

Η

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

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 13-12-2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Βύρρα και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 11-11-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2118/12-11-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 2-11-2021 κοινοποιηθείσας, υπ' αριθ. 404/2021 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος διέταξε την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του, στο πλαίσιο της διαδικασίας για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης για την, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 300.000 ευρώ που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 8-5-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 26-11-2021 Απόψεις της.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. και ποσού 1.500 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, μετ' εννόμου συμφέροντος και εμπρόθεσμα ασκείται η προσφυγή του αποκλεισθέντος προσφεύγοντος κατά της εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών κατακύρωσης,

καθ' ο μέρος ειδικώς διετάχθη η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του. Απορριπτέες είναι δε οι αιτιάσεις της αναθέτουσας σχετικά με την εκ του προσφεύγοντος μη προβολή της προηγηθείσας ως άνω Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής, που όρισε σε αυτόν συμπληρωματική προθεσμία υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθώς πρώτον, δι' αυτής ουδόλως ορίσθηκε η ίδια η κατάπτωση της εγγυητικής του, κεφάλαιο της νυν προσβαλλομένης που αποκλειστικά προσβάλλει ο προσφεύγων και ουδεμία περί αυτού εκτελεστή κρίση, βλ. κατωτέρω, υφίστατο στην προηγηθείσα Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής. Δεύτερον, το άρ. 104 παρ. 3 Ν. 4412/2016, βλ. και κατωτέρω, ορίζει ότι «Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής κατά την παρ. 2, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του.» και άρα, η ως άνω διάταξη σε κάθε περίπτωση και ασχέτως υποχρέωσης επιστροφής της εγγυητικής συμμετοχής, ορίζει και κατοχυρώνει τη «μη κατάπτωσή της», η οποία οποτεδήποτε και αν λάβει χώρα εφεξής, βλ. κατωτέρω, είναι μη το πρώτον μη νόμιμη, ασχέτως αν προηγήθηκαν πράξεις της αναθέτουσας δια των οποίων αυτή απλά απείχε από την επιστροφή της, αποχή που όμως δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου και την κατάπτωσή της. Ούτε η τυχόν παράνομη παράλειψη ή άρνηση επιστροφής της εξομοιούται με την περαιτέρω παράνομη πράξη κατάπτωσης της, η οποία είναι διακριτή και αυτοτελώς προσβαλλομένη, ως αυτοτελώς προσβάλλεται στο πλαίσιο της το πρώτον διατάσσουσας αυτής, νυν προσβαλλομένης. Τρίτον, η Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής 357/2021 δεν όρισε την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής, αλλά «επισήμανε» ότι μελλοντικά και αν δεν υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης θα ορίσει την κατάπτωση εγγυητικής συμμετοχής του. Άρα, είχε ως προς τούτο μη εκτελεστό περιεχόμενο, αφού η έννοια της εκτελεστότητας συνίσταται στο ότι η καθοριζόμενη από αυτήν συμπεριφορά και γενικότερα ρύθμιση είναι άνευ ετέρου υποχρεωτική χωρίς να απαιτείται άλλη διαδικασία, ενώ ως προς την εγγυητική συμμετοχής η Απόφαση αυτής είχε απλώς χαρακτήρα σύστασης-υπόδειξης προς μελλοντική συνέπεια και προειδοποίησης και ούτως δεν φέρει εκτελεστότητα (ΣτΕ 3054/1991) και συνεπώς, δεν ήταν ως προς αυτό, ήτοι το

ζήτημα της κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής, προσβλητή δια προδικαστικής προσφυγής. Εξάλλου, η ως άνω Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής 357/2020 ούτε η ίδια οδήγησε στη δια της νυν προσβαλλομένης το πρώτον κατάπτωση (που ουδόλως άλλωστε, ήταν δεδομένο, βέβαιο και υποχρεωτικό να λάβει χώρα δια της νυν προσβαλλομένης, εξαιτίας τυχόν της Απόφασης 357/2021) ούτε παρήγαγε η ίδια οιαδήποτε έννομη συνέπεια ως προς την εγγυητική συμμετοχής, η οποία έννομη συνέπεια το πρώτον και αποκλειστικά έλαβε χώρα δια της νυν προσβαλλομένης. Επιπλέον, το κριθέν δι' αυτής ζήτημα περί απεύθυνσης πρόσκλησης εκ νέου υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν παρήγαγε μόνο του και αφ' εαυτού βλάβη στον προσφεύγοντα, τουλάχιστον, αφού η βλάβη του τελευταίου απέρρευσε αποκλειστικά από την κατάπτωση της εγγυητικής του. Άρα, κατ' απόρριψη των ισχυρισμών της αναθέτουσας, παραδεκτώς ασκείται η προσφυγή κατά της νυν προσβαλλομένης, ως προς το κεφάλαιο της τελευταίας που διατάσσει την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του προσφεύγοντα. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων απεκλείσθη με την εξής αιτιολογία «Έχοντας υπόψη: ... 4. Την αρ. 293/10.08.2021 (ΑΔΑ:) απόφαση της οικονομικής επιτροπής, με την οποία ανακηρύχθηκε προσωρινός μειοδότης του διαγωνισμού ο Οικονομικός Φορέας: «.....». 5. Το αρ. πρωτ. 17069/14.09.2021 έγγραφο της ... με το οποίο κλήθηκε ο προσωρινός μειοδότης του διαγωνισμού,, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την λήψη του, να υποβάλει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της διακήρυξης του έργου και στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016. 6. Το γεγονός ότι ο προσωρινός μειοδότης δεν ανταποκρίθηκε στο κάλεσμα της 7. Την αρ. 357/05.10.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής ... (ΑΔΑ:), σύμφωνα με την οποία αποφασίστηκε η απεύθυνση εκ νέου πρόσκλησης στο προσωρινό μειοδότη, κ., για την υποβολή των προβλεπόμενων δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου και των αποδεικτικών εγγράφων νομιμοποίησης του, εντός δέκα (10) ημερών από την

κοινοποίηση της απόφασης και επισημάνθηκε (στον προσωρινό μειοδότη) ότι σε περίπτωση που δεν υποβάλει εμπρόθεσμα ή σε εγκεκριμένη παράταση τα ζητούμενα δικαιολογητικά η προσφορά του θα απορριφθεί και θα καταπέσει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 4 του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 και στην παρ. 4.2.δ της διακήρυξης. 8. Το από 08.10.2021 μήνυμα στον προσωρινό μειοδότη, κ., μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ με το οποίο του κοινοποιήθηκε η προαναφερόμενη αρ. 357/05.10.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής Δ. ...(ΑΔΑ:). 9. Το γεγονός ότι ο προσωρινός μειοδότης, κ., δεν προσκόμισε τα ζητούμενα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης του, εντός των δέκα (10) ημερών από την προαναφερόμενη κοινοποίηση και ούτε ζήτησε παράταση για την προσκόμιση των δικαιολογητικών αυτών, 10. Τις διατάξεις του άρθρου 103 “Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών” του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 43 του Ν 4782/2021, που έχει 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 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. 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 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... [αποφασίζουμε] την απόρριψη της προσφοράς του Οικονομικού Φορέα «.....» (Α.Α κατάθεσης) στο διαγωνισμό του έργου «.....» (Α.Α. ΕΣΗΔΗΣ ...) 2. Την κατάπτωση υπέρ του Δήμου της αρ. .../02.06.2021 εγγυητικής επιστολής του ΤΑΜΕΙΟΥ ΜΗΧΑΝΙΚΩΝ & ΕΡΓΟΛΗΠΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ (ΤΜΕΔΕ) συμμετοχής του, στον διαγωνισμό του έργου «.....», ποσού 6.000,00€. Την κατάθεση του ποσού κατάπτωσης στον αριθμ. IBAN «.....» λογαριασμό του Δήμου στην Εθνική Τράπεζα.». Συνεπώς, την 16-8-2021 κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα η με αρ. 293/2021 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, που τον ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο και 14-9-2021 κλήθηκε ο προσφεύγων να υποβάλει εντός δέκα ημερών δικαιολογητικά κατακύρωσης. Πλην όμως, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του

διαγωνισμού, ήδη την 31-8-2021, ήτοι προ κλήσης του προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, απέστειλε μέσω της ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπεύθυνη δήλωση οφισγενών μεταβολών (όπου ανέφερε ότι «η παρούσα δήλωση αφορά το έργο "....." και σας ενημερώνω ότι έχουν επέλθει οφισγενείς μεταβολές λόγω οφειλών που προέκυψαν στη ΑΑΔΕ σύμφωνα και με το αποδεικτικό που σας επισυνάπτω»), που συνίσταντο στο ότι μετά την προσφορά του, ανέκυψαν οφειλές φορολογικές, που εμπόδιζαν την έκδοση αποδεικτικού φορολογικής ενημερότητας, όπως απέδειξε επισυνάπτοντας στην 31-8-2021 δήλωση του το οικείο από 31-8-2021 αποδεικτικό άρνησης χορήγησης ενημερότητας της ΑΑΔΕ (που αναφέρει επί της από 31-8-2021 αίτησης έκδοσης του ότι «Δεν μπορεί να εκδοθεί αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας.») και άρα, προέκυψε ο λόγος αποκλεισμού 22.Α.2^α-β της διακήρυξης («22.Α.2 Εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας 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, β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.»). Τούτο ενώ συνυπέβαλε την από 8-6-2021 φορολογική ενημερότητά του με διάρκεια ως 8-8-2021, που αποδείκνυε την κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς του, συνδρομή της παραπάνω προϋπόθεσης συμμετοχής και την έλλειψη του οικείου λόγου αποκλεισμού, κατά την 9-6-2021 όταν υπέβαλε τη νυν προσφορά του και κατά την 15-6-2021, όταν έληξε η προθεσμία υποβολής προσφορών. Άρα, ούτως απέδειξε τον οφισγενή, ήτοι μετά τον κατ' άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς, χαρακτήρα της ως άνω μεταβολής επί της μη συνδρομής του ως άνω λόγου αποκλεισμού, όπως και απέδειξε τη μεταβολή αυτή. Επομένως, η αναθέτουσα τον κάλεσε στις 14-9-2021 να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης εν γνώσει ότι ήδη είχε ενώπιον της δηλώσει και αποδείξει την οφισγενή και μετά την υποβολή της προσφοράς του, απώλεια

προσόντος συμμετοχής, συνισταμένου στην έλλειψη φορολογικών οφειλών και αδυναμία υποβολής του σχετικού δικαιολογητικού κατακύρωσης. Την 15-9-2021, ήτοι αμέσως μετά την ως άνω κλήση του, απέστειλε επόμενο μήνυμα ηλεκτρονικής επικοινωνίας με το εξής περιεχόμενο «Σε συνέχεια του μηνύματός μας της 31/08/2021 και κατόπιν πολλών τηλεφωνικών προσπαθειών στο νούμερο τηλεφώνου που έχουμε κάνει, δεν έχουμε καταφέρει να έρθουμε σε επικοινωνία με τον Δήμο σας. Παρακαλώ ελέγξτε την επικοινωνία διότι έχουν επέλθει οψιγενείς μεταβολές όπως σας έχουμε ήδη ενημερώσει με μήνυμά μας από της 31/08/2021. -----Αρχικό μήνυμα-----Σας αποστέλλουμε συνημμένα το αρ. πρωτ. 17069/14-9-2021 έγγραφο της, με το οποίο καλείστε όπως, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών να υποβάλετε τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της διακήρυξης του έργου και στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016. πλην όμως την 22-9-2021, ήτοι προ λήξης της ως άνω προθεσμίας υποβολής τους, απέστειλε ειδοποίηση στην αναθέτουσα», η αναθέτουσα απάντησε στις 17-9-2021 «Σε συνέχεια του από 15/9/2021 μηνύματός σας, σας υπενθυμίζουμε ότι η επικοινωνία για τους διαγωνισμούς γίνεται από την πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ. Η δήλωσή σας για οψιγενείς μεταβολές θα ληφθεί υπόψη κατά την εξέταση όλων των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου και σε περίπτωση που αποδειχθούν οι δηλωμένες μεταβολές, δεν θα προταθεί στην Α.Α. η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής σας, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της διακήρυξης του έργου και στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016.», ενώ στις 22-9-2021 ο προσφεύγων απάντησε με υπόμνημά του, στο οποίο επανέλαβε ότι έχει ενημερώσει κατά τα ανωτέρω, περί της οψιγενούς μεταβολής. Το αρ. 104 παρ. 2 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά.», ενώ το αρ. 103 παρ. 5 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «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.». Συνεπώς, οι προσφέροντες οφείλουν να ειδοποιούν «αμελλητί», δηλαδή αμέσως μετά την εκ μέρους τους γνώση, τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού που δεν υπήρχαν κατά τον χρόνο προσφοράς τους και η εκ μέρους τους τέτοια αμελλητί ειδοποίηση, και μεν προφανώς άγει σε απόρριψη της προσφοράς τους, αλλά και στην αποφυγή κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής τους. Τούτο ανεξαρτήτως αν οι οψιγενείς μεταβολές και η περί αυτών ειδοποίηση, έλαβαν χώρα προ της κλήσης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης ή μετά από αυτή και πριν τη λήξη προθεσμίας υποβολής τους. Ούτε ο οικονομικός φορέας δεσμεύεται να αναμείνει ως την κλήση του για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν δηλώσει την οψιγενή μεταβολή ούτε δικαιούται να καθυστερήσει ως τότε την ενημέρωση της αναθέτουσας, η οποία αντίθετα θα πρέπει να λάβει χώρα «αμελλητί» μετά την εκ μέρους του γνώση της, που εν προκειμένω προκύπτει την 31-8-2021, όταν και υπέβαλε το απορριφθέν αίτημα έκδοσης νέας φορολογικής ενημερότητας και έλαβε την απορριπτική απάντηση ούτε δεσμεύεται η αναθέτουσα, μετά την ενημέρωσή της να τον καλέσει παρά αυτή, να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης και να αναμείνει να μην τα

προσκομίσει, όπως ήδη εξαρχής έχει ενημερώσει, προκειμένου να τον αποκλείσει. Περαιτέρω, εν προκειμένω η αναθέτουσα παρά τα ανωτέρω και ενώ από 14-9-2021 ήδη κάλεσε αυτόν να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης, εν γνώσει της ότι είχε απωλέσει το οικείο προσόν συμμετοχής και παρά την εκ μέρους του αμελλητί ενημέρωση, εν συνεχεία, παρά τα επανειλημμένα από 15-9-2021 και από 22-9-2021 υπομνήματά του, ουδόλως λαμβάνοντας αυτά υπόψη ως και την εξαρχής από 31-8-2021 δήλωση του περί οφигενών μεταβολών, εκ νέου την 8-10-2021 με τη με αρ. 357/2021 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της κάλεσε αυτόν με συμπληρωματική προθεσμία να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης και εν τέλει με την από 2-11-2021 κοινοποιηθείσα προσβαλλομένη, όχι απλώς τον απέκλεισε, αλλά και διέταξε την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του. Ασχέτως δε αν η αναθέτουσα δύνατο να τάξει σε αυτόν, παρά την ως άνω εκ μέρους της οριστική γνώση της περί έλλειψης του ως άνω προσόντος συμμετοχής, δύο διαδοχικές προθεσμίες υποβολής των δικαιολογητικών, η υποβολή των οποίων εις γνώση της ήταν αδύνατη, πριν τον αποκλείσει, ζήτημα που στην προκείμενη περίπτωση δεν γεννά βλάβη μόνο του εις βάρος του προσφεύγοντα, σε κάθε περίπτωση, ενόψει της σαφούς διατύπωσης των ως άνω αρ. 103 παρ. 5 και 104 παρ. 2 και 3 Ν. 4412/2016 και της εξ αυτών συνδρομής προϋποθέσεων αμελλητί γνωστοποίησης στην ίδια αποδεδειγμένα συντελεσθείσας μεταβολής ως προς τη συνδρομή προσόντος συνιστάμενου σε έλλειψη λόγου αποκλεισμού, δεν είχε ούτε δέσμια αρμοδιότητα ούτε διακριτική ευχέρεια να διατάξει την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του. Απορριπτέοι είναι και οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας περί οφигενούς εκ του προσφεύγοντα ανάκτησης του προσόντος συμμετοχής, που πάντως αποδεδειγμένα είχε προηγουμένως οφигενώς, μετά την υποβολή της προσφοράς του, απωλέσει. Και τούτο, διότι ο προσφεύγων συμμορφούμενος με ό,τι ο νόμος και η διακήρυξη προβλέπει, ειδοποίησε αμελλητί την αναθέτουσα όταν απώλεσε το προσόν συμμετοχής και δη, η οικεία δήλωση του ήταν κατά τα ανωτέρω κατά τον χρόνο υποβολής της στην αναθέτουσα ορθή, αληθής και αποδεικνυόμενη και ουδόλως προκύπτει ή και η αναθέτουσα τυχόν επικαλείται το αντίθετο. Κατόπιν της ως άνω εκ μέρους του

ειδοποίησης, απηλλάγη οιασδήποτε άλλης έναντι της αναθέτουσας υποχρέωσης του, προκειμένου να μην καταπέσει η εγγυητική συμμετοχής του. Ούτε ο νόμος και η διακήρυξη ορίζουν οιοδήποτε διαρκές διάστημα μετά τη δήλωση οφигενούς μεταβολής, εντός της οποίας ο οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει να ανακτήσει το προσόν συμμετοχής, προκειμένου να ισχύσουν οι ευνοϊκές υπέρ αυτού συνέπειες του άρ. 104 παρ. 3 Ν. 4412/2016, στις οποίες παραπέμπει και το άρ. 103 παρ. 5. Ούτε η αναθέτουσα άλλωστε, παρά την ως άνω δήλωση του, να διατηρήσει αυτόν στο διαγωνισμό και σε κάθε περίπτωση να διατηρήσει εκκρεμή τη διαδικασία για όσο τυχόν διάστημα απαιτείτο, εωσότου ανακτήσει το απωλεσθέν προσόν συμμετοχής, αλλά όφειλε άνευ ετέρου να προβεί σε απόρριψη του, επιστροφή της εγγυητικής συμμετοχής του και κλήση του επομένου σε σειρά μειοδοσίας, αποδεκτού μειοδότη. Αντίθετη ερμηνεία άλλωστε, θα οδηγούσε σε εν τοις πράγμασι ανενέργεια και καταστρατήγηση του άρ. 104 παρ. 2-3 Ν. 4412/2016, αφού ο λόγος ακριβώς της πρόβλεψης περί αμελλητί ενημέρωσης της αναθέτουσας σχετικά με οφигενή συνδρομή λόγου αποκλεισμού, είναι η πρόοδος της διαδικασίας άνευ αποκλειστέου διαγωνιζομένου, κατ' απόκρυψη του λόγου αποκλεισμού του. Ούτως όμως, όπως ακριβώς η αναθέτουσα δεν δύνατο να αναμείνει εωσότου ανακτήσει τυχόν ο οικονομικός φορέας το προσόν, ούτως δεν δύναται και αντιστρόφως να διατάξει εις βάρος του τη δυσμενή επίπτωση της κατάπτωσης της εγγυητικής (εκ της οποίας ρητά απαλλάσσεται ο οικονομικός φορέας εκ του νόμου, δια μόνης της αμελλητί ενημέρωσης της αναθέτουσας περί της οφигενούς συνδρομής λόγου αποκλεισμού), λόγω οφигενούς μετά τη δήλωση του, ανάκτησης του προσόντος συμμετοχής. Άλλωστε, το γεγονός πως, αφού η αναθέτουσα δεν έλαβε υπόψη την εκ μέρους του δήλωση οφигενούς λόγου αποκλεισμού, προχώρησε τη διαδικασία, ωσάν αυτός να μην έχει δηλώσει οτιδήποτε, έταξε σε αυτόν, εν γνώσει της ως άνω δήλωσης και της ακριβείας της, δύο προθεσμίες υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και εν τέλει κατόπιν όλων των ανωτέρω, τυχόν έλαβε χώρα συμπτωματική ανάκτηση του προσόντος συμμετοχής που είχε απωλεσθεί, δεν αναιρεί και είναι άσχετη με την εξαρχής υποχρέωση της αναθέτουσας να επιστρέψει σε αυτόν την εγγυητική

συμμετοχής. Το γεγονός αυτό άλλωστε (ήτοι η ανάκτηση), αβασίμως προβάλλεται εν προκειμένω από την αναθέτουσα ως νομικώς σημαντικό και ως συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλομένης κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής του, αφού πρώτον, η οικεία υποχρέωση επιστροφής της εγγυητικής γεννήθηκε ήδη κατά τον χρόνο δήλωσης οψιγενούς μεταβολής και όχι κατά την απόρριψη των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όταν πάντως και οριστικά εκφράσθηκε η βούληση της αναθέτουσας όχι μόνο να μην την επιστρέψει (πράγμα που μόνο του θα σήμαινε τη διατήρηση της σε εκκρεμότητα και ισχύ εις χείρας της αναθέτουσας), αλλά και να διατάξει και την κατάπτωση της και δεύτερον, η παρανομία της κατάπτωσης της εγγυητικής, ερείδεται στην εξαρχής εκ της δήλωσης οψιγενούς λόγου αποκλεισμού, υποχρέωση της αναθέτουσας προς επιστροφή της εγγυητικής (η οποία προδήλως αποκλείει τη διαταγή κατάπτωσής της). Τρίτον, το αβάσιμο των ως άνω αιτιάσεων της αναθέτουσας προκύπτει και εκ του ότι αν γίνονταν δεκτές, θα έπρεπε αντιστρόφως να γίνει δεκτό ότι θα επέστρεφε και πάντως δεν θα διέτασσε την κατάπτωση, αν τυχόν ο προσφεύγων εξακολουθούσε να τελεί σε λόγο αποκλεισμού και άρα, ότι η εγγυητική του αμελλητί δηλούντος οψιγενή λόγο αποκλεισμού επιστρέφεται αν αυτός κατά τον χρόνο της κρίσης της αναθέτουσας, όποιος και αν είναι αυτός και καθοριστεί κατά κρίση της αναθέτουσας, εξακολουθεί να τελεί σε συνδρομή λόγου αποκλεισμού, αλλά καταπίπτει αν τυχόν παύσει ενδιάμεσως ο λόγος αποκλεισμού. Τα ανωτέρω όμως ουδέν έρεισμα στο νόμο ή τη διακήρυξη ευρίσκουν, αφού ουδόλως ορίζεται τέτοια πρόσθετη προϋπόθεση (περί εξακολούθησης του λόγου αποκλεισμού) για την επιστροφή της εγγυητικής του αμελλητί δηλούντος σχετικό λόγο αποκλεισμού. Εξάλλου, το άρ. 104 παρ. 2 Ν. 4412/2016 δεν ορίζει ότι η δήλωση οψιγενών μεταβολών υποβάλλεται ειδικώς κατά τον χρόνο δικαιολογητικών κατακύρωσης και εφόσον εκλείπουν τα σχετικά προσόντα ειδικώς κατά τον χρόνο αυτό ούτε ορίζει ότι αν εκλείψουν νωρίτερα, οφείλει ή δύναται ο οικονομικός φορέας να αναμείνει ως τότε, προκειμένου να δηλώσει την οψιγενή μεταβολή και αν τυχόν εξακολουθεί να συντρέχει ως τότε. Αντίθετα, ρητά η ως άνω διάταξη ορίζει πρώτον, ότι η δήλωση οψιγενούς μεταβολής θα πρέπει να λάβει χώρα αμελλητί, ήτοι άμεσα και δεύτερον,

οποτεδήποτε και αν γίνει γνωστή στον οικονομικό φορέα, άρα, ανεξαρτήτως σταδίου στο οποίο ευρίσκεται η διαδικασία. Δεδομένων των ανωτέρω, δεν είναι δυνατόν αντιστρόφως, αφού ο προσφέρων οφείλει να δηλώσει αμελλητί και οποτεδήποτε συντρέξει τη μεταβολή, η αναθέτουσα να δύναται να αναμείνει ως την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, ώστε να κρίνει αν αυτή η μεταβολή εξακολουθεί και δη, ώστε να επιστρέψει την εγγυητική συμμετοχής ή και για να μη διατάξει την κατάπτωσή της. Άλλωστε, δεδομένου ότι η αναθέτουσα γνώριζε ήδη πριν την πρώτη κλήση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης την ως άνω οψιγενή μεταβολή και δη, ως αποδεδειγμένη, ήδη έκτοτε όφειλε να αποκλείσει τον προσφεύγοντα, να επιστρέψει και σε κάθε περίπτωση να απέχει από την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του και να απέχει από τις επανειλημμένες κλήσεις του προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, έχοντας ήδη καλέσει τον επόμενο μειοδότη. Το δε γεγονός ότι τέθηκε ζήτημα του άρ. 103 παρ. 5 Ν. 4412/2016 (το οποίο όμως και αυτό παραπέμπει στο άρ. 104 και άρα και στις παρ. 2-3 αυτού) οφείλεται στο ότι ήδη μη νομίμως η αναθέτουσα κάλεσε αυτόν προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, αντί να τον έχει ήδη αποκλείσει πριν προχωρήσει στο στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης. Το δε άρ. 104 παρ. 3 Ν. 4412/2016 με σαφήνεια και απροϋπόθετα ορίζει ότι αν λάβει χώρα η ως άνω κατ' άρ. 104 παρ. 2 Ν. 4412/2016, αμελλητί δήλωση (και προφανώς είναι αληθής, όπως εν προκειμένω αποδεικνύεται κατά τον χρόνο υποβολή της), η αναθέτουσα οφείλει να απέχει από την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής, άνευ χρονικών περιορισμών, πρόσθετου όρου και άνευ συνάρτησης με περαιτέρω στάδια, πρόοδο της διαδικασίας με ευθύνη της αναθέτουσας, ανάκτησης ή μη προσόντος συμμετοχής σε μελλοντικό χρόνο και οποτεδήποτε εφεξής προκύψει ή κληθεί να κρίνει το ζήτημα κατάπτωσης της. Αντίθετα, η κατάπτωση λαμβάνει χώρα κατ' άρ. 103 παρ. 5 Ν. 4412/2016, αποκλειστικά εφόσον η οψιγενής απώλεια προσόντος συμμετοχής, δεν δηλωθεί όταν λάβει χώρα και προκύψει ακριβώς από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Αντίστροφα, ουδόλως λαμβάνει χώρα ούτε αν, επειδή η αναθέτουσα μη νομίμως κάλεσε τον ήδη δηλώσαντα τέτοια μεταβολή και ούτως κατοχυρώσαντα τη μη κατάπτωση

της , αυτός δεν μετάσχει στο στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης και δεν υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης ούτε αν, ενδιάμεσως και παρά τα ανωτέρω, ανακτήσει το οικείο προσόν. Ακόμη, ο οικονομικός φορέας που ήδη αμελλητί δήλωσε, δεν δύναται να φέρει ευθύνη ή να διακινδυνεύεται η εγγυητική συμμετοχής του παρά την εκ του νόμου κατοχύρωση του ως προς τη μη κατάπτωση της, δια μόνου του λόγου ότι η αναθέτουσα αρνείται να τη λάβει υπόψη της και συνεχίζει να τον καλεί προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, μη νομίμως διατηρώντας τον ως προσωρινό ανάδοχο. Πολύ περισσότερο δεν δύναται να διακινδυνεύεται από την εκ μέρους του ανάκτηση του προσόντος ούτε προφανώς δεσμεύεται ο οικονομικός φορέας να απέχει εν συνεχεία (και ενώ έχει κάθε εύλογο συμφέρον να άρει τον λόγο αποκλεισμού του προς τον σκοπό της βιώσιμης επιχειρηματικής δραστηριότητάς του και αποτροπής αποκλεισμού του από άλλες επόμενες διαδικασίες) από την εκ μέρους του προσπάθεια άρσης του λόγου αποκλεισμού, προκειμένου να μην καταπέσει η εγγυητική συμμετοχής του. Περαιτέρω, ούτε ο νόμος ούτε η διακήρυξη ορίζουν ως τυχόν κρίσιμο χρόνο για την κατάγνωση της δυνατότητας επιστροφής της εγγυητικής του δηλούντος οφισγενή λόγο αποκλεισμού, πολλώ δε μάλλον και υπό την αβάσιμη επιπλέον προϋπόθεση της εξακολούθησης του λόγου αποκλεισμού, τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ούτως και επί τούτου η αναθέτουσα θεσπίζει πρόσθετες προϋποθέσεις χωρίς έρεισμα στο νόμο και τη διακήρυξη για τη μη κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής. Άλλωστε, υπό αντίθετη ερμηνεία, ακόμη και αν ο οφισγενής λόγος αποκλεισμού προέκυπτε οποτεδήποτε πριν το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, ακόμη και κατά την αξιολόγηση δικαιολογητικών συμμετοχής, η αναθέτουσα θα όφειλε ή θα δύνατο να διατηρεί στον διαγωνισμό τον οικονομικό φορέα μέχρι να φθάσει τυχόν στο στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, προκειμένου να ελέγξει αν θα του επιστρέψει ή όχι την εγγυητική συμμετοχής. Συνεπώς, μη νομίμως, καίτοι ο προσφεύγων προέβη σε συμμόρφωση με τις υποχρεώσεις του άρ. 104 παρ. 2 Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα κατά παράβαση του άρ. 104 παρ. 3, ως και του παραπέμποντος στις ως άνω διατάξεις και τελούσα υπό τη ρητή επιφύλαξη αυτών, άρ. 103 παρ.

5 Ν. 4412/2016, όρισε την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του. Επομένως, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών του προσφεύγοντα και κατ' απόρριψη αυτών της αναθέτουσας, μη νομίμως η αναθέτουσα αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του και το συναφές κεφάλαιο της προσβαλλομένης είναι ακυρωτέο.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος όρισε την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του προσφεύγοντα.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί τα παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 404/2021 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος όρισε την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του προσφεύγοντα.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 13-12-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΛΗΣ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ