

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Οκτωβρίου 2021 με το Μέλος της Ευαγγελία Μιχολίτση δυνάμει της υπ' αριθ. πρωτ. 2323/2021 Πράξης Μονομελούς Κλιμακίου.

Για να εξετάσει την από 10.9.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1740/13-09-2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη.....,, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. 1241/2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής και την ανάδειξη της ίδιας ως προσωρινής αναδόχου.

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 Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 10/09/2021 πληρωμή μέσω της Τράπεζας Πειραιώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη δεσμευμένο), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης.

2. Επειδή, με σχετική διακήρυξη προκηρύχθηκε διαγωνισμός για την εκτέλεση του έργου «.....» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας 96.774,19€ ευρώ πλέον ΦΠΑ, που καταχωρήθηκε στο

Αριθμός απόφασης: 1663/2021

Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 28-05-2021 με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ..... Με την προσβαλλόμενη με αρ. 1241/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 2.9.2021, απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας «.....». Επισημαίνεται ότι η αιτιολογία της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας είναι η κάτωθι «ο οικονομικός φορέας «.....» στην προσφορά του με α/α....., από τον έλεγχο της υπογραφής του των δικαιολογητικών συμμετοχής και της οικονομικής προσφοράς του, προκύπτει ότι οι ηλεκτρονικές υπογραφές επί αυτών φέρουν καταρχήν γνήσιο και εν ισχύ πιστοποιητικό, που πιστοποιεί την απουσία αλλαγών στο έγγραφο μετά την πιστοποίηση της υπογραφής και την έγκυρη ταυτότητα υπογράφοντος.

Πλην όμως, από το ΤΕΥΔ και τα έντυπα της προσφοράς και οικονομικής προσφοράς του, όλα επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενα, προκύπτει ότι η ηλεκτρονική υπογραφή ρητά αναφέρει ότι ο χρόνος υπογραφής περιλαμβάνεται σε μη έγκυρη σφραγίδα χρονοσήμανσης (*The signature includes an embedded timestamp but it is invalid*), ένδειξη εκ της οποίας δεν μπορεί να επαληθευθεί μέσω πιστοποιημένου εξυπηρετητή χρονισμού η ακριβής ώρα υπογραφής των επίμαχων εγγράφων προσφοράς, κατά τους όρους της διακήρυξης. Άρα, προκύπτει ότι οι υπογραφές δεν έχουν ασφαλή χρονοσήμανση και συνεπώς δεν προκύπτει κατά νόμο ο χρόνος θέσης τους, παρά μόνον συνιστούν απλές ηλεκτρονικές υπογραφές, μη χρονοσημασμένες.

Επομένως, σύμφωνα με την πρόσφατη υπ' αριθμ. 901/2021 απόφαση της ΑΡΧΗΣ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ η οποία αφορούσε διαγωνιστική διαδικασία της υπηρεσίας μας, δεν πληρούνται οι απαιτήσεις της διακήρυξης για προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, και ο οικονομικός φορέας αποκλείεται από την συνέχεια του διαγωνισμού».

Αριθμός απόφασης: 1663/2021

3. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στις 2.9.2021 και η προσφυγή υπεβλήθη στις 10.9.2021.

5. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η προδικαστική προσφυγή από οικονομικό φορέα του οποίου η προσφορά απερρίφθη με την προσβαλλόμενη απόφαση.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της ως άνω προσφυγής προς τους συμμετέχοντες, μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 14.9.2021.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις επί της προσφυγής προς την ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 23.9.2021, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» προς όλους τους συμμετέχοντες.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει επικαλούμενη την απόφαση 417/2020 της ΑΕΠΠ (σκ. 50) ότι δεν προκύπτει από το νόμο η υποχρέωση η ψηφιακή υπογραφή να έχει εφοδιαστεί με πιστοποιημένες υπηρεσίες χρονοσήμανσης αφ' ης στιγμής υποβάλλεται στο ΕΣΗΔΗΣ, το οποίο παρέχει βέβαιη χρονολογία κατάθεσης, ενώ σε κάθε περίπτωση είναι θεμιτή η ανίχνευση τυχόν τροποποίηση του αρχικού εγγράφου. Με τις απόψεις της η αναθέτουσα εμμένει στην απόφασή της τονίζοντας ότι από τον έλεγχο των επίμαχων εγγράφων προκύπτει ότι δεν έχουν ασφαλή χρονοσήμανση και ως εκ τούτου με βάση την απόφαση 901/2021 ΑΕΠΠ πρέπει η οικεία προσφορά να απορριφθεί.

9. Επειδή, οι οικείοι όροι της διακήρυξης αναφέρουν : *«Άρθρο 3: Ηλεκτρονική υποβολή φακέλου προσφοράς*

Αριθμός απόφασης: 1663/2021

3.1. Οι προσφορές υποβάλλονται από τους ενδιαφερόμενους ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας διακήρυξης, σε ηλεκτρονικό φάκελο του υποσυστήματος.

Για τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν ψηφιακή υπογραφή, χορηγούμενη από πιστοποιημένη αρχή παροχής ψηφιακής υπογραφής και να εγγραφούν στο ηλεκτρονικό σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ- Διαδικτυακοί πύλη www.promitheus.gov.gr) ακολουθώντας τη διαδικασία εγγραφής του άρθρου 5 παρ. 1.2 έως 1.4 της Κοινής Υπουργικής Απόφασης με αρ. 117384/26-10-2017 (3821 Β') «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων έργων, μελετών, και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)...[...] 3.5 Ο χρήστης – οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπό)φακέλους μέσω του υποσυστήματος, όπως περιγράφεται κατωτέρω: α) Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» είναι τα οριζόμενα στο άρθρο 24.2 της παρούσας και υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)* και εφόσον έχουν συνταθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 της υπ' αρ 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. [...] ε) Στη συνέχεια, οι προσφέροντες παράγουν από το υποσύστημα τα ηλεκτρονικά αρχεία («εκτυπώσεις» των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και της Οικονομικής Προσφοράς τους σε μορφή αρχείου *Portable Document Format (PDF)*). Τα αρχεία αυτά υπογράφονται από τους προσφέροντες με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 8 της υπ' αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α. και επισυνάπτονται στους αντίστοιχους (υπο)φακέλους της προσφοράς. Κατά τη συστημική υποβολή της προσφοράς το υποσύστημα πραγματοποιεί αυτοματοποιημένους

Αριθμός απόφασης: 1663/2021

ελέγχους επιβεβαίωσης της ηλεκτρονικής προσφοράς σε σχέση με τα παραχθέντα ηλεκτρονικά αρχεία (Δικαιολογητικά Συμμετοχής και Οικονομική Προσφορά) και εφόσον οι έλεγχοι αυτοί αποβούν επιτύχεις η προσφορά υποβάλλεται στο υποσύστημα. Διαφορετικά, η προσφορά δεν υποβάλλεται και το υποσύστημα ενημερώνει τους προσφέροντες με σχετικό μήνυμα σφάλματός στη διεπαφή του χρήστη των προσφερόντων, προκειμένου οι τελευταίοι να προβούν στις σχετικές ενέργειες διόρθωσης.».

10. Επειδή, εν τω μεταξύ, έχει εκδοθεί η ΔεφΠειρ 125/2021 απόφαση, η οποία αναφέρει σχετικώς ως προς το αντίστοιχο θέμα της παραδεκτής ή μη υποβολής προσφυγής άνευ χρονοσήμανσης της ψηφιακής υπογραφής «14. Επειδή, εν προκειμένω, ούτε από τις ως άνω διατάξεις της διακηρύξεως, ούτε από το ισχύον νομοθετικό καθεστώς προκύπτει η υποχρέωση του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό όπως, επιπλέον της ψηφιακής υπογραφής, υποχρεούται να εφοδιαστεί και με πιστοποιημένες υπηρεσίες χρονοσημάνσεως, οι οποίες θα συμπληρώνουν την ψηφιακή υπογραφή του. Επιπλέον, το άρθρο 362 του ν. 4412/2016 ορίζει την ηλεκτρονική κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής, ενώ και η ΚΥΑ 117384/26.10.2017 (ΦΕΚ Β'3821), ιδιαιτέρως η παρ. 8 του άρθρου 3 αυτής, αναφέρεται στην υπογραφή εγγράφων από τους οικονομικούς φορείς, με εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που υποστηρίζεται από εγκεκριμένο πιστοποιητικό. Όμως, όλες αυτές οι διαδικασίες διενεργούνται μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗ Σ, το οποίο προσφέρει, και αυτοτελώς, ασφαλή χρονοσήμανση, ούτως ώστε τα σχετικά έγγραφα καθίστανται βεβαίως ημεροχρονολογίας χωρίς άλλη διατύπωση, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζονται αβασίμως ο διάδικος Δήμος και η παρεμβαίνουσα εταιρεία. Εξάλλου, η συναγωγή ερμηνευτικώς προϋποθέσεως του παραδεκτού της προδικαστικής προσφυγής που δεν προβλέπεται με σαφήνεια από τις οικείες διατάξεις, θα αντέκειτο στην ανάγκη διασφάλισης του δικαιώματος αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η παραδεκτή άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση τόσο για την άσκηση αιτήσεως αναστολής εκτελέσεως, όσο και για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως κατά της σχετικής πράξεως της αναθέτουσας αρχής. Κατά την έννοια δε των άρθρων 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 47 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής

Αριθμός απόφασης: 1663/2021

Ένωσης, οι περιορισμοί του δικαιώματος δικαστικής προστασίας πρέπει να διατυπώνονται σαφώς, ώστε να μην καταλείπεται περιθώριο αμφιβολίας στους ενδιαφερομένους ως προς το περιεχόμενο και την έκταση των συναφών υποχρεώσεων τους (πρβλ. ΣΤΕ 48/2021, 2814-5/2012, βλ. και Ε.Δ.ΔΑ., απόφαση της 16.12.1992, de Geouffre de la Pradelle κατά Γαλλίας, σκ. 33-35, απόφαση της 26.5.2011, Legrand κατά Γαλλίας, σκ.34)». Επομένως, με βάση τα ως άνω κριθέντα και δεδομένης της μη διάφορης ειδικής μνείας περί χρονοσήμανσης στους οικείους όρους της διακήρυξης, ο λόγος της προσφυγής κρίνεται βάσιμος. Επισημαίνεται ότι το αίτημα της προσφεύγουσας περί ανάδειξης της ίδιας ως προσωρινής αναδόχου απορρίπτεται ως απαράδεκτο, καθώς δεν δύναται η ΑΕΠΠ καθ' ανεπίτρεπτη υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχή να προβεί σε τροποποίηση της προσβαλλόμενης πράξης (ΕΑ ΣΤΕ 54/2018).

11. Επειδή, κατ' ακολουθία, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα να επιστραφεί (αρ. 363 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά της προσφεύγουσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Οκτωβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 8 Νοεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

ΓΙΑ ΤΟ ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΤΟ ΜΕΛΟΣ

Ο Γραμματέας

Ευαγγελία Μιχολίτση

Σάββας Μακρίδης