

Η

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

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 17^η Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 8-7-2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1358/8-7-2021 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία, όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

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

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθ. 203/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, που ελήφθη στα πλαίσια του ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την υλοποίηση του έργου με τίτλο: «Διάνοιξη οδού, διαμόρφωση κόμβου & στο» προϋπολογισμού 120.967,74 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (ΚΗΜΔΗΣ, ΕΣΗΔΗΣ ...), με την οποία απορρίφθηκαν τα δικαιολογητικά της κατακύρωσης, και η προσφορά της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευτεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 605 ευρώ, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, και το από 9-7-2021 υπηρεσιακό ηλεκτρονικό μήνυμα του αρμόδιου υπαλλήλου ΑΕΠΠ).

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

2. Επειδή, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ καθ' ύλην και κατά χρόνο, λόγω προυπολογιζόμενης αξίας της προμήθειας και χρόνου έναρξης του διαγωνισμού σύμφωνα με την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (άρθ. 120 παρ. 1 του ν. 4412/2016), εμπροθέσμως, προσηκόντως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε -με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 8-7-2021- η υπό κρίση προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης απόφασης που κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 29-6-2021, η οποία είναι εκτελεστή πράξη περάτωσης ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας. Συγκεκριμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκαν τα υποβληθέντα την 12-5-2021 i) αντίγραφο ποινικού μητρώου των κ. και διότι είχαν εκδοθεί την 11-1-2021, καθώς και της κ. που εκδόθηκε την 18-1-2021, ενώ όμως ο όρος 23.3.α της διακήρυξης απαιτεί να είχαν εκδοθεί έως τρεις μήνες πριν την υποβολή τους, ii) αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας με ημερομηνία λήξης την 22-3-2021 το οποίο δεν ήταν σε ισχύ κατά την ημέρα υποβολής του ως αντίθετα απαιτεί ο όρος 22.3.β της διακήρυξης, iii) πιστοποιητικό του πρωτοδικείου περί μη πτώχευσης, πτωχευτικού συμβιβασμού, αναγκαστικής διαχείρισης, μη υπαγωγής σε εκκαθάριση με δικαστική απόφαση με ημερομηνία έκδοσης την 5-1-2021, ενώ όμως σύμφωνα με τον όρο 23.3.γ της διακήρυξης έπρεπε να είχε εκδοθεί έως τρεις μήνες πριν από την υποβολή του, iv) πιστοποιητικό ΓΕΜΗ περί μη λύσης, μη εκκαθάρισης με ημερομηνία έκδοσης 7-1-2021 ενώ όμως σύμφωνα με τον όρο 23.3.γ της διακήρυξης έπρεπε να είχε εκδοθεί έως τρεις μήνες πριν από την υποβολή του. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα η οποία είχε ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού, και της οποίας απερρίφθησαν τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης και η προσφορά της, με προφανές έννομο συμφέρον, ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης επί τω τέλει αποδοχής των μεταγενεστέρως με την προσφυγή της προσκομιζομένων -άλλων- δικαιολογητικών κατακύρωσης, αποδοχής της προσφοράς της και ανακήρυξής της ως οριστικής αναδόχου της προμήθειας. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα, δεν αμφισβητεί τα πραγματικά περιστατικά που αναφέρονται στην προσβαλλόμενη απόφαση και δη την προσκόμιση εκπρόθεσμων και απορριπτέων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ωστόσο

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

ισχυρίζεται ότι προσκομίστηκαν εκ παραδρομής, ότι διαθέτει τα κατάλληλα δικαιολογητικά, και προσκομίζοντας μετ' επικλήσεως δικαιολογητικά, επικαλούμενη τα άρθ. 102 και 103 του ν. 4412/2016 ως τροποποιημένα με τον ν. 4782/2021 ισχύουν, τις αρχές της διαφάνειας, αναλογικότητας, και ελευθέρου ανταγωνισμού ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή, πριν απορρίψει την προσφορά της έπρεπε να την καλέσει να προσκομίσει τα κατάλληλα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ενώ ειδικά ως προς την απόρριψη του προσκομισθέντος αποδεικτικού φορολογικής της ενημερότητας, επικαλούμενη το άρθ. 19 του ν. 4704/2020, ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή πριν απορρίψει την προσφορά της ήταν υποχρεωμένη να λάβει αυτεπαγγέλτως το ορθό ΑΦΕ, μέσω της διαλειτουργικότητας των πληροφοριακών τους συστημάτων με το Κέντρο Διαλειτουργικότητας της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο δεύτερο εδάφιο της παρ. 5 του άρθρου 47 του ν. 4623/2019, και ότι πάντως δεν μπορεί να απαιτείται από την ίδια η προσκόμιση του ΦΑΕ. Η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής (έγγραφο 12506/12-7-2021) που κοινοποίησε εμπροθέσμως και προσηκόντως με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, τόσο προς την ΑΕΠΠ την 12-7-2021, όσο και προς την προσφεύγουσα την 14-7-2021, υποστηρίζει ότι ορθά απορρίφθηκαν ως εκπρόθεσμα τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και του νόμου, ότι ακόμη και εάν τα υποβληθέντα έγγραφα υπεβλήθησαν εκ παραδρομής, όμως αποτελεί ευθύνη του προσωρινού αναδόχου να προσκομίσει τα ορθά δικαιολογητικά, ότι στον υπ' όψιν διαγωνισμό δεν μπορούν να ισχύσουν οι τροποποιημένες διατάξεις των άρθ. 102 και 103 του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι ο χρόνος υποβολής των προσφορών είχε λήξει την 17-3-2021 ήτοι προ της θέσης σε ισχύ των τροποποιημένων διατάξεων, ενώ συγχρόνως εάν εν προκειμένω εζητούντο και ελαμβάνοντο τα ορθά δικαιολογητικά, τότε θα επρόκειτο για ανεπίτρεπτη αντικατάσταση υποβληθέντων και απορριπτέων δικαιολογητικών με νέα. Η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει επίσης ότι παρέλκει η εξέταση του λόγου της προσφυγής περί του ΑΦΕ δεδομένου ότι ακόμη και εάν ευσταθεί δεν μπορεί να θεραπεύσει την πλημμέλεια των εκπρόθεσμων και απορριπτέων ως άνω ετέρων δικαιολογητικών.

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

3. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. 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....»

4. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιωνπροσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως: ...ιβ) τους όρους ... σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, ... ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς... κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...»

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 « Οι συμβάσεις ανατίθενται εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης... και στα έγγραφα της σύμβασης...»

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 «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 ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. ...»

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

7. Επειδή στο άρθρ. 102 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή ήσσοнос σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς.»

8. Επειδή με το άρθ. 42 του ν. 4782/2021 τροποποιήθηκε το άρθ. 102 του ν. 4412/2016 ως εξής « Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.»

9. Επειδή, στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» ορίζεται ότι «..Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α΄ 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης.

2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. ... 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. .. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. ... 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2, και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. 7. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, κατά τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος.»

10. Επειδή με το άρθρ. 43 του ν. 4782/2021 τροποποιήθηκε το άρθρ. 103 του ν. 4412/2016 ως εξής «Πέραν των οριζόμενων στις παρ. 3 και 4 του άρθρου 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, και στο άρθρο 93, περί περιεχομένου φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής», ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 2690/1999 (Α` 74), όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα του προηγούμενου εδαφίου και εντός της προθεσμίας της πρόσκλησης της παρ. 1. .. 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε... 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παρ. 1 και τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, περί χρόνου συνδρομής όρων συμμετοχής και οψιγενών μεταβολών, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, η διαδικασία ματαιώνεται...»

11. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 142 του ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α 36/9-3-2021) με τον τίτλο Έναρξη ισχύος Μέρους Α` ορίζεται ότι « 1. Η ισχύς των διατάξεων:... 2. Η ισχύς των άρθρων ... 42, ... αρχίζει από τη δημοσίευση του παρόντος στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. 3. Η ισχύς των υπολοίπων άρθρων του παρόντος αρχίζει από την 1η.6.2021, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του.»

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

12. Επειδή, στο άρθρο 104 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Άρθρο 104 Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές» ορίζεται ότι « 1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105...»

13. Επειδή στην διακήρυξη ορίζεται ότι «...4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης κοινοποίησης σε αυτόν τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης. ... γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α) αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. ... δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: ... ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή ii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασία ...Άρθρο 9:

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

Συμπλήρωση – αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών Η αναθέτουσα αρχή46 μπορεί, κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, να καλέσει τους οικονομικούς φορείς, μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του υποσυστήματος να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, συμπεριλαμβανομένης και της οικονομικής τους προσφοράς, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 13 της υπ' αρ. 117384/26-10-2017 Κ.Υ.Α.... 22.Α. Λόγοι αποκλεισμού Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (αν πρόκειται περί ένωσης οικονομικών φορέων) ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων: 22.Α.1. Όταν υπάρχει εις βάρος του αμετάκλητη74 καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους: α) συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση... β) δωροδοκία.. γ) απάτη... δ) τρομοκρατικά εγκλήματα ή εγκλήματα συνδεδεμένα με τρομοκρατικές δραστηριότητες... ε) νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες ή χρηματοδότηση της τρομοκρατίας... στ) παιδική εργασία και άλλες μορφές εμπορίας ανθρώπων... Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται επίσης όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.), προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. Ε.Ε.) και Ιδιωτικών Κεφαλαιουχικών Εταιρειών (Ι.Κ.Ε.), η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου, αφορά τους διαχειριστές.... 22.Α.2 Όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης... 22.A.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις...(β) εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου....Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής... 23. 2 . Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα) Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας...23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α. Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας: Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά (α) για την παράγραφο Α.1 του άρθρου 22 της παρούσας: απόσπασμα του ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμου εγγράφου που εκδίδεται από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του κράτους-μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο εν λόγω οικονομικός φορέας, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούνται αυτές οι προϋποθέσεις, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Η υποχρέωση προσκόμισης του ως άνω αποσπάσματος αφορά και τα πρόσωπα των τελευταίων τεσσάρων εδαφίων της παραγράφου Α.1 του άρθρου 22. (β) για την παράγραφο Α.2 του άρθρου 22: πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, περί του ότι έχουν εκπληρωθεί οι υποχρεώσεις του οικονομικού φορέα, όσον αφορά στην καταβολή φόρων (φορολογική ενημερότητα) και στην καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

(ασφαλιστική ενημερότητα)⁹⁹ σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία του κράτους εγκατάστασης ή την ελληνική νομοθεσία αντίστοιχα, που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του¹⁰⁰. Για τους προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα τα σχετικά δικαιολογητικά που υποβάλλονται είναι - φορολογική ενημερότητα που εκδίδεται από το Υπουργείο Οικονομικών (αρμόδια Δ.Ο.Υ) για τον οικονομικό φορέα και για τις κοινοπραξίες στις οποίες συμμετέχει για τα δημόσια έργα που είναι σε εξέλιξη¹⁰¹. Οι αλλοδαποί προσφέροντες θα υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση¹⁰² περί του ότι δεν έχουν υποχρέωση καταβολής φόρων στην Ελλάδα. Σε περίπτωση που έχουν τέτοια υποχρέωση θα υποβάλλουν σχετικό αποδεικτικό της οικείας Δ.Ο.Υ... (γ) για την παράγραφο Α.4(β) του άρθρου 22106: πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του¹⁰⁷. Για τους οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι ή 30 εκτελούν έργα στην Ελλάδα το πιστοποιητικό ότι δεν τελούν υπό πτώχευση, , πτωχευτικό συμβιβασμό, αναγκαστική διαχείριση, δεν έχουν υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης εκδίδεται από το αρμόδιο πρωτοδικείο της έδρας του οικονομικού φορέα. Το πιστοποιητικό ότι το νομικό πρόσωπο δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση με δικαστική απόφαση εκδίδεται από το οικείο Πρωτοδικείο της έδρας του οικονομικού φορέα, το δε πιστοποιητικό ότι δεν έχει τεθεί υπό εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων εκδίδεται από το Γ.Ε.Μ.Η., σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, ως κάθε φορά ισχύουν. Ειδικά η μη αναστολή των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων του οικονομικού φορέα, για τους εγκατεστημένους στην Ελλάδα οικονομικούς φορείς, αποδεικνύεται μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων... »

14. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα 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, ΣτΕ Ε.Α. 523/2010), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής,

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

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 συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007, 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 (ΕΑ ΣτΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 26/2007 κ.ά.). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή 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 Construcrction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, 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 βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

15. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία εφόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση *Pirro Pizzo*, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51).

16. 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

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

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, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

17. Επειδή, παγίως έχει κριθεί ότι σύμφωνα με την ανωτέρω αρχή της σαφήνειας της διακήρυξης, अपαράβατοι όροι εκάστης διακήρυξης αποτελούν έκφραση της αρχής της τυπικότητας, η οποία διέπει τον τρόπο συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣτΕ 127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ ΣτΕ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008).

18. 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*

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

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). Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο σε περίπτωση ενδεχόμενου αποκλεισμού από τη διαδικασία (C27/15, *Pirro Pizzo*, ECLI:C:2016:404, σκ. 42).

19. 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 απόρριψης της προσφοράς.

20. Επειδή σύμφωνα με την διακήρυξη, ρητώς σαφώς και επί ποινή αποκλεισμού των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου (με τον όρο 4.2), και προκειμένου να αποδειχθεί ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού από τους προβλεπόμενους στους όρους της διακήρυξης 22.A.1 (ποινικές καταδίκες), 22.A.2 (φορολογικές υποχρεώσεις) και 22.A.4 (αφερεγγυότητα), απαιτείται η προσκόμιση των δικαιολογητικών που προβλέπονται αντιστοίχως στους όρους της διακήρυξης 23.3 (α) (απόσπασμα ποινικού μητρώου), 23.3 (β) (Φορολογική ενημερότητα), 23.3 (γ) (πιστοποιητικά μη πτώχευσης κλπ), με τις συγκεκριμένες προβλεπόμενες ημερομηνίες έκδοσης και ισχύος αυτών, τα οποία αδιαμφισβητήτως και ομολογημένα δεν προσκόμισε η προσφεύγουσα. Συνεπώς, σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει, και ορθά απέρριψε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφεύγουσας η οποία ομολογουμένως δεν προσκόμισε τα απαιτούμενα έγγραφα, καθυποβαλόμενα και η ίδια η αναθέτουσα αρχή στους ως άνω ρητούς και σαφείς όρους της διακήρυξης που η ίδια έθεσε (όροι σκέψη 4.2, 22, 23), τον νόμο (άρθ. 18, 53, 71, 73, 91, 103, 104 του ν. 4412/2016 σκέψεις 2-6, 9, 12) και σύμφωνα με τις αρχές της τυπικότητας, της ισότητας και της

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

διαφάνειας (σκέψεις 14-19), καθόσον δεν αποδείχθηκε η μη συνδρομή στο πρόσωπό της προσφεύγουσας των ως άνω λόγων αποκλεισμού. Περαιτέρω, τα προσκομισθέντα το πρώτον με την προσφυγή -νέα- δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν εξετάζονται στα πλαίσια της παρούσας διαδικασίας καθόσον δεν προκύπτει ότι κατετέθηκαν εμπροθέσμως και προσηκόντως ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, ούτε ότι αξιολογήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή, στα πλαίσια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Σύμφωνα με τον νόμο, η ΑΕΠΠ δεν αξιολογεί το πρώτον με την προσφυγή προσκομιζόμενα έγγραφα, τα οποία όφειλε ο διαγωνιζόμενος να υποβάλει με την προσφορά του στην αναθέτουσα αρχή, καθώς δεν δικαιούται να την υποκαταστήσει, αξιολογώντας πρωτογενώς την προσφορά. Συγκεκριμένα σύμφωνα με το άρθ. 367 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, *Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής .. 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...* Συνεπώς η ΑΕΠΠ, ειδικά σύμφωνα με τον νόμο ως άνω, διαθέτει μόνο ακυρωτική εξουσία και αρμοδιότητα, και δεν έχει εξουσία να προβεί η ίδια σε οποιαδήποτε ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Επί πλέον σύμφωνα με τις αρχές της τυπικότητας, νομιμότητας και ισότητας δεν χωρεί εκτίμηση της συνδρομής ή όχι λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο της προσφεύγουσας, επί τη βάση αποδεικτικών στοιχείων το πρώτον προσκομιζόμενων ενώπιον της ΑΕΠΠ, η οποία επί πλέον δεν είναι όργανο του διαγωνισμού, ούτε δύναται να κρίνει πρωτοτύπως επί της επάρκειας της προσφοράς διαγωνιζόμενου, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής.

21. Επειδή, η προσφεύγουσα αορίστως και περαιτέρω αβασίμως ισχυρίζεται ότι τα δικαιολογητικά της κατακύρωσης δεν έπρεπε να απορριφθούν πριν η αναθέτουσα αρχή την καλέσει κατ' εφαρμογήν του τροποποιημένου άρθ. 103 του ν. 4412/2016 να προσκομίσει τα ορθά δικαιολογητικά, αβασίμως επικαλούμενη «... το υπ' αριθ. 2339/16-04-2021 έγγραφο (της ΕΑΑΔΗΣΥ) με Θέμα: «Διευκρινίσεις ως προς επιμέρους διατάξεις του ν. 4782/2021 (Α' 36). Τροποποίηση του ν. 4412/ 2016 και άλλες

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

διατάξεις», όπου μεταξύ άλλων στην σελίδα 10, αναφέρεται ότι καθώς δεν υπάρχει ρητή μεταβατική διάταξη στον νόμο, οι ρυθμίσεις του άρθρου 102 κάτω από κάποιες προϋποθέσεις μπορούν να τύχουν εφαρμογής για τους διαγωνισμούς οι οποίο βρίσκονται σε εξέλιξη. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω θεωρούμε ότι πρέπει να ισχύσει κατ' αναλογία η ίδια δυνατότητα και για παράγραφο 2 του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021..» Και τούτο ίδια διότι i) για μεν το νέο άρθ. 102 του ν. 4412/2016 ο ν. 4782/2021 ρητώς και σαφώς ορίζει ότι αρχίζει να εφαρμόζεται από την δημοσίευση του νόμου στο ΦΕΚ ήτοι από την 9-3-2021, ενώ ii) για το δε νέο άρθ. 103 επίσης σαφώς και ρητώς ορίζεται ότι η ισχύς του αρχίζει από την 1-6-2021 χωρίς ο νόμος να αναφέρει ότι τα επίμαχα τροποποιημένα άρθρα εφαρμόζονται στους εν εξέλιξη διαγωνισμούς, και χωρίς η προσφεύγουσα να διευκρινίζει υπό ποιες -κατά την άποψή της- προϋποθέσεις μπορούν να τύχουν εφαρμογής για τους διαγωνισμούς οι οποίο βρίσκονται σε εξέλιξη. Συνεπώς ο ισχυρισμός φέρεται αορίστως απαραδέκτως και είναι απορριπτέος. Σε κάθε περίπτωση ως έχει κριθεί επί του θέματος του εάν το τροποποιημένο άρθ. 103 του ν. 4412/2016 καταλαμβάνει και τις ήδη εκκρεμούσες εν εξέλιξη διαγωνιστικές διαδικασίες «... Ωστόσο η διάταξη αυτή (Σημείωση Εισηγήτριας: Εννοεί την νέα διάταξη) δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω, δεδομένου ότι δεν περιέχεται ειδική ρύθμιση στον νόμο ότι η εν λόγω τροποποίηση καταλαμβάνει και εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες (πρβλ. ΕΑ 129/2018)...» (ΣΤΕ 1904/2020, ΣΤΕ 241/2019, ΣΤΕ 240/2019). Περαιτέρω επίσης αβασίμως η προσφεύγουσα επικαλείται την αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021 σύμφωνα με την οποία «Αποτελεί επιλογή η απομάκρυνση από την αυστηρή εκδοχή της αρχής της τυπικότητας που οδηγεί σε υπέρμετρα γραφειοκρατικά εμπόδια για τους οικονομικούς φορείς και συνεπάγεται αδικαιολόγητες δυσκολίες για τις αναθέτουσες αρχές προκειμένου να βελτιστοποιήσουν τις προμήθειές τους μειώνοντας τεχνητά τον ανταγωνισμό. Παράλληλα, η προηγούμενη, υπερβολικά αυστηρή/τυπική μορφή του άρθρου βρίσκεται πολύ μακριά από το πνεύμα των ενωσιακών Οδηγιών». Και τούτο διότι εν προκειμένω, η προσφεύγουσα απαρεγκλίτως σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και του νόμου (σκέψη 20) προσκλήθηκε την 6-5-2021 και κατέθεσε την 12-5-

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

2021 -ήτοι προ καν της θέσης σε ισχύ του νέου άρθ. 103 του ν. 4412/2016 εν σχέσει άλλως τε με τις νέες διαγωνιστικές διαδικασίες- τα δικαιολογητικά της κατακύρωσης, τα οποία δεν προσκόμισε ομολογημένα, κατά τρόπο που να μην συντρέχει εν προκειμένω περίπτωση *υπέρμετρου γραφειοκρατικού εμποδίου* για την ίδια ούτε περίπτωση *τεχνητής μείωσης του ανταγωνισμού* εις βάρος της, καθώς μάλιστα προσκομίζει νέα δικαιολογητικά -κατά δήλωσή της- ορθά δικαιολογητικά με την παρούσα προσφυγή, καθυποβαλόμενη οψίμως στις διατάξεις της διακήρυξης και του νόμου. Κατά τα λοιπά απαραδέκτως εκ συμφέροντος της αναθέτουσας αρχής επικαλείται η προσφεύγουσα την αιτιολογική έκθεση που αναφέρεται σε *αδικαιολόγητες δυσκολίες για τις αναθέτουσες αρχές προκειμένου να βελτιστοποιήσουν τις προμήθειές τους*. Περαιτέρω αβασίμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η «...εφαρμογή και μόνο της αρχής της τυπικότητας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019, μην λαμβάνοντας υπόψη την αρχή της αναλογικότητας και της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ενισχύει την παθογένεια για την οποία όπως αναφέρει και η εισηγητική έκθεση του νόμου βρίσκεται πολύ μακριά από το πνεύμα των ενωσιακών Οδηγιών. » Και τούτο διότι δεν χωρεί εν προκειμένω εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας διότι η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα και όχι κατ' επιλογήν του πλέον αναλογικού μέτρου, εφάρμοσε επακριβώς τις διατάξεις της διακήρυξης και του νόμου, και απέκλεισε την προσφορά της προσφεύγουσας. Συγκεκριμένα, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, της αναλογικότητας και της επιείκειας έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191), και δεν χωρεί κατά την ενάσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας (βλ. ΣτΕ 3160/2015, 2067/2004) της Διοίκησης. Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των ανωτέρω αρχών όταν η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 2098/2013, ΣτΕ, 13/2003, 1072/2003), ως εν προκειμένω.

Αριθμός Απόφασης: 1446/2021

Συνεπώς για τους παραπάνω λόγους πρέπει να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας και η προσφυγή.

22. Επειδή ανεξαρτήτως των παραπάνω, παρέλκει ειδικά η περαιτέρω εξέταση των ισχυρισμών του δεύτερου λόγου της προσφυγής σχετικά με την υποχρέωση ή όχι, προσκόμισης του Αποδεικτικού Φορολογικής Ενημερότητας από τον προσωρινό ανάδοχο, δεδομένου ότι η μη προσκόμιση προσηκόντων αποσπασμάτων ποινικού μητρώου και πιστοποιήσεων μη πτώχευσης, πτωχευτικού συμβιβασμού, αναγκαστικής διαχείρισης, μη υπαγωγής σε εκκαθάριση με δικαστική απόφαση παρέχουν έκαστο αυτοτελές αιτιολογικό έρεισμα απόρριψης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και της προσφοράς της προσφεύγουσας. Συνεπώς ακόμη και ανεξαρτήτως αποδοχής ή μη του δεύτερου λόγου της προσφυγής περί ΑΦΕ, παραμένει απορριπτέα η προσφυγή, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και η προσφορά της προσφεύγουσας (ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, 227, 83/2013, 344/2017, 102/2015, 82/2014, ΔΕφΑθ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 239/2019, 841/2012 (ΑΣΦ), ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.)

23. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

25. Επειδή ύστερα από τη παραπάνω σκέψη 24, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει καταπέσει (άρθ. 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε την 6 Σεπτεμβρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο Γραμματέας
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**