

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21.05.2021 με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.04.2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 767/12.04.2021 της εταιρίας με την επωνυμία «...» και με δ.τ. «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ... (...) και της με αριθ. Φ.600.163/37/413480Σ 936/31.03.21 απόφασης της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία κρίθηκε η απόρριψη της προσφοράς της «...» για το Τμήμα 1 (ΚΥΤ ΛΕΣΒΟΥ) κατόπιν μη αποδοχής των διευκρινίσεων που αυτή υπέβαλε.

2. Επειδή, η ... (...) προκήρυξε με την υπ'αριθ. ... Διακήρυξη ηλεκτρονικό, ανοικτό διαγωνισμό, άνω των ορίων, με αντικείμενο την ..., συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 725.273,75 €, σε 5 Τμήματα, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής ανά Τμήμα. Η διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 17.06.2020, η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ: ... και στην ηλεκτρονική πύλη

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 19.06.2020 , όπου έλαβε αριθμό : Το αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης υποδιαιρείται στα ακόλουθα τμήματα: Τμήμα 1: Προμήθεια ειδών Α΄ ανάγκης για το ΚΥΤ Λέσβου, εκτιμώμενης (καθαρής) αξίας 373.360,00 € πλέον ΦΠΑ 17%, Τμήμα 2: Προμήθεια ειδών Α΄ ανάγκης για το ΚΥΤ Χίου, εκτιμώμενης (καθαρής) αξίας 132.270,00 € πλέον ΦΠΑ 17%, Τμήμα 3: Προμήθεια ειδών Α΄ ανάγκης για το ΚΥΤ Σάμου, εκτιμώμενης (καθαρής) αξίας 139.479,95 € πλέον ΦΠΑ 17%, Τμήμα 4: Προμήθεια ειδών Α΄ ανάγκης για το ΚΥΤ Λέρου, εκτιμώμενης (καθαρής) αξίας 44.203,80 € πλέον ΦΠΑ 17%, Τμήμα 5: Προμήθεια ειδών Α΄ ανάγκης για το ΚΥΤ Κω, εκτιμώμενης (καθαρής) αξίας 35.960,00 € πλέον ΦΠΑ 17%. Κατά τους όρους της διακήρυξης, οι προσφέροντες δύνανται να υποβάλουν προσφορά για κάθε τμήμα ξεχωριστά, από ένα (1) έως και τρία (3) τμήματα (ΚΥΤ) συνολικά και να αναδειχθούν ανάδοχοι για όσα από αυτά τα τμήματα μειοδότησαν. Ωστόσο, η προσφορά τους θα αφορά υποχρεωτικά σε όλα τα είδη Α΄ ανάγκης του/των Τμήματος/Τμημάτων (ΚΥΤ) που θα επιλέξουν να υποβάλουν προσφορά καθώς και όλη την αναγραφόμενη ποσότητα από την παρούσα (απαιτούμενη) ποσότητα εκάστου είδους. Διευκρινίζεται ότι θα πρέπει να κατατεθεί ξεχωριστή προσφορά για κάθε τμήμα. Στο διαγωνισμό η προσφεύγουσα εταιρία υπέβαλε προσφορά για τα Τμήματα ΚΥΤ ΛΕΣΒΟΥ (Τμήμα 1) - ΚΥΤ ΧΙΟΥ (Τμήμα 2) - ΚΥΤ ΣΑΜΟΥ (Τμήμα 3). Με την υπ' αριθ. απόφαση Φ.600.163/127/419257 Σ2792/17.09.20 της αναθέτουσας αρχής αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος του Τμήματος 1 – ΚΥΤ Λέσβου η εταιρία «...» ενώ απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας «...» για τα τρία τμήματα της δημοπρατούμενης σύμβασης με την αιτιολογία ότι : «Τα Φύλλα Συμμόρφωσης που κατέθεσε, δεν συμπληρώθηκαν σύμφωνα με τις οδηγίες που παρατίθενται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ IV - Υπόδειγμα Τεχνικής Προσφοράς, όπως καθορίζεται στην παράγραφο 2.4.3.2. της διακήρυξης. Ειδικότερα, στα Φύλλα Συμμόρφωσης για τα ΚΥΤ ΛΕΣΒΟΥ-ΧΙΟΥ-ΣΑΜΟΥ της εταιρείας, δεν συμπλήρωσε τη γραμμή με α/α 99, που αφορά στο είδος: «ΙΑ. ΑΦΡΟΛΟΥΤΡΟ 1000ml» και στην τεχνική προδιαγραφή: «Η συσκευασία να είναι πλαστική, καινούρια και σφραγισμένη, χωρίς ίχνη παραβίασης. Δε θα

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

πρέπει να είναι σπασμένη, να έχει τρύπες ή να παρουσιάζει διαρροές». Κατά της απόφασης αυτής, η προσφεύγουσα άσκησε την με ΓΑΚ 1370/28.09.2020 Προσφυγή της, αιτούμενη την ακύρωση της εν λόγω απόφασης κατά το μέρος που απέρριπτε την προσφορά της και για τα 3 ως άνω Τμήματα της σύμβασης. Επί της Προσφυγής της εκδόθηκε η ΑΕΠΠ 1510/2020 απόφαση με την οποία ακυρώθηκε η εκεί προσβαλλόμενη υπ' αριθ. Φ.600.163/127/419257 Σ2792/17.09.20 απόφαση της ... (...) κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της «...» για το Τμήμα 1 ΚΥΤ Λέσβου και για το Τμήμα 3 ΚΥΤ Σάμου της δημοπρατούμενης σύμβασης. Κατόπιν των ανωτέρω και σε συμμόρφωση με την 1510/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την προσβαλλόμενη με την παρούσα υπ' αριθ. Φ.600.163/167/423483 Σ. 4142/22.12.2020 απόφασή της, με την οποία, ακύρωσε την προγενέστερη υπ' αριθ. Φ.600.163/127/419257 Σ2792/17.09.20 απόφασή της κατά το μέρος με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας «...» για το Τμήμα 1 (ΚΥΤ:ΛΕΣΒΟΥ) και για το Τμήμα 3 (ΚΥΤ: ΣΑΜΟΥ) και εν συνεχεία, αφού έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρείας «...» για το Τμήμα 1 (ΚΥΤ ΛΕΣΒΟΥ) και για το Τμήμα 3 (ΚΥΤ ΣΑΜΟΥ) της σύμβασης, ανέδειξε την εταιρία «...» ως προσωρινό ανάδοχο, για το Τμήμα 1 - ΚΥΤ ΛΕΣΒΟΥ και για το Τμήμα 3 - ΚΥΤ ΣΑΜΟΥ. Κατά της απόφασης αυτής ασκήθηκε, από την επίσης συμμετέχουσα στον διαγωνισμό εταιρία με την επωνυμία «...» με δ.τ. «...», η από 4/1/2021 με ΓΑΚ 24/05.01.2021 προδικαστική προσφυγή. Με την προσφυγή αυτήν προβαλλόταν ότι η προσφεύγουσα 1) δεν αποδεικνυε την προδιαγραφή ότι το προϊόν «ΣΑΜΠΟΥΑΝ 500 ml» ήταν σε συσκευασία 500 ml, λόγω του ότι είχε υποβάλει φωτογραφία του προϊόντος με περιεκτικότητα 1000 ml και σχόλιο ότι το προσφερόμενο προϊόν θα είναι 500 ml και 2) ότι δεν πληρούνταν η προϋπόθεση ότι είχε ολοκληρώσει τρεις συμβάσεις εντός τριετίας πριν από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς γιατί από τις ημερομηνίες λήξης που αναφέρονταν στο ΕΕΕΣ προέκυπτε ότι αυτές έληγαν αργότερα από τον οριζόμενο χρόνο. Επί της προσφυγής εκδόθηκε η με αριθμό 429/2021 απόφαση του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, με την οποία ακυρώθηκε η υπ' αριθ. Φ.600.163/167/423483 Σ.4142/22.12.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

και κρίθηκε αντίστοιχα για τον καθένα από τους ως άνω λόγους ότι : 1) Όσον αφορά τον 1° από τους ως άνω λόγους (ΣΑΜΠΟΥΑΝ 500ml), η αναθέτουσα αρχή όφειλε να ζητήσει από την προσφεύγουσα να διευκρινίσει την προσφορά της και 2) όσον αφορά τον 2° λόγο (εκτέλεση τριών συμβάσεων προμήθειας κατά την τελευταία τριετία πριν την υποβολή της προσφοράς) έκρινε ότι η προσφεύγουσα είχε ακολουθήσει το αναρτηθέν στο ΕΣΗΔΗΣ πρότυπο ΕΕΕΣ, συμπληρώνοντας τα αιτούμενα από αυτό στοιχεία (έναρξη και λήξη ισχύος της σύμβασης), ενώ ο συμβατικός χρόνος λήξης της σύμβασης δεν ταυτίζεται αναγκαία με τον χρόνο εκτέλεσής της, που μπορεί να είναι και προγενέστερος. Συνεπώς, η ΑΕΠΠ και για τον 2° λόγο προσφυγής έκρινε ότι η αναθέτουσα αρχή μπορούσε και έπρεπε να ζητήσει διευκρινίσεις. Η αναθέτουσα αρχή, σε εκτέλεση αυτής της απόφασης της ΑΕΠΠ, ζήτησε διευκρινίσεις με το Φ.600.163/27/412527 Σ.676/05.2021 έγγραφό της. Το περιεχόμενο αυτού του εγγράφου έχει ως εξής : «Σας γνωρίζουμε ότι, σε συνέχεια του (γ) σχετικού (ενν. 429/2021 Απόφαση του 2ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.), το οποίο ακυρώνει τη (β) όμοια απόφαση κατακύρωσης, και σύμφωνα με το άρθρο 367 παράγραφος 3 του (α) σχετικού, περί δέσμιας υποχρέωσης συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής επί των αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π., αναγκαίοι όπως μας αποστείλετε διευκρινήσεις επί της προσφοράς σας για το Τμήμα 1 (ΚΥΤ ν. ΛΕΣΒΟΥ), κατά τα κριθέντα στις σκέψεις 16 και 17 της (V) σχετικής απόφασης.». Τελικώς, με την προσβαλλόμενη με την παρούσα προσφυγή με αριθμό Φ.600.163/37/41348ΟΣ. 936/31.3.2021 απόφαση η αναθέτουσα αρχή έκρινε, μεταξύ άλλων: *«Την μη αποδοχή, της προσφοράς της εταιρείας «...» για το Τμήμα 1 (ΚΥΤ ΛΕΣΒΟΥ) στον υπ' αριθμό ..., ηλεκτρονικό, ανοικτό, δημόσιο διαγωνισμό για τη σύναψη σύμβασης για την προμήθεια ειδών Α' ανάγκης στα ΚΥΤ των νησιών του Ανατολικού Αιγαίου, διότι κατόπιν των διευκρινήσεων που ζητήθηκαν δεν έγιναν αποδεκτά τα συμπληρωματικά δικαιολογητικά συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς της εν λόγω εταιρείας, διότι δεν πληρούνται η προϋπόθεση της παραγράφου 2.4.2.2. Από τον έλεγχο των συμπληρωματικών δικαιολογητικών προέκυψε ότι τα αρχεία με όνομα «...» και «...», φέρουν*

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

ψηφιακή υπογραφή η οποία έχει λήξει από τις 12 Οκτ 20 και σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.6 της σχετικής διακήρυξης η προσφορά απορρίπτεται».

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο παράβολο, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 1.867,00 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας του Τμήματος 1 στο οποίο αφορά η υπόψη Προσφυγή.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 725.273,75 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην προσφεύγουσα στις 02.04.2021, οπότε και έλαβε γνώση αυτής, και η υπόψη Προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 12.04.21, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής στο γεγονός ότι εσφαλμένως, κατά τους ισχυρισμούς της, η αναθέτουσα αρχή δεν έκανε δεκτές τις διευκρινίσεις της και ως εκ τούτου απέρριψε την προσφορά της για το Τμήμα 1 – ΚΥΤ Λέσβου. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παρανόμως δεν έγιναν αποδεκτά τα αναφερόμενα στην προσβαλλόμενη συμπληρωματικά δικαιολογητικά προς διευκρίνιση της προσφοράς της διότι : 1. Όσον αφορά την ψηφιακή υπογραφή του αναφερόμενου στην προσβαλλόμενη αρχείου με το όνομα «...», αυτό αφορά κατάσταση των εκτελεσθεισών συμβάσεων από την

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

εταιρεία την τελευταία τριετία, δεν ήταν αναγκαίο να υποβληθεί στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού (παρά μετά την κατακύρωση και πριν από την υπογραφή της σύμβασης), η αναθέτουσα αρχή δεν είχε ζητήσει να το υποβάλει και επομένως αλυσιτελώς και μη νομίμως έγινε επίκληση της έλλειψης νόμιμης υπογραφής του. Συνεπώς, τα απαριθμούμενα στην παρ. 2.2.9.2. δικαιολογητικά, περιλαμβανομένου του καταλόγου τριών (3) τουλάχιστον συμβάσεων προμηθειών που έχουν εκτελεστεί κατά την τελευταία τριετία πριν την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς (2.2.9.2.10.1), ανήκει στα δικαιολογητικά κατακύρωσης και ως εκ περισσού κατατέθηκε εν προκειμένω για την διευκρίνιση του ζητήματος της εκτέλεσης τριών συμβάσεων μέχρι την υποβολή της προσφοράς, ούτε άλλωστε η αναθέτουσα αρχή είχε ζητήσει την υποβολή του. Κατά συνέπεια, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η εγκυρότητα ή μη της υπογραφής του ηλεκτρονικού αρχείου με την ονομασία «...» καμία επιρροή δεν ασκεί και παρανόμως απορρίφθηκαν οι διευκρινίσεις της με την αιτιολογία ότι δεν ήταν νομίμως υπογεγραμμένο. Επίσης, η προσφεύγουσα τονίζει ότι τα διευκρινιστικά έγγραφα που υπέβαλε κάλυπταν το αίτημα της αναθέτουσας αρχής για διευκρινίσεις. Συγκεκριμένα, για την απόδειξη της εκτέλεσης τριών συμβάσεων προμήθειας μέχρι την υποβολή της προσφοράς, υπέβαλε στην αναθέτουσα αρχή επιπλέον βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης (α) από το ... (ολοκλήρωση 31.12.2019) (β) από την «...» (ολοκλήρωση 31.12.2019) και (γ) από το ... (ολοκλήρωση 18.9.2019), από τα οποία προκύπτει ο προαναφερόμενος χρόνος σύναψης και εκτέλεσης (ολοκλήρωσής) τους, ο οποίος ήταν προγενέστερος της 3.8.2020 που υποβλήθηκε η προσφορά της και εντός του έτους 2019. Συνεπώς, με τις εν λόγω βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης διευκρινίστηκε πλήρως το ζήτημα της εκτέλεσης των ως άνω τριών συμβάσεων εντός τριετίας πριν από την υποβολή της προσφοράς της και δεν ήταν απαραίτητη η υποβολή του καταλόγου συμβάσεων, ο οποίος αποτελεί δικαιολογητικό κατακύρωσης και ως εκ περισσού υποβλήθηκε. Τονίζεται ότι όλα τα έγγραφα αυτά είτε είναι δημόσια είτε όχι, προσκομίστηκαν νομίμως επικυρωμένα από δικηγόρο και δεν απαιτείτο φυσικά η ψηφιακή υπογραφή τους, ενώ, άλλωστε, οι βεβαιώσεις δεν είχαν εκδοθεί από την ίδια (για τον λόγο

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

αυτό έγιναν δεκτά από την αναθέτουσα αρχή). Παρανόμως και εσφαλμένα έκρινε η αναθέτουσα αρχή ότι οι διευκρινίσεις επί της προσφοράς της έπρεπε να απορριφθούν, με την αιτιολογία ότι το ψηφιοποιημένο αρχείο με την ονομασία «...» δεν ήταν νομίμως υπογεγραμμένο (η ηλεκτρονική υπογραφή είχε λήξει). Όπως ήδη εκτέθηκε, το ζήτημα της εκτέλεσης των συμβάσεων διευκρινίστηκε με τις προαναφερόμενες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης. Το ζήτημα της συσκευασίας των 500ml για το είδος «ΣΑΜΠΟΥΑΝ 500ml» αποδείχθηκε επίσης από (α) το υποβληθέν έγγραφο Τεχνικών Προδιαγραφών της εταιρείας ... με επικύρωση εκ του πρωτοτύπου από δικηγόρο, στο οποίο αναφέρεται η επίμαχη περιεκτικότητα 500ml και (β) έγγραφο προδιαγραφών της εταιρείας ... με επίσημη μετάφραση και επικύρωση από δικηγόρο. Από αυτά τα δύο έγγραφα, τα οποία δεν είναι έκδοσης της προσφεύγουσας, αλλά εμπεριέχουν δήλωση τρίτων προσώπων και επομένως δεν χρειάζονταν η ψηφιακή υπογραφή της, η οποία τίθεται μόνο στα έγγραφα έκδοσής της (παρ. 2.4.2.8 Διακήρυξης), προκύπτει η ζητούμενη περιεκτικότητα του προσφερόμενου είδους σε 500ml. Συνεπώς, το αρχείο με το όνομα «...», δεν ήταν απαραίτητο ή αναγκαίο για την πραγματοποίηση των εν λόγω διευκρινίσεων, αφού αμφότερα τα ζητήματα που είχε πραγματευθεί η ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ και για τα οποία είχαν ζητηθεί διευκρινίσεις από την αναθέτουσα αρχή, διευκρινίστηκαν πλήρως και σε απόλυτο βαθμό με τα ιδιωτικά έγγραφα που υποβλήθηκαν επικυρωμένα σε ψηφιακή μορφή, όπως αναλύεται ανωτέρω. Επικουρικώς, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή αναγνωρίζει ότι τα αρχεία αυτά ήταν όντως ψηφιακά υπογεγραμμένα από το νόμιμο εκπρόσωπο της ιδίας, γεγονός που είναι αληθές. Φέρουν την κάτωθι ένδειξη (ή αντίστοιχη ανάλογα με τον χρόνο θέσης της υπογραφής): «Ψηφιακά υπογεγραμμένο από ... Ημερομηνία: 2021.03.10 10:09:20 ΕΕΤ», ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή αναρμοδίως προέβη σε έλεγχο της εγκυρότητας της ψηφιακής υπογραφής και απέρριψε τα ως άνω έγγραφα και την προσφορά της. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει επιπλέον ότι εκ των όρων της διακήρυξης δεν χορηγείται αρμοδιότητα στην αναθέτουσα αρχή να ερευνά την εγκυρότητα της ψηφιακής υπογραφής και να απορρίπτει κάποια προσφορά, επειδή θεωρεί ότι

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

ενδεχομένως δεν είναι νομίμως ψηφιακά υπογεγραμμένη, για οποιονδήποτε λόγο. Επομένως, με δεδομένο ότι τα ως άνω έγγραφα ήταν ψηφιακά υπογεγραμμένα, παρά το νόμο δεν ελήφθησαν υπόψη από την αναθέτουσα αρχή και παρά το νόμο απορρίφθηκε η προσφορά της. Επιπλέον, κατά την προσφεύγουσα, ο νόμιμος εκπρόσωπός της τελούσε με την απόλυτη και ακράδαντη πεποίθηση ότι από τη στιγμή που τέθηκε η ψηφιακή υπογραφή, χωρίς την ένδειξη οποιουδήποτε μηνύματος λάθους, ήταν έγκυρη και νόμιμη και για το λόγο αυτό δεν αναζήτησε αν έχουν λήξει τα διαπιστευτήριά της. Ποτέ δεν θα μπορούσε να φανταστεί ότι ενδεχομένως θα είχαν λήξει τα διαπιστευτήρια μιας υπογραφής που ετίθετο, χωρίς οποιοδήποτε πρόβλημα. Είναι αντιληπτό επομένως ότι πρόκειται για αστοχία του λειτουργικού (software) που παρέχεται από το Δημόσιο και συνοδεύει το stick με το οποίο τίθεται η ψηφιακή υπογραφή. Η αστοχία αυτή καθιστά ελαττωματικό το προϊόν μέσω του οποίου τίθεται η ψηφιακή υπογραφή. Για το ουσιώδες ελάττωμα αυτό δεν μπορεί να φέρει ευθύνη ο υπογράφων, ο οποίος γνωρίζει ότι από τη στιγμή που τίθεται η υπογραφή, χωρίς οποιαδήποτε ένδειξη ανωμαλίας, αυτή δεν μπορεί παρά να είναι έγκυρη και ισχυρή. Ως εκ τούτου, η αμφισβήτηση της ψηφιακής υπογραφής του εκπροσώπου της προσφεύγουσας, η οποία τέθηκε χωρίς την ένδειξη οποιουδήποτε λάθους, προσκρούει στη συνταγματική αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης. Εντελώς επικουρικά, για την περίπτωση που δεν γίνουν δεκτοί οι ως άνω λόγοι προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη προσκρούει στη συνταγματική αρχή της αναλογικότητας. Και τούτο γιατί πρέπει να ληφθούν υπόψη οι συνθήκες της παρούσας υπόθεσης, δηλαδή ότι : α) τα επίμαχα δύο ηλεκτρονικά αρχεία φέρουν όντως την ψηφιακή υπογραφή του εκπροσώπου της, β) η υπογραφή μάλιστα έχει τεθεί χωρίς να υπάρξει μήνυμα οποιουδήποτε λάθους και γ) τα δύο αρχεία που αναφέρονται στην προσβαλλόμενη δεν ήταν απαραίτητα και αναγκαία κατά τη διακήρυξη και το έγγραφο της αναθέτουσας αρχής για παροχή διευκρινίσεων και δεν ήταν ουσιώδη και κρίσιμα για την παροχή διευκρινίσεων, αφού αυτές προέκυπταν από τα νομίμως υποβληθέντα έγγραφα τρίτων που έγιναν δεκτά από την αναθέτουσα αρχή.

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. πρωτ. Φ600.163/50/414126 Σ 1148 έγγραφό της απέστειλε τις απόψεις της επί της Προσφυγής, υποστηρίζοντας τα εξής : «.....ζ. Κατά τον έλεγχο των συμπληρωματικών δικαιολογητικών της εταιρείας «...», τα οποία ζητήθηκαν στο πλαίσιο συμμόρφωσης με την (στ) απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και αναρτήθηκαν στη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και εστάλησαν και εντύπως, η αρμόδια επιτροπή διαπίστωσε ότι για τα δύο επίμαχα δικαιολογητικά δεν προκύπτει η εγκυρότητα της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής, γεγονός το οποίο διαπιστώνει και συνομολογεί η ίδια η προσφεύγουσα στην προδικαστική της προσφυγή, επικαλούμενη πρωτίστως τη μη αναγκαιότητα υποβολής τους και επικουρικά την αναρμοδιότητα ελέγχου της εγκυρότητας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής και την αστοχία του λειτουργικού συστήματος του Δημοσίου. η. Ειδικότερα, η Επιτροπή Παραλαβής και Αποσφράγισης Προσφορών της ... σύμφωνα με το (η) πρακτικό ελέγχου - αξιολόγησης συμπληρωματικών δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικής προσφοράς γνωματεύει τη μη αποδοχή των συμπληρωματικών δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «...» για το Τμήμα 1 (ΚΥΤ ΛΕ-ΣΒΟΥ), διότι προκύπτει ότι τα αρχεία με όνομα «...» και «...», φέρουν ψηφιακή υπογραφή η οποία έχει λήξει από τις 12 Οκτ 20 και σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.6 της σχετικής διακήρυξης η προσφορά της απορρίπτεται. θ. Εν προκειμένω, το ηλεκτρονικό αρχείο με όνομα «...» θεωρείται κρίσιμο και ουσιώδες για τη διευκρίνιση του ζητήματος της εκτέλεσης τριών συμβάσεων κατά την τριετία 2017 - 2018 - 2019, που είχε συμπληρωθεί στο ΕΕΕΣ, καθώς αποτελεί αποδεικτικό στοιχείο για την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής της παραγράφου 2.2.6, βάσει των εκτεθέντων στην παράγραφο 1δ ανωτέρω. Συναφώς, ήταν αναγκαίο να κατατεθεί και να αξιολογηθεί στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού, σύμφωνα με τα απορρέοντα από την 429/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και με τη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής δυνάμει του άρθρου 79 του Ν.4412/2016. ι. Καμία παραβίαση του ίσου μέτρου κρίσεως και ίσης μεταχείρισης δεν προκύπτει, καθόσον οι λοιποί διαγωνιζόμενοι επέδειξαν συμμόρφωση ως προς τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, μη επιδεχόμενης διευκρινίσεων. Υπενθυμίζεται ότι με

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

την (ε) απόφαση η προσφεύγουσα αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος, μεταξύ άλλων, του Τμήματος 1 (ΚΥΤ ΛΕΣΒΟΥ) του διαγωνισμού θέματος. Επισημαίνεται ότι οι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης ορθώς προσκομίσθηκαν, ως τεκμήρια των αναγραφόμενων στοιχείων στον επίμαχο κατάλογο συμβάσεων, δεδομένων των χρονικών αποκλίσεων από τα καθοριζόμενα στην παράγραφο 2.2.6 της διακήρυξης. ια. Σχετικά με το ζήτημα της συσκευασίας των 500ml για το είδος «ΣΑΜΠΟΥΑΝ 500ml», η Υπηρεσία αποδέχθηκε ως όφειλε τα διευκρινιστικά, ιδιωτικά έγγραφα που υποβλήθηκαν επικυρωμένα από δικηγόρο και στα οποία εκ περισσού έχει τεθεί η ψηφιακή υπογραφή. Επιπροσθέτως, η Υπηρεσία φρονεί ότι το ηλεκτρονικό αρχείο με όνομα «...» ορθώς κατατέθηκε, καθώς συντελεί στην ολοκληρωμένη και διεξοδική αποσαφήνιση των ζητημάτων που είχε πραγματευθεί η (στ) απόφαση της Α.Ε.Π.Π. ιβ. Στον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 ορίζεται στο άρθρο 25 μεταξύ άλλων ότι: «Η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή έχει νομική ισχύ ισοδύναμη με την ιδιόχειρη υπογραφή» και 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». ιγ. Κατά τα οριζόμενα στον ως άνω Κανονισμό, η ψηφιακή υπογραφή εκδίδεται από εγκεκριμένους παρόχους υπηρεσιών πιστοποίησης, οι οποίοι με τη χορήγησή της εγγυώνται για τα στοιχεία του κατόχου της και επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής. Με τη χρήση της προηγμένης ψηφιακής υπογραφής σκοπός είναι να επιτυγχάνεται η ταυτοποίηση του υπογράφοντος, δηλαδή η σύνδεση της ηλεκτρονικής συναλλαγής με το φυσικό πρόσωπο που υπογράφει, η εγγύηση της γνησιότητας των ψηφιακών δεδομένων και η δέσμευση του υπογράφοντος ως προς την ηλεκτρονική συναλλαγή, δηλαδή ο υπογράφων να μη μπορεί να αρνηθεί τη συμβολή του στην εν λόγω συναλλαγή. ιδ. Η διακήρυξη του διαγωνισμού θέματος περιέλαβε στο κανονιστικό της

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

περιεχόμενο, που ανεπιφύλακτα έγινε αποδεκτό από την προσφεύγουσα, ρητές και αναλυτικές οδηγίες περί του τρόπου υποβολής στοιχείων και δικαιολογητικών, μεταξύ των οποίων και την προαπαιτήση για ψηφιακή υπογραφή. Σύμφωνα με το άρθρο 8 παράγραφος 3 της ΚΥΑ 56902/215/ΦΕΚ Β 2.6.2017 που διέπει ως κανονιστικό πλαίσιο και τον συγκεκριμένο ηλεκτρονικό διαγωνισμό: «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 με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών, τα οποία χορηγήθηκαν από εγκεκριμένους παρόχους υπηρεσιών πιστοποίησης, που περιλαμβάνονται στον κατάλογο εμπιστευσης της απόφασης 2009/767/ΕΚ (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Κανονισμό (ΕΕ) 910/2014 και τις διατάξεις της παρούσας». Για να αποκτήσει όμως το ηλεκτρονικό έγγραφο την ανωτέρω ιδιότητα, θα πρέπει η εγκεκριμένη ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή να έχει τεθεί σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2 του ΠΔ 150/2001 (Α' 125) και να δύναται να επαληθευτεί από τον χρήστη, σύμφωνα με τις ίδιες διατάξεις και τις διατάξεις του άρθρου 259 του Ν.4412/2016. *ι.ε.* Η Αρχή Πιστοποίησης Ελληνικού Δημοσίου στον επίσημο διαδικτυακό της τόπο παρέχει οδηγίες για τη διαδικασία εντοπισμού και ελέγχου της ψηφιακής υπογραφής, καθώς και του ελέγχου εγκυρότητας της εγκεκριμένης ψηφιακής υπογραφής. Εφαρμόζοντας τις παραπάνω οδηγίες, όταν κανείς ανοίξει τα δύο επίμαχα δικαιολογητικά, αναγράφεται εμφανώς πάνω αριστερά το τυποποιημένο μήνυμα «At least one signature has problems» δηλαδή «Τουλάχιστον μία υπογραφή έχει πρόβλημα», ενώ με την επίθεση του κέρσορα στην ψηφιακή υπογραφή αναγράφεται «Signer's identity is unknown» δηλαδή «Η ταυτότητα του υπογράφοντος είναι άγνωστη». Στη συνέχεια, με «κλικ» πάνω στην ορατή υπογραφή εμφανίζεται το παράθυρο «Signature Validation Status» δηλαδή «Κατάσταση Επικύρωσης Υπογραφής» και στο σχετικό εικονίδιο αναγράφεται ρητώς «Signature validity is UNKNOWN» δηλαδή «Η εγκυρότητα της υπογραφής είναι ΑΓΝΩΣΤΗ» και περαιτέρω αναγράφεται «The signer's identity is unknown because it has expired or is not yet valid» δηλαδή «Η

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

ταυτότητα του υπογράφοντος είναι άγνωστη επειδή έχει λήξει ή δεν είναι ακόμη έγκυρη» και «*The signature includes an embedded timestamp but it is invalid*» δηλαδή «Η υπογραφή περιλαμβάνει ενσωματωμένη χρονοσήμανση αλλά δεν είναι έγκυρη». Στη συνέχεια ο χρήστης επιλέγει «*Show signer's certificates*» δηλαδή «Εμφάνιση πιστοποιητικού υπογράφοντος» κι έπειτα στην καρτέλα «*Summary*» δηλαδή «Περίληψη» αναγράφεται «*Issued by: Hellenic Public Administration Issuing CAHPARCA. Valid from: 2015/10/13 03:00:00 Valid to: 2020/10/12 02:59:59*» δηλαδή «Εκδοθέν από: Ελληνική Δημόσια Διοίκηση εκδίδουσα CAHPARCA. Έγκυρο από: 2015/10/13 03:00:00 Έγκυρο έως: 2020/10/12 02:59:59». ιστ. Σε συνέχεια των ανωτέρω βημάτων, που αναφέρει στον οδηγό της η ΑΔΕΠ, προκύπτει ότι η ισχύς της υπογραφής του νόμιμου εκπροσώπου της προσφεύγουσας είναι άγνωστη, δεν μπορεί να επαληθευτεί η ταυτότητα του υπογράφοντος και υπάρχει μη έγκυρη ενσωματωμένη χρονοσήμανση και ληγμένο πιστοποιητικό. Ως εκ τούτου, συνάγεται ότι οι παραπάνω παρατυπίες και ελλείψεις της ψηφιακής υπογραφής συνιστούν έλλειψη επικύρωσης για το γνήσιο της υπογραφής. Συνεπώς, η χρήση μη επιβεβαιωμένης ηλεκτρονικής υπογραφής ισοδυναμεί με την έλλειψη αυτής κατά παράβαση του Νόμου και της διακήρυξης του διαγωνισμού (βλ. ΑΕΠΠ 369/2020, 683/2019). ιζ. Η επίκληση εκ μέρους της προσφεύγουσας εξωγενών παραγόντων όπως η απουσία εμφάνισης προειδοποιητικού μηνύματος λάθους σε περίπτωση λήξης της ψηφιακής υπογραφής και η προσπάθεια μετακύλισης της σφαίρας ευθύνης προς το Δημόσιο προβάλλεται αλυσιτελώς και θα πρέπει να απορριφθεί, καθώς η υποβολή ψηφιοποιημένων εγγράφων μετ' ηλεκτρονικής υπογραφής που παράγει έγκυρα αποτελέσματα κατά τον έλεγχο της, σε έναν αποκλειστικώς ηλεκτρονικό διαγωνισμό, εμπίπτει αποκλειστικώς στην ευθύνη ενός επιμελούς διαγωνιζόμενου. Υπενθυμίζεται ότι ένας απλός επανέλεγχος των προς υποβολή εγγράφων αρκούσε για να διαπιστώσει κανείς την ύπαρξη δυσλειτουργίας, με την εμφάνιση του μηνύματος πάνω αριστερά «*At least one signature has problems*» δηλαδή «Τουλάχιστον μία υπογραφή έχει πρόβλημα». ιη. Τέλος, όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας για επανυποβολή των επίμαχων αρχείων με νέα ψηφιακή υπογραφή, η αναθέτουσα αρχή θεωρεί

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

ότι δε δύνατο να κάνει επίκληση του άρθρου 102 του Ν.4412/2016, διότι εν προκειμένω η έλλειψη έγκυρης ψηφιακής υπογραφής δεν είναι ήσσονος σημασίας, ούτε υπάγεται στην έννοια του πρόδηλου τυπικού σφάλματος. Η εκ των υστέρων προσκόμιση έγκυρων ψηφιακά υπογεγραμμένων στοιχείων και δικαιολογητικών δε θεραπεύει και δεν αναπληρώνει τη μη ορθή προσκόμιση στοιχείων και δικαιολογητικών κατά το παρόν στάδιο του διαγωνισμού, καθόσον συνιστά μη τήρηση ουσιώδους τύπου της διαγωνιστικής διαδικασίας που η προσφεύγουσα δεν τήρησε. Ιθ. Από τα παραπάνω εκτεθέντα, αυτοτελώς και συνδυαστικά ερμηνευόμενα, καθίσταται σαφές ότι η προσκόμιση διευκρινιστικών στοιχείων και δικαιολογητικών παραχθέντων από τον ίδιο τον οικονομικό φορέα χωρίς αυτά να φέρουν έγκυρη ψηφιακή υπογραφή, κατά παράβαση των καθοριζόμενων στην παράγραφο 2.4.2.2 της διακήρυξης, αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς της, δυνάμει της παραγράφου 2.4.6 της διακήρυξης του διαγωνισμού. Κατόπιν των παραπάνω, η Υπηρεσία μας θεωρεί ότι οι εν λόγω προβαλλόμενες αιτιάσεις από την προσφεύγουσα εταιρεία, αναφορικά με την εν τέλει απόρριψη της προσφοράς της, κρίνονται ως προδήλως αβάσιμες».

8. Επειδή, κατόπιν εξέτασης των στοιχείων του φακέλου, προκύπτει ότι σε συμμόρφωση με την ΑΕΠΠ 429/2021, η αναθέτουσα αρχή ζήτησε με το υπ' αριθ. πρωτ. Φ.600.163/27/412527 Σ676/05.2021 έγγραφό της από την προσφεύγουσα να διευκρινίσει την προσφορά της, κατά τα κριθέντα στις σκέψεις 16 και 17 της ως άνω απόφασης, ήτοι αναφορικά με την προδιαγραφή του είδους «ΣΑΜΠΟΥΑΝ 500ml» και αναφορικά με την προαπόδειξη μέσω του ΕΕΕΣ της εκτέλεσης τριών συμβάσεων προμήθειας κατά την τελευταία τριετία πριν από την υποβολή της προσφοράς της και συνεπώς στις 12.03.2021 η προσφεύγουσα υπέβαλε μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ τις διευκρινίσεις της, και συγκεκριμένα τα εξής έγγραφα : «...», «...» «...» «...», «...», «...», «...», «...», «...», «...». Εν προκειμένω, από την προσβαλλόμενη σαφώς προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έκανε αποδεκτές τις ως άνω διευκρινίσεις λόγω του ότι δύο εκ των ως άνω εγγράφων και συγκεκριμένα το αρχείο «...» και το αρχείο «...» έφεραν ψηφιακή υπογραφή του

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

νόμιμου εκπροσώπου της που είχε λήξει, χωρίς, παρόλα αυτά η αναθέτουσα αρχή να εξετάσει το σύνολο των εγγράφων που υποβλήθηκαν διευκρινιστικώς. Συγκεκριμένα, στην κριθείσα περίπτωση η αναθέτουσα αρχή όφειλε να εξετάσει το σύνολο των υποβληθέντων ως άνω διευκρινιστικών εγγράφων και να εκτιμήσει συγκεκριμένα εάν από το περιεχόμενο αυτών συνολικά παρέχονται οι διευκρινίσεις αναφορικά με τις ζητούμενες προδιαγραφές του είδους «ΣΑΜΠΟΥΑΝ 500ml» και με την προαπόδειξη της εκτέλεσης τριών συμβάσεων προμήθειας κατά την τελευταία τριετία πριν από την υποβολή της προσφοράς, πράγμα το οποίο δεν έπραξε, αρκούμενη μόνον στην διαπίστωση ότι τα έγγραφα «...» και «...» δεν φέρουν ψηφιακή υπογραφή. Όμως, η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένως απέρριψε συλλήβδην την προσφορά της προσφεύγουσας, στηριζόμενη μόνον στο γεγονός ότι είχε λήξει η τεθείσα στα δύο ως άνω έγγραφα ψηφιακή υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου της προσφεύγουσας, χωρίς, παρόλα αυτά να εκτιμήσει επί της ουσίας τους και τα λοιπά έγγραφα, τα οποία η προσφεύγουσα είχε εξίσου υποβάλλει διευκρινιστικώς, και άλλωστε, ως εκδοθέντα από τρίτους, δεν απαιτείτο να φέρουν την ψηφιακή υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου της. Ως εκ τούτου, εσφαλμένως απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας για το ΚΥΤ 1 με την προσβαλλόμενη αιτιολογία, κατά τα κριθέντα στην παρούσα.

9. Επειδή, συνεπώς, η υπόψη Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

10. Επειδή, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το παράβολο που κατέθεσε, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 1.867,00 ευρώ.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. Φ.600.163/37/413480Σ 936/31.03.21 απόφαση της ... (...), κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Αριθμός απόφασης: 1051 / 2021

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 1.867,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 21 Μαΐου 2021 και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 10 Ιουνίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Νικόλαος Σαββίδης

Μιχαήλ Σοφιανός