

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 14^η Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 05.10.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1534/06.10.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην οδό ..., ... – ..., Τ.Κ ... , όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... με την επωνυμία ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην οδό ..., ..., Τ.Κ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η με αριθμό ... απόφαση (ΑΔΑ: ...) της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. ... πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «...», εκτιμώμενης αξίας ... €, πλέον Φ.Π.Α 24%, κωδικός CPV: ..., ... εργασίες για ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής – χαμηλότερη τιμή (με αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξη, ΑΔΑΜ: ..., συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της, κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... , ποσού επτά χιλιάδων επτακοσίων πενήντα (7.750,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 05.10.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1534/06.10.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. .../2023 πράξη της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε μεν στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 19.09.2023, ωστόσο, τόσο το συμπροσβαλλόμενο πρακτικό, όσο και τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης κοινοποιήθηκαν ηλεκτρονικά στους λοιπούς συμμετέχοντες στις 25.09.2023. Με βάση τα προεκτέθεντα και δεδομένου ότι η εκ του νόμου τασσόμενη αποκλειστική, δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της παρούσας προσφυγής εκκίνησε, εν προκειμένω, από τότε που η προσφεύγουσα έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης (...), η ασκηθείσα στις 05.10.2023 προσφυγή της κρίνεται εμπρόθεσμη.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά της αποδοχής του έτερου συμμετέχοντος, που αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της οικείας σύμβασης, το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ

Αριθμός απόφασης: 1790/2023

1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, διότι παρέλειψε την υποβολή πλείστων αποδεικτικών εγγράφων που ήταν υποχρεωτικώς υποβλητέα προς απόδειξη πλήρωσης των τιθέμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και μη συνδρομής των προβλεπόμενων στη διακήρυξη λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του.

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (19.10. 2023), ήτοι, εννιά (09) ημέρες μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 10.10.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

6. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../19.10.2023 έγγραφο απόψεων, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: ● Λόγος προσφυγής: παράλειψη υποβολής συγκεκριμένων και δη ζητούμενων επί ποινή αποκλεισμού δικαιολογητικών κατακύρωσης προς απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών.

Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο προσωρινός μειοδότης δεν υπέβαλε συγκεκριμένα δικαιολογητικά κατακύρωσης, από τα οποία να προκύπτει ότι κατά τον χρόνο που υπέβαλε την προσφορά του στον διαγωνισμό, πληρούσε τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, αλλά και ότι δεν συνέτρεχαν στο πρόσωπό του, κάποιιοι, εκ των προβλεπόμενων στο άρθρο ... της διακήρυξης, λόγοι αποκλεισμού. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τα υποβληθέντα δικαιολογητικά δεν ήταν πλήρη, διότι: i). η

Αριθμός απόφασης: 1790/2023

προσκομισθείσα με αριθμ. πρωτ. ... ενημερότητα πτυχίου φέρει ημερομηνία έκδοσης ..., επομένως δεν καταλαμβάνει την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του μειοδότη στον διαγωνισμό, ήτοι την2023. ii). το προσκομισθέν με αριθμ. πρωτ. ... αποδεικτικό ενημερότητας για χρέη προς το δημόσιο φέρει ημερομηνία έκδοσης ... και έχει ισχύ έως ... και επομένως δεν καταλαμβάνει την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του στον διαγωνισμό, ενώ δεν έχει προσκομιστεί έτερο σχετικό έγγραφο απόδειξης, που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής των προσφορών. iii). δεν έχει προσκομιστεί ασφαλιστική ενημερότητα, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 23.3. περ. β) και β2) της διακήρυξης, η οποία να καλύπτει τον χρόνο υποβολής προσφορών στον διαγωνισμό (... .2023) και ειδικότερα, δεν έχει προσκομιστεί ασφαλιστική ενημερότητα ούτε για την επιχείρηση, αλλά ούτε και για τα στελέχη του εργοληπτικού του πτυχίου, που να καλύπτουν τον χρόνο υποβολής προσφορών, δεδομένου ότι η υποβληθείσα ενημερότητα πτυχίου φέρει ημερομηνία έκδοσης iv). η προσκομισθείσα εκτύπωση της καρτέλας «Στοιχεία Μητρώου/Επιχείρησης» από την ηλεκτρονική πλατφόρμα της Ανεξάρτητης ... , φέρει ημερομηνία ... και επομένως δεν καλύπτει την ημερομηνία υποβολής των προσφορών, v) δεν έχει υποβληθεί πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής προσφορών, κατά παράβαση των προβλεπόμενων στο άρθρο 23.8. («Σχετικά με τον έλεγχο νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου») της διακήρυξης, η δε υποβληθείσα ενημερότητα πτυχίου φέρει ημερομηνία έκδοσης στις ... και vi). ο προσκομισθείς πίνακας των υπό εξέλιξη έργων δεν καταλαμβάνει τον χρόνο υποβολής προσφορών, ενώ δεν υπάρχει ούτε σαφής αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 23.5. της διακήρυξης.

• Η παρεμβαίνουσα, μεταξύ άλλων, ισχυρίζεται ότι: «... *Εν προκειμένω, ουδεμία ψευδής δήλωση εκ μέρους της παραμβαίνουσας εταιρείας υπήρξε κατά τη συμπλήρωση του ... , καθ' όσον είχαμε το σύνολο των απαιτούμενων από τη Διακήρυξη δικαιολογητικών και πιστοποιητικών σε ισχύ και στη διάθεση της αναθέτουσας αρχής ανά πάσα στιγμή. Η υποβολή επικαιροποιημένων δικαιολογητικών έγινε κατ' εντολήν αυτής, όπως και η υποβολή των ισχυόντων κατά το χρόνο της προσφοράς μας. Το γεγονός άλλωστε ότι ήμασταν σε θέση*

να υποβάλουμε το σύνολο των ισχυόντων κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς μας δικαιολογητικών και πιστοποιητικών, συμπεριλαμβανομένων φυσικά αυτών που η προσφεύγουσα ισχυρίζεται αναληθώς ότι δεν υπήρχαν, (Ενημερότητα Πτυχίου, φορολογική ενημερότητα, ασφαλιστικές ενημερότητες, Πίνακα Έργων, κ.λ.π), την ίδια μέρα που της ζητήθηκε από την αναθέτουσα αρχή, ήτοι την2023, αποδεικνύει πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι τα εν λόγω δικαιολογητικά και υπήρχαν στην κατοχή μας και ήταν σε ισχύ. (βλ. και αιτιολογική σκέψη 84 Οδηγίας 2014/24, ... κατόπιν ολοκλήρωσης του σταδίου αξιολόγησης της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον προσφέροντα στον οποίο αποφάσισε να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει «ενημερωμένα δικαιολογητικά», ο δε τελευταίος πρέπει να είναι σε θέση να παράσχει τα σχετικά αποδεικτικά στοιχεία.)...».

- Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει στις απόψεις ότι μετά την άσκηση της παρούσας προσφυγής, ζήτησε από τον προσωρινό μειοδότη την υποβολή των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, από την εξέταση των οποίων διαπιστώθηκε η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και η μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών, χωρίς, ωστόσο, να μνημονεύει την πρόσκληση με την οποία ζήτησε την υποβολή των συμπληρωματικών δικαιολογητικών, την διάταξη νόμου στην οποία ερείδεται η ως άνω ενέργειά της, τα συγκεκριμένα δικαιολογητικά που υπέβαλε ο μειοδότης προς συμπλήρωση του ήδη υποβληθέντος (υπο)φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης, πολλώ δε μάλλον, για ποιον λόγο δεν ζήτησε νωρίτερα την υποβολή των επίμαχων δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Β) Σύμφωνα με το άρθρο 23. («Αποδεικτικά ...») παρ. ... της διακήρυξης: «Κατά την υποβολή προσφορών, οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με 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 του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 ... της παρούσας». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 23.2. «Δικαιολογητικά (...)» της διακήρυξης (βλ.

αντίστοιχα, άρθρο 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίησή του με τον ν. 4782/2021): «1. Το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης κρίνονται: α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης». Επομένως, η διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 περ. α του ν. 4412/2016, κατόπιν της τροποποίησής της με τον ν. 4782/2021 - η οποία, άλλωστε, απλώς επιβεβαίωσε τα ισχύοντα βάσει της προϊσχύουσας ρύθμισης - ερμηνευόμενη σύμφωνα με τους δεσμευτικούς κανόνες της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, έχει την έννοια ότι ο προσωρινός ανάδοχος υποχρεούται να προσκομίσει αποδεικτικά μέσα, από τα οποία να αποδεικνύεται ότι, τόσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, όσο και κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής και δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού.

Από τα προαναφερόμενα συνάγεται σαφώς ότι το άρθρο 104 του ν. 4412/2016, ως ισχύει, στο οποίο η ένδικη διακήρυξη ρητά παραπέμπει, δεν απαλλάσσει τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα από την υποχρέωση πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τον χρόνο συμμετοχής του στον διαγωνισμό, αλλά τον απαλλάσσει, κατά κανόνα, από την υποχρέωση προσκόμισης των σχετικών αποδεικτικών εγγράφων κατά τον χρόνο αυτόν (βλ. σχέδιο νόμου 4782/2021, σελ. ...). Επομένως, δεν καταλείπεται αμφιβολία ότι, κατά τους όρους της διακήρυξης και του νομικού πλαισίου στο οποίο αυτή ρητά παραπέμπει, κατά τον χρόνο υποβολής του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ, όχι μόνο δεν θα πρέπει να συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπο των υποψηφίων, αλλά θα πρέπει να πληρούνται και τα κριτήρια επιλογής, εφόσον τούτα ρητά βεβαιώνονται στο σχετικό έντυπο, ειδάλλως, οι υποψήφιοι δεν δύνανται νομίμως να συμμετάσχουν στη διαδικασία (βλ. ενδεικτικώς, ΔΕΕ απόφαση της 8^{ης} Ιουλίου 2021, υπόθεση C-295/20, «Sanresa», όπου κρίθηκε ότι: «...βάσει του άρθρου 58 της οδηγίας 2014/24 (κριτήρια επιλογής), προκειμένου να μπορεί ένας προσφέρων να γίνει δεκτός να συμμετάσχει σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, υποχρεούται να αποδείξει ότι πληροί, κατά την υποβολή

Αριθμός απόφασης: 1790/2023

της προσφοράς του, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που απαριθμούνται στο άρθρο 58.»).

Περαιτέρω, από το ιστορικό της εν λόγω υπόθεσης προκύπτει ότι με την με αριθμ. πρωτ. ... πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, ο οικονομικός φορέας «...» (προσωρινός ανάδοχος), κλήθηκε να προσκομίσει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών τα προβλεπόμενα, στο άρθρο 23 της διακήρυξης αποδεικτικά μέσα (...) και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησής του, συνεπεία δε τούτου, ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε στις07.2023, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, τα ζητούμενα δικαιολογητικά. Ακολούθως, η επιτροπή διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού συνέταξε το συμπροσβαλλόμενο, από ..., πρακτικό (No ...), με το οποίο εισηγήθηκε την κατακύρωση του διαγωνισμού στον ως άνω οικονομικό φορέα, με μέση έκπτωση 13% και σύνολο δαπάνης του έργου 1.360.285,22€ (πλέον Φ.Π.Α.). Εν συνεχεία, ήτοι στις 05.10.2023 ασκήθηκε η υπό κρίση, με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1534/2023 προσφυγή ενώπιον της Αρχής, με την οποία ζητείται η ακύρωση της με αριθμ. ... απόφασης της αναθέτουσας. Μετά από την άσκηση της εν λόγω προσφυγής, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε την, από2023, δεύτερη πρόσκληση στον προσωρινό ανάδοχο, προκειμένου να υποβάλλει τα ελλείποντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ωστόσο, δοθέντος ότι αντικείμενο εξέτασης της υπό κρίση προσφυγής αποτελεί το περιεχόμενο της με αριθμό .../11.08.2023 απόφασης κατακύρωσης της αναθέτουσας αρχής (ως αυτή αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ), με την οποία μη νομίμως και αναίτιολογήτως κρίθηκε ότι υποβλήθηκαν πλήρη δικαιολογητικά κατακύρωσης, η απόφαση αυτή κρίνεται, σε κάθε περίπτωση, ακυρωτέα, διότι εκδόθηκε κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και των οικείων νομοθετικών διατάξεων. Θα πρέπει στο σημείο αυτό να σημειωθεί ότι ουδόλως επιδρά στην ως άνω κρίση το γεγονός ότι η αναθέτουσα ζήτησε την συμπλήρωση της προσφοράς σε χρόνο μετά την άσκηση της εν λόγω προσφυγής και τούτο, διότι βάσει των οριζόμενων στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016, αφενός μεν, ο προσωρινός ανάδοχος υποχρεούται να υποβάλλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης (εν προκειμένω, τα υπέβαλε εμπροθέσμως στις ...), αφετέρου δε, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή διαπιστώσει ότι υπάρχουν ελλείψεις στα υποβληθέντα δικαιολογητικά, υποχρεούται να απευθύνει 2^η πρόσκληση στον

Αριθμός απόφασης: 1790/2023

ανάδοχο (συνθήκη, όμως, που δεν συνέτρεξε στην εξεταζόμενη περίπτωση). Συνεπώς, παρά το γεγονός ότι στην εξεταζόμενη περίπτωση υφίσταντο σημαντικές ελλείψεις, ως αυτές αναλυτικά περιγράφονται στην παρούσα προσφυγή, η οικεία αναθέτουσα αρχή μη νομίμως και αναιτιολόγητα αποδέχθηκε ότι ο προσωρινός μειοδότης υπέβαλε το σύνολο των απαιτούμενων δικαιολογητικών, το δε γεγονός της κοινοποίησης στον ανάδοχο 2^{ης} πρόσκλησης προς συμπλήρωση των επίμαχων πλημμελειών της προσφοράς του - και δη, ευθύς μετά την κατάδειξή των εν λόγω πλημμελειών από την προσφεύγουσα - ουδόλως δύναται να «θεραπεύσει» την ακυρότητα της προσβαλλόμενης πράξης της. Εξάλλου, ως προσφάτως έχει κριθεί νομολογιακά (βλ. υπ' αριθμ. 1894/2022 απόφαση ΣτΕ, Τμήμα ΣΤ και υπ' αριθμ. 1939/2022 απόφαση ΣτΕ, Τμήμα Δ), κατά την έννοια του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά τη διαμόρφωσή του με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, σε περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας διαπιστώσει, κατόπιν ελέγχου των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ελλείψεις που επάγονται την απόρριψη της προσφοράς, υποχρεούται να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο, όπως καλύψει τις ελλείψεις των εν λόγω δικαιολογητικών — είτε με την υποβολή μη υποβληθέντος δικαιολογητικού, είτε με τη συμπλήρωση (ή επανυποβολή) ελλειπόντων δικαιολογητικών, τα οποία είχαν μεν αρχικώς υποβληθεί, αλλά δεν πληρούν τις απαιτήσεις της διακήρυξης — εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης ή εντός της οριζόμενης από την αναθέτουσα αρχή προθεσμίας, κατόπιν αποδοχής σχετικού ρητού αιτήματος του προσωρινού αναδόχου (πρβλ. ΣτΕ 1020/2022 σκ. 12, 1/2020 σκ. 9, Ε.Α. 37/2021 σκ. 19, 29/2019 σκ. 11).

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα, συνάγεται σαφώς ότι ενόψει του επιδιωκόμενου σκοπού της αποφυγής αδικαιολόγητων αποκλεισμών προσωρινών αναδόχων, η τήρηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα της ως άνω διαδικαστικής υποχρέωσης είναι μεν κατ' αρχήν θεμιτή, ωστόσο, δεν δύναται να μεταβάλει τους όρους και τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται στη διακήρυξη ή τον χρόνο συνδρομής των όρων αυτών, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 79 και 104 του ν. 4412/2016 ή κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στη διακήρυξη (βλ. ΣτΕ 1647/2022), αλλά ούτε και δύναται να «θεραπεύσει» παραλείψεις, οι οποίες, κατά τους ρητούς όρους της

διακήρυξης, συνεπάγονται υποχρεωτικώς τον αποκλεισμό του υποψηφίου, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει. Συναφώς, κρίθηκε από το ΔΕΕ (βλ. απόφαση της 11ης Μαΐου 2017, υπόθεση C-131/2016, Archus and Gama, σκέψη 37), ότι η διάταξη του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016, ως ισχύει, θα πρέπει να ερμηνεύεται ως θέτουσα κατ' αρχήν ως διαδικαστική προϋπόθεση για τον αποκλεισμό προσωρινού αναδόχου, την προηγούμενη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να τον καλέσει να προσκομίσει εντός τασσόμενης προθεσμίας τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα οποία παρέλειψε να προσκομίσει εντός της αρχικώς ταχθείσας προθεσμίας, χωρίς, όμως, να στερεί από την αναθέτουσα αρχή την αρμοδιότητα να εκτιμήσει (κατά περίπτωση), εάν δια της υποβολής των ελλιπών ή ελλειπόντων δικαιολογητικών, τροποποιείται ανεπιτρέπτως το περιεχόμενο της προσφοράς και εάν παραβιάζονται οι αρχές που εφαρμόζονται στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ήτοι οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας.

Για τους προαναφερόμενους λόγους, κρίνονται απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, κατά τους οποίους το άρθρο 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016 (βλ. αντίστοιχα, παρ. 3.2. της διακήρυξης), παρέχει δήθεν στον προσωρινό μειοδότη την δυνατότητα προσκόμισης των ελλειπόντων δικαιολογητικών, ανεξαρτήτως των λόγων για τους οποίους αυτός παρέλειψε να τα υποβάλλει εμπροθέσμως (ήτοι, μετά την λήψη της 1^{ης} έγγραφης πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής) και επομένως, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, σε κάθε περίπτωση, να του απευθύνει και 2^η σχετική πρόσκληση, ανεξαρτήτως του εάν η τυχόν χορηγηθείσα παράταση της αρχικής προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης είναι (ή όχι) σύννομη.

Επίσης, επισημαίνεται ότι η παρεμβαίνουσα τεχνηέντως συγχέει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από τον υποψήφιο «σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας» την υποβολή (πέραν του Ε.Ε.Ε.Σ.) ενός ή περισσότερων δικαιολογητικών συμμετοχής, για λόγους ορθής διεξαγωγής της διαδικασίας, σύμφωνα με τα ρητώς οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016, με την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει την συμπλήρωση των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης ή/και την συμπλήρωση των ήδη υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης με νέα έγγραφα, κατά τα ρητώς οριζόμενα στο άρθρο 103 του ν.

Αριθμός απόφασης: 1790/2023

4412/2016 και επομένως, οι σχετικοί ισχυρισμοί της θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.

Καταληκτικά και δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει: i) ο προσωρινός ανάδοχος δεν υπέβαλε ρητό αίτημα παράτασης της αρχικής προθεσμίας προς υποβολή των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ii) λόγω παρέλευσης μεγάλου χρονικού διαστήματος, αποδεικνύεται ότι η οικεία αναθέτουσα αρχή δεν θα είχε ζητήσει την συμπλήρωση της επίμαχης προσφοράς, εάν δεν είχε ασκηθεί η κρινόμενη προσφυγή, στην οποία προβάλλονται οι σχετικές ελλείψεις και iii) η, κατά τα ανωτέρω, μη νόμιμη 2^η κλήση του προσωρινού αναδόχου προς συμπλήρωση της προσφοράς του, αφορά στην υποβολή ζητούμενων επί ποινή αποκλεισμού αποδεικτικών έγγραφων και ως εκ τούτου, η υποβολή τους σε χρόνο μεταγενέστερο της έκδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης κατακύρωσης, συνιστά ανεπίτρεπτη τροποποίηση ήδη υποβληθείσας προσφοράς, κατά παράβαση του νόμου, αλλά και της θεμελιώδους αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του ανόθευτου ανταγωνισμού. Επομένως, κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο οικονομικός φορέας «...» δεν απέδειξε προσηκόντως ότι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του στον διαγωνισμό, πληρούσε τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής της διακήρυξης και δεν συνέτρεχαν στο πρόσωπό του οι προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού και ως εκ τούτου, ο μοναδικός λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Συναφώς, η προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να ακυρωθεί (βλ. σχετικώς, άρθρο 3.2. της διακήρυξης).

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και αντίστοιχα, θα πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

9. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 1790/2023

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την με αριθμό .../2023 απόφαση (ΑΔΑ: ...) της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... , κατά το σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού επτά χιλιάδων επτακοσίων πενήντα (7.750,00) €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 14^η Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 04^η Δεκεμβρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ