά και το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο Φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό Φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης συμβάσεως όπως εν προκειμένω ο ..., ο οποίος νομίμως και αρμοδίως εξουσιοδοτήθηκε από το Διαχειριστή της τρίτης Ο.Ε να υπογράψει ψηφιακά το ΤΕΥΔ αυτής. Κατά συνέπεια και ο 2^{ος} λόγος απόρριψης της προσφοράς μας είναι αναληθής, νόμω και ουσία αβάσιμος.»

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις επί της προσφυγής, επικαλούμενη το άρθ. 25 παρ. 2 και 3, άρθ. 26 του Κανονισμού (ΕΕ) υπ' αριθμ. 910/2014, το άρθ. 2 του ΠΔ 150/2001 «Περί Προσαρμογής της Εθνικής Νομοθεσίας προς τις Διατάξεις της Οδηγίας 99/93/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με το Κοινοτικό Πλαίσιο για Ηλεκτρονικές Υπογραφές (ΕΕ L 13)», το άρθ. 2 παρ. 11 και 12, το άρθ. 36 παρ. 2, το άρθ. 37 παρ. 1 και 2, το άρθ. 79 Α παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, το άρθρο 8 παρ. 3 της ΚΥΑ 56902/215/ΦΕΚ Β 2.6.2017, τα άρθ. 2, 9 και 10 των γενικών όρων της διακήρυξης αναφέρει ότι «...Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι, η έννοια του «οικονομικού φορέα» είναι ευρύτερη και αντιδιαστέλλεται από αυτήν του «προσφέροντος», κατά το άρθρο 2 παρ. 1 περιπτώσεις 11 και 12 αντίστοιχα του Ν. 4412/16, κατά την οποία η έννοια του προσφέροντος δεν ταυτίζεται με την έννοια του οικονομικού φορέα αλλά αποτελεί έννοια είδους, ήτοι υποκατηγορία αυτής. Εξάλλου, γι' αυτό το λόγο η έννοια του οικονομικού φορέα έχει ως σημείο αναφοράς την ευρύτερη οικεία

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

αγορά και όχι τον εν θέματι διαγωνισμό. Συνεπώς, όπου στον Ν. 4412/16 και σε οιαδήποτε διάταξη νόμου ή εν γένει θεσπίζουσα κανόνα δικαίου, επιβάλλεται μια υποχρέωση ή προβλέπεται μια συμπεριφορά ή μια συνέπεια για «(οικονομικούς) φορείς» αυτή καταλαμβάνει μεν αλλά δεν εξαντλείται στους «προσφέροντες», αντίθετα εκτείνεται και σε κάθε άλλη κατηγορία «οικονομικού φορέα», όπως οι υπεργολάβοι και ιδίως οι τρίτοι φορείς του άρθρου 78 του Ν. 4412/16... καθίσταται σαφές ότι: α) η ψηφιακή υπογραφή στοχεύει στην αντικατάσταση της φυσικής υπογραφής παρέχοντας παράλληλα και τα εχέγγυα γνησιότητά της, ήτοι ταυτίζεται με την πρωτότυπη ιδιόγραφη υπογραφή, που φέρει θεώρηση γνησίου της, και β) συνιστά ουσιώδη τύπο, δεδομένης της υποχρεωτικής ηλεκτρονικής διαδικασίας υποβολής της προσφοράς, η παράλειψη του οποίου δεν δύναται να θεραπευθεί.... Από τα παραπάνω εκτεθέντα αυτοτελώς και συνδυαστικά ερμηνευόμενα καθίσταται σαφές ότι η εταιρεία «...Ο.Ε.» στις ικανότητες της οποίας δήλωσε ότι θα στηριχθεί η εταιρεία «...Α.Ε.» (στήριξη στην ικανότητα τρίτων), όφειλε να διαθέτει ψηφιακή υπογραφή για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό θέματος. Ωστόσο από την επισκόπηση της εν λόγω προσφοράς διαπιστώθηκε ότι το υποβληθέν ΤΕΥΔ της εταιρείας «...Ο.Ε.» φέρει φυσική υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου της (θεωρηθείσα ως ανύπαρκτη) και ψηφιακή υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου της εταιρείας «...Α.Ε.», κατά παράβαση των καθοριζομένων στα άρθρα 2 και 10 των γενικών όρων της (γ) σχετικής διακήρυξης και στο άρθρο 37 του Ν.4412/16. Το γεγονός εξάλλου ότι η εταιρεία «...Ο.Ε.» δεν διαθέτει ψηφιακή υπογραφή το αναγνωρίζει και η προσφεύγουσα στην ...προδικαστική προσφυγή της. Ως εκ τούτου, ο πρώτος προβαλλόμενος λόγος από την προσφεύγουσα εταιρεία, αναφορικά με τη μη υποχρέωση ψηφιακής υπογραφής από την εταιρεία «...Ο.Ε.», κρίνεται ως προδήλως αβάσιμος.Από την απλή επισκόπηση του περιεχομένου της προσφοράς της εταιρείας «...Α.Ε.» διαπιστώνεται ότι, στην υπόψη προσφορά έχει υποβληθεί υπεύθυνη δήλωση που συντάχθηκε και υπογράφηκε φυσικά από τον διαχειριστή της εταιρείας «...Ο.Ε.» (χωρίς οποιαδήποτε θεώρηση από αρμόδια αρχή και με ψηφιακή υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας «...Α.Ε.») και όπου δηλώνεται ότι ο διαχειριστής της εταιρείας «...Ο.Ε.» δεν διαθέτει ψηφιακή υπογραφή και εξουσιοδοτεί τον νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας «...Α.Ε.» να υπογράψει αντ' αυτού το ΤΕΥΔ της (και

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

όχι να την εκπροσωπήσει νόμιμα στον εν θέματι διαγωνισμό), κατά παράβαση των καθοριζομένων στο άρθρο 9 των γενικών όρων της (γ) σχετικής διακήρυξης και στο άρθρο 79Α του Ν.4412/16. Διευκρινίζεται ότι από το κατατεθέν πρακτικό της εταιρείας «...Ο.Ε.» δεν προκύπτει ότι το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο για να την εκπροσωπή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία είναι ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας «...Α.Ε.». Ως εκ τούτου, ο δεύτερος προβαλλόμενος λόγος από την προσφεύγουσα εταιρεία, αναφορικά με την εξουσιοδότηση ψηφιακής υπογραφής από την εταιρεία «...Ο.Ε.», κρίνεται ως προδήλως αβάσιμος....»

15. Επειδή η προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον άσκησε την υπό εξέταση προσφυγή, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά και επομένως εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης την οποία θεωρεί εσφαλμένη κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά της.

16. Επειδή στο άρθ. 362 ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Άσκηση προσφυγής - Άσκηση παρέμβασης» ορίζεται ότι « 1.... Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της. ..». Επίσης, σύμφωνα με το άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 « 1. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαιρέτα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4412/2016)...» Επομένως η προσφεύγουσα αβάσιμα ανυποστήρικτα αναπόδεικτα και απορριπτέα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αναδεικνύει προσωρινό ανάδοχο την συνδιαγωνιζόμενη ...ΑΕ δεδομένου ότι δεν περιέχονται στην προσφυγή αιτιάσεις, νομικοί και πραγματικοί ισχυρισμοί και λόγοι περί παράνομης συμμετοχής αυτής στην διαδικασία.

17. Επειδή στο άρθρο 367 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της.... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

ενέργεια[...]». Επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως στο μέτρο που αιτείται την αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας και δη εν συνόλω τόσο ως προς τα δικαιολογητικά της συμμετοχής, την τεχνική και την οικονομική προσφορά της, και την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου με απόφαση της ΑΕΠΠ, καθόσον σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της κανονιστικής αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, τόσο να τάξει στην αναθέτουσα αρχή την αποδοχή προσφοράς ή/και την κατακύρωση του διαγωνισμού, όσο και να αποφασίσει η ίδια η ΑΕΠΠ καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής τα ως άνω απαραδέκτως αιτούμενα. Ειδικότερα, παρότι λόγω της φύσης της προδικαστικής προσφυγής που εντάσσεται στο πλαίσιο των ενδικοφανών προσφυγών, θα ήταν δυνατή η κατ' ουσίαν επανεξέταση της υπόθεσης, δηλαδή η νέα έρευνα και η διαφορετική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών (ΣΤΕ 2971/1989), όμως η ΑΕΠΠ, ειδικά σύμφωνα με τον νόμο ως άνω, διαθέτει μόνο ακυρωτική εξουσία και αρμοδιότητα, σε αντίθεση με τον γενικό κανόνα των προδικαστικών προσφυγών, όπου το αρμόδιο όργανο προς το οποίο ασκείται μπορεί να ακυρώσει εν όλω ή εν μέρει την πράξη ή να την τροποποιήσει για λόγους ουσίας (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση 2017, σελ. 229). Έχει δε ad hoc κριθεί (ΣΤΕ ΕΑ 54/2018) ότι η ΑΕΠΠ δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς τα παραπάνω αιτήματα της προσφεύγουσας που κατατείνουν στην μεταρρύθμιση των προσβαλλόμενων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ασκούνται απαραδέκτως και τούτο διότι η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια μόνο για την ολική ή μερική ακύρωση αυτών, η οποία δεν εξικνείται έως την τροποποίησή τους.

18. Επειδή, στο άρθ. 25 του Ευρωπαϊκού Κανονισμού 910/2014 ορίζεται ότι : «..2. Η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή έχει νομική ισχύ ισοδύναμη με την ιδιόχειρη υπογραφή....», 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)

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

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.... 3. 'υπογράφων': φυσικό ή νομικό πρόσωπο, που κατέχει διάταξη δημιουργίας υπογραφής και ενεργεί είτε στο δικό του όνομα είτε στο όνομα άλλου φυσικού ή νομικού προσώπου ή φορέα. ...»

19. Επειδή κατά το άρθρο 2 του π.δ. 150/2001 (Α' 125) περί προσαρμογής της εθνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της οδηγίας 99/93/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με το κοινοτικό πλαίσιο για ηλεκτρονικές υπογραφές (EE L 13), «..νοούνται ως: 1. 'ηλεκτρονική υπογραφή': δεδομένα σε ηλεκτρονική μορφή, τα οποία είναι συνημμένα σε άλλα ηλεκτρονικά δεδομένα ή συσχετίζονται λογικά με αυτά και τα οποία χρησιμεύουν ως μέθοδος απόδειξης της γνησιότητας. 2. 'προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή' ή 'ψηφιακή υπογραφή': ηλεκτρονική υπογραφή, που πληροί τους εξής όρους: α) συνδέεται μονοσήμαντα με τον υπογράφοντα, β) είναι ικανή να καθορίσει ειδικά και αποκλειστικά την ταυτότητα του υπογράφοντος, γ) δημιουργείται με μέσα τα οποία ο υπογράφων μπορεί να διατηρήσει υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο και δ) συνδέεται με τα δεδομένα στα οποία αναφέρεται κατά τρόπο, ώστε να μπορεί να εντοπισθεί οποιαδήποτε μεταγενέστερη αλλοίωση των εν λόγω δεδομένων. 3. 'υπογράφων': φυσικό ή νομικό πρόσωπο, που κατέχει διάταξη δημιουργίας υπογραφής και ενεργεί είτε στο δικό του όνομα είτε στο όνομα άλλου φυσικού ή νομικού προσώπου ή φορέα. 4. 'δεδομένα δημιουργίας υπογραφής': μονοσήμαντα δεδομένα, όπως κώδικες ή ιδιωτικά κλειδιά κρυπτογραφίας, που χρησιμοποιούνται από τον υπογράφοντα για τη δημιουργία ηλεκτρονικής υπογραφής... 7. 'δεδομένα επαλήθευσης υπογραφής': δεδομένα, όπως κώδικες, ή δημόσια κλειδιά κρυπτογραφίας, τα οποία χρησιμοποιούνται για την επαλήθευση της ηλεκτρονικής υπογραφής.... 9. 'πιστοποιητικό': ηλεκτρονική βεβαίωση, η οποία συνδέει δεδομένα επαλήθευσης υπογραφής με ένα άτομο και επιβεβαιώνει την ταυτότητά του. 10. 'αναγνωρισμένο πιστοποιητικό': πιστοποιητικό που πληροί τους όρους του Παραρτήματος I και εκδίδεται από πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης» Στο άρθρο 3 του δ/τος αυτού ορίζονται τα εξής: « 1. Η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που βασίζεται σε αναγνωρισμένο πιστοποιητικό και δημιουργείται από ασφαλή διάταξη δημιουργίας υπογραφής επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής τόσο στο ουσιαστικό όσο και στο

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

δικονομικό δίκαιο. 2. Η ισχύς της ηλεκτρονικής υπογραφής ή το παραδεκτό της ως αποδεικτικού στοιχείου δεν αποκλείεται από μόνο τον λόγο ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της προηγούμενης παραγράφου ».

20. Επειδή, στο άρθρο 2 παρ. 1 περ. 11 του ν. 4412/2016 αναφέρεται ρητώς ότι «...ως οικονομικός φορέας νοείται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των προσώπων ή/και φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει στην αγορά εκτέλεση εργασιών ή/και έργου, προμήθεια προϊόντων ή παροχή υπηρεσιών». Διακρίνεται δε στην παρ. 12 ότι «...ως προσφέρων νοείται οικονομικός φορέας που έχει υποβάλει προσφορά».

21. Επειδή η παρ. 1 του άρθ. 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων ...».

22. Επειδή στο άρθ. 36 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Υποχρέωση χρήσης – Λειτουργία ΕΣΗΔΗΣ» προβλέπεται ρητώς ότι : « 1. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. ... 5. Με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού ρυθμίζονται, για τις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, τα τεχνικά ζητήματα που αφορούν: α) τη λειτουργία της ηλεκτρονικής πύλης ΕΣΗΔΗΣ, τη δομή και το περιεχόμενό της, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 3979/ 2011 και του ΠΗΔ, τη διαβάθμιση των χρηστών, τον τρόπο πρόσβασης και μελέτης των εγγράφων των διαγωνισμών και τη δημιουργία και χορήγηση αντιγράφων με χρήση ΤΠΕ, τα αντίστοιχα αναγνωριστικά και διαπιστευτήρια και τα ειδικότερα θέματα και μεθόδους εγγραφής, αυθεντικοποίησης, την πολιτική ασφάλειας του δικτυακού τόπου και την εφαρμογή της κείμενης νομοθεσίας για την προστασία προσωπικών

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

δεδομένων των χρηστών του ΕΣΗΔΗΣ, β) τον προσδιορισμό του περιεχομένου, των κανόνων και λεπτομερειών χρήσης των επιμέρους εργαλείων του ΕΣΗΔΗΣ, όπως της διαδικτυακής διαχείρισης αιτημάτων και πληροφοριών, της χρήσης προτύπων και υποδειγμάτων, της ηλεκτρονικής κοινοποίησης, της διαδικασίας ηλεκτρονικής σύναψης των δημόσιων συμβάσεων, των ηλεκτρονικών καταλόγων, των ηλεκτρονικών πλειστηριασμών, των δυναμικών συστημάτων αγορών, των ηλεκτρονικών παραγγελιών, της ηλεκτρονικής τιμολόγησης, των ηλεκτρονικών πληρωμών, γ) τους όρους και τις προϋποθέσεις για την υποβολή, τη γνωστοποίηση, τη διακίνηση εγγράφων μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, τον τύπο και το περιεχόμενό τους, τον προσδιορισμό του χρόνου αποστολής ή παραλαβής και τον υπολογισμό των προθεσμιών, τεκμήρια γνωστοποίησης και απόκτησης πρόσβασης από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, καθώς και τον τρόπο και την απόδειξη πρόσβασης σε έγγραφα μέσω του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. και χορήγησης αντιγράφων...»

23. Επειδή, στο αρθ. 8 παρ. 3 της ΥΑ 56902/215/ΦΕΚ Β΄ 1924/2-6-2017 με θέμα «Τεχνικές Λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.)» 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...», ενώ το άρ. 12 ορίζεται ότι «..1.2.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)* και εφόσον έχουν συνταχθεί/ παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

την παρ. 3 του άρθρου 8, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής....»

24. Επειδή το άρθ. 37 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο « Πολιτική ασφαλείας ΕΣΗΔΗΣ (άρθρο 22 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζει ότι : « 1. Το επίπεδο ασφαλείας του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. 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: α) να είναι διαθέσιμες στους ενδιαφερομένους οι πληροφορίες σχετικά με τις προδιαγραφές για την ηλεκτρονική υποβολή προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής, συμπεριλαμβανομένης της κρυπτογράφησης και της χρονοσήμανσης, β) να απαιτούνται προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές, όπως ορίζονται στο π.δ. 150/2001 (Α΄ 125). Οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να αποδέχονται τις προηγμένες ηλεκτρονικές υπογραφές που υποστηρίζονται από αναγνωρισμένο πιστοποιητικό, λαμβάνοντας υπόψη αν τα πιστοποιητικά χορηγούνται από έναν πάροχο υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης που προβλέπεται στην απόφαση 2009/ 767/ΕΚ της Επιτροπής, ανεξάρτητα από το αν έχουν δημιουργηθεί με ή χωρίς ασφαλή διάταξη δημιουργίας υπογραφών, με την επιφύλαξη της συμμόρφωσης με τις ακόλουθες προϋποθέσεις: αα) οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να καθορίζουν τον απαιτούμενο μορφότυπο προηγμένων υπογραφών, βάσει των μορφοτύπων που έχουν θεσπιστεί με την Απόφαση 2011/130/ΕΕ της Επιτροπής και να θέτουν σε εφαρμογή τα αναγκαία μέτρα ώστε να είναι σε θέση να επεξεργαστούν τεχνικά τους εν λόγω μορφότυπους· όταν χρησιμοποιείται διαφορετικός μορφότυπος ηλεκτρονικής υπογραφής, τότε η ηλεκτρονική υπογραφή ή ο φορέας του ηλεκτρονικού εγγράφου περιλαμβάνει πληροφορίες σχετικά με τις ισχύουσες δυνατότητες επικύρωσης, υπό την ευθύνη της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΤΤ). Οι δυνατότητες επικύρωσης επιτρέπουν στην αναθέτουσα αρχή να επικυρώνει, σε σύγχρονη σύνδεση, δωρεάν και κατά τρόπο κατανοητό για άτομα με διαφορετική μητρική γλώσσα, την ηλεκτρονική υπογραφή που έχει παραληφθεί, ως προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, υποστηριζόμενη από αναγνωρισμένο πιστοποιητικό. Η ΕΕΤΤ κοινοποιεί τις πληροφορίες σχετικά με τον πάροχο των υπηρεσιών επικύρωσης στην Επιτροπή. ββ) σε περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

προσφορών που υπογράφονται με την υποστήριξη αναγνωρισμένου πιστοποιητικού που περιλαμβάνεται στον κατάλογο εμπιστευσης, οι αναθέτουσες αρχές δεν πρέπει να εφαρμόζουν πρόσθετες απαιτήσεις που ενδέχεται να εμποδίσουν τη χρήση των εν λόγω υπογραφών από τους προσφέροντες. Για τα έγγραφα που χρησιμοποιούνται στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης και υπογράφονται από αρμόδια αρχή κράτους - μέλους ή άλλο φορέα έκδοσης, η αρμόδια αρχή ή φορέας έκδοσης μπορεί να καθορίζει τον απαιτούμενο μορφότυπο προηγμένων υπογραφών, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της παρ. 2 του άρθρου 1 της Απόφασης 2011/130/ΕΕ. Επίσης, θέτει σε εφαρμογή τα μέτρα που είναι αναγκαία ώστε να είναι σε θέση να επεξεργαστεί τεχνικά τους μορφότυπους αυτούς, συμπεριλαμβάνοντας στο σχετικό έγγραφο τις πληροφορίες που απαιτούνται για την επεξεργασία της υπογραφής. Τα έγγραφα αυτά περιλαμβάνουν στην ηλεκτρονική υπογραφή ή στο φορέα του ηλεκτρονικού εγγράφου πληροφορίες σχετικά με τις υφιστάμενες δυνατότητες επικύρωσης που επιτρέπουν την επικύρωση της παραλαμβανόμενης ηλεκτρονικής υπογραφής σε σύγχρονη σύνδεση, δωρεάν και κατά τρόπο κατανοητό για τα άτομα με διαφορετική μητρική γλώσσα....»

25. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως :ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς. ...κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κλπ.)...».

26. Επειδή το άρθρο 78 του ν. 4412/2016 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζει ότι « 1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς..... Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως,

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74.....»

27. Επειδή στο άρθ. 79 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι: « 1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν.... 2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίωνοι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 ...Τα δεύτερο έως πέμπτο εδάφια της παραγράφου 1 εφαρμόζονται αναλόγως και στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων.»

28. Επειδή στο άρθ. 79 Α του ν. 4412/2016 με τίτλο «Υπογραφή Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης» ορίζεται ότι: « 1. Κατά την υποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του άρθρου 79, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

του οικονομικού φορέα η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν. 2. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. 3. Το παρόν άρθρο εφαρμόζεται και για την υπογραφή του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) το οποίο εκδίδει η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) »

29. Επειδή βάσει του άρθρου 91 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ...»

30. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 93 του ν.4412/2016, «Περιεχόμενο φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» ορίζεται ότι «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει: ...β) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων: αα) υπεύθυνη δήλωση κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 79, ββ) εγγύηση συμμετοχής, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 72...»

31. Επειδή, στον όρο 4 (σελ. 5) της διακήρυξης προβλέπεται ότι «Ο διαγωνισμός θα πραγματοποιηθεί με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του συστήματος, (διαδικτυακός τόπος υποβολής προσφοράς)...» Περαιτέρω, στους γενικούς όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι «...**Άρθρο 2^ο Δικαιούμενοι Συμμετοχής** 3. Για την συμμετοχή στο διαγωνισμό, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής και να εγγραφούν στο ηλεκτρονικό σύστημα (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), διαδικτυακή πύλη: www.promitheus.gov.gr. σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στα άρθρα 36 και 37 του Ν.4412/16..... **Άρθρο 9^ο Κατάρτιση και Υποβολή Προσφορών – Χρόνος και Τόπος Υποβολής Προσφορών** 1.

Οι προσφορές υποβάλλονται από τους οικονομικούς φορείς, ηλεκτρονικά, με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), μέσω της διαδικτυακής πύλης: www.promitheus.gov.gr, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζει η παρούσα διακήρυξη, στην ελληνική γλώσσα, σε ηλεκτρονικό φάκελο, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο Ν.4155/13 (ΦΕΚΑ/29-5-2013), στα άρθρα 27 και 92, 93, 94 και 95 του Ν.4412/16, καθώς και στις διατάξεις της ΥΑ 56902/215/02.06.2017....Επιπρόσθετα διευκρινίζονται τα παρακάτω:... 4. Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», υποβάλλονται όλα τα απαιτούμενα κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 93 και 94 του Ν.4412/16. Αναφορικά με την υποβολή στον προαναφερόμενο (υπο)φάκελο, του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν. 4412/16, ακολουθείται η παρακάτω διαδικασία: α. Η αναθέτουσα αρχή δημιουργεί (συμπληρώνοντας και επιλέγοντας τα κατάλληλα πεδία) το ΤΕΥΔ, για την συγκεκριμένη διακήρυξη, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στην υπ' αριθμ. 158/2016 απόφαση (ΦΕΚ Β' 3698/2016) [Έγκριση "Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης" (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), για διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων των οδηγιών] . β. Ο προσφέρων: (1) Αναζητεί το εν λόγω αρχείο από το Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στο φάκελο του συγκεκριμένου διαγωνισμού, σε μορφή επεξεργάσιμου αρχείου (.doc), το αποθηκεύει στον Η/Υ του και συμπληρώνει τα απαιτούμενα πεδία που έχουν καθοριστεί από την αναθέτουσα αρχή. (2) Υπογράφει ψηφιακά το αρχείο του ΤΕΥΔ που συνέταξε σε μορφή (.pdf) και το υποβάλλει στον (υπο)φάκελο της προσφοράς του με τα λοιπά δικαιολογητικά συμμετοχής. (3) **Υποβάλλει με τα λοιπά δικαιολογητικά συμμετοχής, νομιμοποιητικό έγγραφο της εταιρείας (καταστατικό, πρακτικό εκπροσώπησης κλπ), με το οποίο να πιστοποιείται το φυσικό πρόσωπο που εκπροσωπεί την εταιρεία και**

υπογράφει το ΤΕΥΔ. Διευκρίνιση 2η: Κατά την υποβολή του ΤΕΥΔ του άρθρου 79 του Ν.4412/16, είναι δυνατή με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο άρθρο 79Α του Ν.4412/16. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα για την εφαρμογή του άρθρου 79 του Ν.4412/16, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης....β. Επισημαίνεται ότι τα δικαιολογητικά ή τα άλλα στοιχεία των υποφακέλων «Δικαιολογητικά συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς» του προσφέροντος, υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου τύπου (.pdf) και προσκομίζονται σε έντυπη μορφή (με διαβιβαστικό όπου θα αναφέρονται αναλυτικά τα προσκομιζόμενα δικαιολογητικά) κατά περίπτωση από αυτόν, εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή,στ. Σε περίπτωση μη υποβολής ή υποβολής κατά παρέκκλιση, των απαιτήσεων της διακήρυξης, δικαιολογητικών των υποφακέλων «Δικαιολογητικά συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς», η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη....**Άρθρο 10^ο Στήριξη στην Ικανότητα Τρίτων** 1. Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο άρθρο 78 του Ν.4412/16. Σε αυτή την περίπτωση ο οικονομικός φορέας οφείλει να συμπληρώσει το αντίστοιχα πεδία του ΤΕΥΔ του (Μέρος II – Τμήμα Γ και/ή Μέρος IV – Τμήμα Γ – Ανάθεση Τμήματος Σύμβασης σε Υπεργολάβο) και επιπλέον οι υπόψη οντότητες απαιτείται να καταθέσουν **ξεχωριστό ΤΕΥΔ ψηφιακά υπογεγραμμένο από αυτές καθώς επίσης και νομιμοποιητικά έγγραφα (καταστατικό, πρακτικό εκπροσώπησης κλπ), με το οποίο να πιστοποιείται το φυσικό πρόσωπο των οντοτήτων που τις εκπροσωπεί και υπογράφει το ΤΕΥΔ τους.**

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

Υποχρέωση υποβολής ΤΕΥΔ υπέχουν και οντότητες στις οποίες ενδεχομένως προτίθεται να στηριχτούν οι αρχικές οντότητες (άμεσος – έμμεσος δανεισμός εμπειρίας) 2. Επισημαίνεται ότι, οι κατασκευαστές των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων δεν αποτελούν, κατά γενικό κανόνα, τρίτους φορείς, υπό την έννοια των διατάξεων του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 (αντίστοιχο άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), στις ικανότητες των οποίων αυτοί στηρίζονται και, συνεπώς, δεν απαιτείται η υποβολή ΤΕΥΔ εκ μέρους τους, με την επιφύλαξη των οριζόμενων στην επόμενη παράγραφο...»

32. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

33. Επειδή σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000) Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725,

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάσει των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

34. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

35. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, οπότε τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009).

36. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 25 και C-599/10, *SAG ELV Slovenko* κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 27).

37. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

38. Επειδή, με βάση το οικείο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο και δη τον Εκτελεστικό Κανονισμό (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016 σε συνδυασμό με του Ευρωπαϊκό Κανονισμό 910/2014 και την ΥΑ 56902/215/ΦΕΚ Β΄1924/2-6-2017 με θέμα «*Τεχνικές Λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.)*» (βλ. και αναλογικά σχετική Κατευθυντήρια Οδηγία 15 Απόφαση 161/2016 της ΕΑΑΔΗΣΥ με αριθμό πρωτ. 5797/25-11-2016 ως προς το ΤΕΥΔ το οποίο εκπονήθηκε κατ' αντιστοιχία με το ΕΕΕΣ, όσον αφορά την υποχρέωση ψηφιακής υπογραφή του ΕΕΕΣ από τον κατά περίπτωση υπόχρεο οικονομικό φορέα δεν γεννάται εξαίρεση για κάποιους οικονομικούς φορείς, άλλως δεν περιορίζεται η υποχρέωση αυτή στους προσφέροντες, οι οποίοι αναφέρονται στον Εκτελεστικό Κανονισμό (ΕΕ) 2016/7 ως **κύριοι οικονομικοί φορείς** σε αντιδιαστολή με τους λοιπούς οικονομικούς φορείς. Ειδικότερα, η έννοια του «οικονομικού φορέα» είναι ευρύτερη και αντιδιαστέλλεται από αυτήν του «προσφέροντος», κατ' άρ. 2

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

παρ. 1 περ. 11 και 12 αντίστοιχα ν. 4412/2016, κατά το οποίο η έννοια του προσφέροντος δεν ταυτίζεται με την έννοια του οικονομικού φορέα αλλά αποτελεί έννοια είδους, ήτοι υποκατηγορία αυτής (βλ. σκέψη 20). Για τον λόγο αυτό, η έννοια του οικονομικού φορέα έχει ως σημείο αναφοράς την ευρύτερη οικεία αγορά και όχι τον εκάστοτε προσφέροντα στον εν θέματι διαγωνισμό. Συνεπώς, όπου στον ν. 4412/2016 και σε οιαδήποτε διάταξη νόμου ή εν γένει θεσπίζουσα κανόνα δικαίου, επιβάλλεται μια υποχρέωση ή προβλέπεται μια συμπεριφορά ή μια συνέπεια για «οικονομικούς φορείς» αυτή καταλαμβάνει μεν αλλά δεν εξαντλείται στους «προσφέροντες», αντίθετα εκτείνεται, όπως εν προκειμένω, και σε κάθε άλλη κατηγορία «οικονομικού φορέα», όπως οι υποψήφιοι, καθώς και οι υπεργολάβοι και ιδίως οι τρίτοι φορείς του άρ. 78 Ν. 4412/2016 (σκέψη 26). Εξ άλλου σύμφωνα με τον νόμο, καθίσταται σαφές ότι το ΤΕΥΔ υποχρεωτικά υπογράφεται ψηφιακά ανεξαρτήτως εάν αφορά στον προσφέροντα ή στον τρίτο οικονομικό φορέα. Τούτο προβλέπεται ρητώς και σαφώς στο άρθ. 10 της διακήρυξης, όπου στην περίπτωση που ο προσφέρων δήλωσε στο ΤΕΥΔ που κατέθεσε ότι στηρίζεται στην ικανότητα τρίτων απαιτείται ξεχωριστό ΤΕΥΔ ψηφιακά υπογεγραμμένο από τον τρίτο φορέα (σκέψη 31), δηλ. σε περίπτωση νομικού προσώπου, υπογεγραμμένο ψηφιακά ρητά από το φυσικό πρόσωπο που εκπροσωπεί τον τρίτο φορέα. Στην περίπτωση αυτή απαιτείται και η προσκόμιση των νομιμοποιητικών εγγράφων (ως ίδια καταστατικό, πρακτικό εκπροσώπησης, νόμιμη εξουσιοδότηση/ πληρεξούσιο/εντολή εκπροσώπησης στον διαγωνισμό), από τα οποία να προκύπτει ότι ο υπογράφων ψηφιακά το ΤΕΥΔ εκπροσωπεί τον τρίτο φορέα. Οι ίδιες υποχρεώσεις υποβολής ψηφιακά υπογεγραμμένου ΤΕΥΔ από τον τρίτο οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου δηλώνει ότι στηρίζεται ο προσφέρων προβλέπονται ρητώς και σαφώς στον νόμο, και ιδία στο άρθ. 78 του ν. 4412/2016 (σκέψη 26), σύμφωνα με το οποίο η ικανότητα του τρίτου οικονομικού φορέα ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με το άρθ. 79 του νόμου (σκέψη 27), δηλαδή επί της βάσει του ΤΕΥΔ που υποβάλλεται από αυτόν. Σε κάθε δε περίπτωση σύμφωνα με το άρθ. 79 Α, το ΤΕΥΔ υπογράφεται είτε από τον νόμιμο εκπρόσωπο του τρίτου οικονομικού φορέα στον οποίο αφορά, είτε από αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα γενικά για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή ειδικά για την συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

σύμβασης (σκέψη 28). Συνεπώς, κατά το γράμμα και την έννοια του νόμου και της διακήρυξης το πρόσωπο που δικαιούται να υπογράψει ψηφιακά παραδεκτό ΤΕΥΔ τρίτου οικονομικού φορέα στην ικανότητα του οποίου δήλωσε ότι στηρίζεται ο προσφέρων, οφείλει σωρευτικά αφ' ενός μεν να διαθέτει ψηφιακή υπογραφή και αφ' ετέρου δε να εκπροσωπεί νομίμως τον τρίτο οικονομικό φορέα είτε επί βάσει ειδικής εξουσιοδότησης εκπροσώπησης είτε επί τη βάση της γενικής εκπροσώπησης των νομικών προσώπων. Εξ άλλου, προκύπτει ρητώς και σαφώς από τη διακήρυξη ότι απαιτείται από κάθε οικονομικό φορέα είτε προσφέροντα είτε τρίτο να έχει ψηφιακή υπογραφή καθώς και η θέση ψηφιακής υπογραφής σε κάθε υποβαλλόμενο στα πλαίσια του διαγωνισμού ΤΕΥΔ, ανεξαρτήτως εάν αυτό αφορά στον προσφέροντα ή στον τρίτο οικονομικό φορέα, καθώς απαιτείται σε κάθε περίπτωση χωριστά και διακεκριμένα τόσο ο προσφέρων όσο και ο τρίτος οικονομικός φορέας, όπως εκπροσωπούνται νόμιμα από φυσικά πρόσωπα να θέτει ο κάθε ένας την ψηφιακή υπογραφή του στο ΤΕΥΔ που τον αφορά και να πιστοποιεί έτσι δεσμευτικά εξατομικευμένα και διακριτά ο κάθε ένας τα δηλούμενα στο ΤΕΥΔ στοιχεία (σκέψη 31, όρος 4, άρθ. 2, άρθ. 7^ο διευκρίνιση 2^η σχετικά με το ΤΕΥΔ του υπεργολάβου, άρθ. 9^ο σχετικά με το ΤΕΥΔ του προσφέροντος, άρθ. 10^ο σχετικά με το ΤΕΥΔ του τρίτου οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου δήλωσε ότι στηρίζεται ο προσφέρων.) Συνεπώς από τις σαφείς και ρητές διατάξεις του νόμου και όρους της διακήρυξης το φυσικό πρόσωπο το οποίο απαιτείται να υπογράψει ψηφιακά το υποβαλλόμενο ΤΕΥΔ πρέπει να είναι ο εκπρόσωπος αυτός καθ' εαυτός του νομικού προσώπου στο οποίο αφορά το ΤΕΥΔ (προσφέροντα ή τρίτο φορέα) και μάλιστα είτε ο εκπρόσωπος κατά τις γενικές διατάξεις είτε ο ειδικός εκπρόσωπος για τον συγκεκριμένο διαγωνισμό ή εν γένει για τους δημόσιους διαγωνισμούς βάσει ειδικής προς τούτο εξουσιοδότησης. Εν προκειμένω ο νόμος και η διακήρυξη δεν αρκούνται σε απλή εξουσιοδότηση προς υπογραφή του ΤΕΥΔ ήτοι δεν αρκεί η υπογραφή του ΤΕΥΔ από απλούς βοηθούς εκπλήρωσης αλλά αντίθετα απαιτείται υπογραφή του ΤΕΥΔ από τον εκπρόσωπο του φορέα στον οποίο αφορά το ΤΕΥΔ. Συνεπώς είναι απορριπτέος ως αβάσιμος ο ισχυρισμός της προσφυγής ότι αρκεί η εξουσιοδότηση για διαδικασίες σύναψης της σύμβασης και ίδια ότι αρκεί η εξουσιοδότηση μόνο και διακεκριμένα για την πράξη θέσης ψηφιακής υπογραφής στο ΤΕΥΔ. Περαιτέρω, από το σύνολο της κείμενης

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

νομοθεσίας καθίσταται σαφές ότι η απαιτούμενη ψηφιακή υπογραφή στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων στοχεύει στην αντικατάσταση της φυσικής υπογραφής, παρέχοντας παράλληλα και τα εχέγγυα της γνησιότητάς της (σκέψη 18, 19, 22), ενώ συνιστά sine qua non προϋπόθεση παραδεκτής υποβολής του εγγράφου, δεδομένης της υποχρεωτικής ηλεκτρονικής διαδικασίας υποβολής της προσφοράς (σκέψη 23, 24).

39. Επειδή, όπως προκύπτει από τα έγγραφα του διαγωνισμού ως είναι αναρτημένα στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο στο ΕΣΗΔΗΣ, στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε η προσφεύγουσα δήλωσε *ΝΑΙ* στο Τμήμα «Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων ΦΟΡΕΩΝ» στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;» Στο σημείο τούτο του ΤΕΥΔ –όπως και ως άνω σε πλείστους άλλους όρους της διακήρυξης (σκέψη 31)- ρητά αναφέρεται «*Εάν ναι, επισυνάψτε χωριστό έντυπο ΤΕΥΔ με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τις ενότητες Α και Β του παρόντος μέρους και σύμφωνα με το μέρος III, για κάθε ένα από τους σχετικούς φορείς, δεόντως συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο από τους νομίμους εκπροσώπους αυτών.*» Στην προσφορά κατατέθηκε και το ΤΕΥΔ του τρίτου οικονομικού φορέα ...ΟΕ στο Τμήμα Β του οποίου με τον τίτλο «*Πληροφορίες σχετικά με τους νόμιμους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα*» στο ερώτημα «*Εκπροσώπηση, εάν υπάρχει: Ονοματεπώνυμο*» δηλώθηκε ως νόμιμος εκπρόσωπος το φυσικό πρόσωπο «...» και εν συνεχεία το ΤΕΥΔ εμφανίζεται στο τέλος να φέρει φυσική –και όχι την ψηφιακή- υπογραφή κάτω από το ονοματεπώνυμο Στην πρώτη σελίδα του ΤΕΥΔ εμφανίζεται η ένδειξη «*Ψηφιακά υπογεγραμμένο από ...*», ο οποίος είναι η δηλωθείς εκπρόσωπος της προσφεύγουσας στο ΤΕΥΔ της προσφεύγουσας. Στην προσφορά κατατέθηκε επίσης Υπεύθυνη Δήλωση του εκπροσώπου του τρίτου οικονομικού φορέα η οποία φέρει την φυσική –και όχι την ψηφιακή- υπογραφή παραπλεύρως του ονοματεπώνυμου ...όπου αναφέρεται «*ΕΞΟΥΣΙΟΔΟΤΩ ΤΟΝ ...ΟΠΩΣ ΥΠΟΓΡΑΨΕΙ ΨΗΦΙΑΚΑ ΑΝΤΙ ΕΜΟΥ ΤΙΣ ΣΧΕΤΙΚΕΣ ΔΗΛΩΣΕΙΣ ΔΙΟΤΙ ΔΕΝ ΔΙΑΘΕΤΩ ΨΗΦΙΑΚΗ ΥΠΟΓΡΑΦΗ*», ενώ στην πάνω δεξιά γωνία της δήλωσης εμφανίζεται «*Ψηφιακά υπογεγραμμένο*

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

από ...». Συνεπώς το ΤΕΥΔ του τρίτου οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου δήλωσε ότι στηρίζεται ο προσφέρων δεν φέρει την ψηφιακή υπογραφή του δηλωθέντος ως νομίμου εκπροσώπου του ήτοι του ..., ως αντίθετα απαιτείται από την διακήρυξη και τον νόμο. Εξ άλλου ο ... ο οποίος εμφανίζεται να έχει υπογράψει ψηφιακά το ΤΕΥΔ του τρίτου οικονομικού φορέα έχει εξουσιοδοτηθεί όπως απλώς υπογράψει το ΤΕΥΔ αντί του νομίμου εκπροσώπου ...ήτοι όπως προβεί σε συγκεκριμένη πράξη ως βοηθός εκπλήρωσης του νομίμου εκπροσώπου ...και δεν εκπροσωπεί τον τρίτο οικονομικό φορέα ως αντίθετα απαιτείται από την διακήρυξη και τον νόμο. Συνεπώς σύμφωνα με τον ρητό όρο του άρθ. 9 περ. στ' της διακήρυξης η προσφορά είναι απορριπτέα κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, επειδή τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής και ιδία το ΤΕΥΔ του τρίτου οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου δήλωσε ότι στηρίζεται η προσφεύγουσα υποβλήθηκε κατά παρέκκλιση των απαιτήσεων της διακήρυξης, χωρίς να φέρει την ψηφιακή υπογραφή ούτε του νομίμου εκπροσώπου αυτής ούτε προσώπου εξουσιοδοτημένου όπως τον εκπροσωπήσει στον διαγωνισμό ή εν γένει στους δημόσιους διαγωνισμούς, Η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα ερμηνεία περί μη υποχρεωτικής ψηφιακής υπογραφής του ΕΕΕΣ από τον ίδιο τον εκπρόσωπο του τρίτου οικονομικού φορέα, αλλά από πρόσωπο απλώς εξουσιοδοτημένου προς μόνη την υπογραφή του ΤΕΥΔ είναι εσφαλμένη και θα οδηγούσε, εάν ίσχυε, σε πλήρη καταστρατήγηση των διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης και ασφαλώς και της αρχής της νομιμότητας της τυπικότητας και της διαφάνειας της διαδικασίας καθώς θα έδινε τη δυνατότητα άνισων όρων κρίσης οικονομικών φορέων για τους οποίους ζητείται η απόδειξη ή προαπόδειξη των αυτών στοιχείων και καταστάσεων στα πλαίσια μιας ενιαίας ηλεκτρονικής διαδικασίας, η οποία διέπεται από συγκεκριμένους υποχρεωτικούς, έναντι όλων, κανόνες. Συνεπώς για τους λόγους αυτούς, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί και οι λόγοι της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

40. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

41. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

Αριθμός απόφασης: 1025/2018

42. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 08.11.2018 και εκδόθηκε την 28.11.2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Αικατερίνη Παπαδοπούλου