

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ
ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ελευθερία Καλαμιώτη, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος και εισηγήτρια.

Για να εξετάσει αίτημα αναστολής διαγωνιστικής διαδικασίας, το οποίο περιλαμβάνεται στην από 26/11/2021 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 2202/29-11-2021 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στα,, και εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την υπόψη προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύεται και αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας, η προσφεύγουσα προσβάλλει την υπ' αριθ. 2021-04 Διακήρυξη ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού του για την προμήθεια συνολικής εκτιμώμενης αξίας 685.000,01 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής και με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 14/12/2021. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) την 12/11/2021 με ΑΔΑΜ, καθώς επίσης και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα αιτείται, για τους αναφερόμενους στην προδικαστική προσφυγή λόγους, να ακυρωθεί η ανωτέρω Διακήρυξη, κατά το μέρος αυτής που αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές του Τμήματος 8 για την προμήθεια τριών μηχανημάτων αιμοκάθαρσης, αιμοδιήθησης, αιμοδιαδιήθησης και online μεθόδων (CPV:) εκτιμώμενης αξίας 44.354,84 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%, ήτοι συνολικής εκτιμώμενης αξίας 55.000,00 ευρώ.

Αριθμός απόφασης: Α593/2021

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας του επίμαχου τμήματος του διαγωνισμού άνευ ΦΠΑ (44.354,84 ευρώ), 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 25/11/2021 απόδειξη πληρωμής στην Εθνική Τράπεζα της Ελλάδος και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2. Επειδή η προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με ηλεκτρονική κατάθεση στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail), λόγω τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ κατά την ημέρα υποβολής της, η οποία προκύπτει από το ...ΕΞ2021/18-11-2021 έγγραφο της Δ/σης Διαχείρισης, Ανάπτυξης και Υποστήριξης ΕΣΗΔΗΣ του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης που βρίσκεται αναρτημένο στον ιστότοπο του ΕΣΗΔΗΣ. Το συνημμένο στο ανωτέρω μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αρχείο δεν φέρει προηγμένη ψηφιακή υπογραφή, πράγμα που, κατά τη γνώμη που επικράτησε στο Κλιμάκιο, δεν άγει σε προδήλως απαράδεκτο της προδικαστικής προσφυγής, διότι, ελλείψει σχετικής ρητής εκ του νόμου απαίτησης, η προδικαστική προσφυγή που ασκείται διά μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αποσπελλόμενου στην ΑΕΠΠ δεν απαιτείται, και μάλιστα επί ποινή απαραδέκτου, να φέρει προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή (πρβλ. ΣτΕ 882/2021, σκ. 7). Το ίδιο έγγραφο ανήρτησε, κατόπιν της υποβολής στην ΑΕΠΠ, η προσφεύγουσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 29/11/2021.

Κατά τη μειοψηφούσα γνώμη του μέλους Ε. Αψοκάρδου, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 12-11-2021, ήτοι η προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 361 περ. γ του Ν.4412/2016, έληγε στις 7-12-2021. Ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η προσφεύγουσα απέστειλε μεν την προσφυγή της στην ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης: Α593/2021

μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 26-11-2021 λόγω τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, κατέθεσε δε εκ νέου στις 29-11-2021, ήτοι εμπροθέσμως, την προσφυγή της στη λειτουργικότητα «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, κατά τα προβλεπόμενα στα άρθρα 362 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 8 παρ. 3 του ΠΔ 39/2017. Επομένως, δοθέντος ότι η διαδικασία διεξάγεται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ως ημερομηνία άσκησης της προσφυγής νοείται η 29-11-2021. Ωστόσο, η προσφεύγουσα υπέβαλε την προσφυγή της κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF), στην οποία απεικονίζεται ψηφιακή υπογραφή, η οποία είναι (ψηφιοποιημένη) και όχι προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας. Ειδικότερα, ένα ηλεκτρονικό έγγραφο φέρει ψηφιακή υπογραφή όταν κατά άνοιγμα του εγγράφου στην οθόνη ενός ηλεκτρονικού μέσου, ανοίγει και η δυνατότητα, μέσω της διαλειτουργικότητας, είτε της ορατής απεικόνισης της ψηφιακής υπογραφής (του σχηματισμού αυτής) επί του εγγράφου είτε του ίδιου του ψηφιακά υπογεγραμμένου εγγράφου, οιοσδήποτε να προβεί στον έλεγχο της επαλήθευσης της υπογραφής, κατά τις οδηγίες της ΑΠΕΔ, δηλαδή να διερευνήσει τις «ιδιότητες υπογραφής», το όνομα και τα στοιχεία του «υπογράφοντος», αν το έγγραφο φέρει ενσωματωμένη χρονική σήμανση από αναγνωρισμένο πάροχο υπηρεσιών ασφαλούς χρονοσήμανσης, αν το ψηφιακό πιστοποιητικό είναι σκληρής αποθήκευσης, μέχρι τότε ισχύει και αν το έγγραφο έχει τροποποιηθεί από την θέση της ψηφιακής υπογραφής και μετά. Εφόσον, κατά τον έλεγχο αυτό, διαπιστωθεί ότι στο έγγραφο έχει τεθεί προηγμένη ηλεκτρονική (ψηφιακή) υπογραφή που πληροί τις απαιτήσεις του Κανονισμού (ΕΕ) 910/2014, το έγγραφο θεωρείται νομίμως υπογεγραμμένο, έχει δε την ίδια νομική και αποδεικτική ισχύ με το έγγραφο που φέρει ιδιόχειρη υπογραφή και έχει ισχύ πρωτοτύπου με την έκδοση του και μόνο. Αντίθετα, η ψηφιοποιημένη υπογραφή συνιστά απλό αντίγραφο της πρωτότυπης υπογραφής και δεν έχει την ίδια νομική ισχύ με την ψηφιακή ή/και την ιδιόχειρη υπογραφή δοθέντος ότι δεν παρέχει τα ίδια εχέγγυα γνησιότητας. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα έχει υποβάλει ηλεκτρονικά επεξεργασμένο έγγραφο μέσω σκαναρίσματος, ήτοι εν τοις πράγμασι αντίγραφο της προδικαστικής προσφυγής και όχι το πρωτότυπο αρχείο προδικαστικής προσφυγής επί του οποίου είναι δυνατός ο έλεγχος της εγκυρότητας της

Αριθμός απόφασης: Α593/2021

ψηφιακής υπογραφής μέσω της διαλειτουργικότητας (βλ. ΑΕΠΠ Α481/2018, 140, 1093, 1112 και 1460/2020 εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου). Επομένως, η υπό εξέταση προσφυγή παρίσταται ως προδήλως απαράδεκτη και, επομένως, δεν μπορεί να θεμελιώσει το οικείο αίτημα αναστολής, το οποίο πρέπει να απορριφθεί.

3. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ως ισχύει ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

4. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ)

Αριθμός απόφασης: Α593/2021

να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη αυτής (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

5. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: *«Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».*

6. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής, αλλά και των ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη και τους τιθέμενους όρους της διακήρυξης αυτής, απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

7. Επειδή, παγίως γίνεται δεκτό από τη νομολογία ότι η αναστολή χορηγείται μόνο αν με βάση συγκεκριμένους και ειδικούς λόγους που αποδεικνύονται, πιθανολογείται ότι σε περίπτωση άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης θα επέλθει στον αιτούντα βλάβη ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς δυνάμενη να επανορθωθεί (ΣΤΕ ΕπΑν 88/1991, ΣΤΕ ΕπΑν 103/1991, ΣΤΕ ΕπΑν 197/1991, ΣΤΕ ΕπΑν 209/1991, ΣΤΕ ΕπΑν 548-550/1990, ΔΕφΑΘ 9/2015, 6 ΔΕφΑΘ 2/2015, ΔΕφΑΘ 878/16).

8. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής δεν θα πρέπει να άγει σε πλήρη ικανοποίηση των αιτημάτων του προσφεύγοντος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο

Αριθμός απόφασης: Α593/2021

την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση επί της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε της κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, η αναθέτουσα αρχή δεν υπέβαλε απόψεις επί του αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας, παρά το γεγονός ότι την 1/12/2021 κλήθηκε προς τούτο από την ΑΕΠΠ. Ούτε και με το από 8/12/2021 υπ' αριθ. πρωτ. 20188 έγγραφο απόψεών της, το οποίο αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ αυθημερόν, διατύπωσε η αναθέτουσα αρχή απόψεις επί του κρινόμενου αιτήματος αναστολής. Η αναθέτουσα αρχή επικαλείται αορίστως το δημόσιο συμφέρον για τη συλλήβδην απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής. Ωστόσο, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου με την ταχεία διεξαγωγή και την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008). Σύμφωνα δε με τα ανωτέρω, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι λιγότερες από τα οφέλη.

10. Επειδή, εν προκειμένω, η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (14/12/2021) δεν έχει παρέλθει και, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής ότι βασίμως και νομίμως προβάλλει τις επίμαχες αιτιάσεις, παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

11. Επειδή η αναστολή της εξέλιξης της εν θέματι διαγωνιστικής διαδικασίας έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία,

Αριθμός απόφασης: Α593/2021

ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία περάτωση αυτής.

12. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα της προσφεύγουσας για αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της αιτούσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 9 Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ελευθερία Καλαμιώτη

**Φωτεινή Μαραντίδου
Α/Α Παναγιώτα Καλατζή**