

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15.12.2022 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1809/16.12.2022 προδικαστική προσφυγή της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...», που εδρεύει στα «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της «...» και δη κατά της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. πρωτ. Φ.600.163/21/29460 Σ.5310/05.12.2022 απόφασης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, δυνάμει της οποίας κατακυρώθηκαν τα τμήματα του διαγωνισμού.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής «πρώτη» παρεμβαίνουσα), που εδρεύει στη «...», η οποία άσκησε την από 28.12.2022 παρέμβασή της, επί σκοπώ απόρριψης της ως άνω προσφυγής και διατήρησης ισχύος της προσβαλλομένης απόφασης.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής «δεύτερη» παρεμβαίνουσα), που εδρεύει στη «...», η οποία άσκησε την από 22.12.2022 παρέμβασή της, ομοίως επί σκοπώ απόρριψης της προσφυγής και διατήρησης ισχύος της προσβαλλομένης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και

την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. .

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος «...»), η προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκώς. Επέκεινα, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκώς, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 7 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 ασκούν τις παρεμβάσεις τους, αμφότερες οι ανωτέρω παρεμβαίνουσες εταιρείες, δοθέντος ότι αναδείχθηκαν οριστικές ανάδοχοι, διά της προσβαλλομένης, η μεν πρώτη παρεμβαίνουσα για τα τμήματα 1 και 2, η δε δεύτερη παρεμβαίνουσα για το τμήμα 2 (διαφορετικά είδη από τη πρώτη) της επίμαχης σύμβασης και ευλόγως επιδιώκουν τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης απόφασης. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκώς, διά του με αριθμ. πρωτ. Φ.600.163/25/31490 Σ.5693/ 29.12.2022 εγγράφου της, διατυπώνει τις απόψεις της επί της προκείμενης προσφυγής, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο, στις 29.12.2022, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η δε προσφεύγουσα εμπροθέσμως και παραδεκώς υποβάλλει το υπόμνημά της, στις 03.01.2022, στον ηλεκτρονικό τόπο του προκείμενου διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

4. Επειδή, με την με αρ. «...» διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός διαγωνισμός για την «...», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για κάθε είδος ξεχωριστά, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 84.000,00€ άνευ ΦΠΑ, ο οποίος διαγωνισμός αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 24.10.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό «...». Προσέτι, η

προσφεύγουσα, μετ' εννόμου συμφέροντος, ασκεί τη προσφυγή της κατά της ως άνω προσβαλλομένης, δοθέντος ότι έχει υποβάλει τη προσφορά της για τα τμήματα 1 και 2 του διαγωνισμού, η οποία και έχει γίνει αποδεκτή και επομένως, θεμελιώνει άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενη, ως προς το μέρος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς των αναδειχθεισών αναδόχων, ερειδόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται διά της ασκηθείσας προσφυγής της, την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ισχυριζόμενη συναφώς ότι, πλημμελώς έγιναν αποδεκτά τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης από τις αναδειχθείσες οριστικές αναδόχους και ώδε παρεμβαίνουσες εταιρείες, ειδικότερα διότι δεν υπέβαλαν κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης τους, ως όφειλαν, τα αποδεικτικά της φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, σε ισχύ αναγόμενο κατά τον χρόνο της υποβολής της προσφοράς τους.

6. Επειδή, στην οικεία διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει αμφίδρομα, τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους συμμετέχοντες, προβλέπονται τα εξής: «Διαδικασία Σύναψης Σύμβασης - Γενικοί Υποχρεωτικοί Όροι 1. Ανοιχτή Διαδικασία με κατάθεση ηλεκτρονικών προσφορών, μέσω της διαδικτυακής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ. 2. Ο διαγωνισμός θα διεξαχθεί σε τρεις (3) Φάσεις, όπως παρακάτω: α. 1η ΦΑΣΗ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ: Έλεγχος Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικής Προσφοράς. β. 2η ΦΑΣΗ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ: Άνοιγμα - Αξιολόγηση Οικονομικών Προσφορών. γ. 3η ΦΑΣΗ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ: Έλεγχος Δικαιολογητικών Μειοδότη – Κατακύρωση. 3. Όλοι οι περιεχόμενοι στη διακήρυξη όροι και απαιτήσεις είναι υποχρεωτικοί για τους προσφέροντες. Η μη τήρησή τους καθιστά απαράδεκτη μια προσφορά και την αποκλείει από οποιαδήποτε αξιολόγηση. [...] Άρθρο 7ο Λόγοι Αποκλεισμού 1. Λόγοι αποκλεισμού [...] γ. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης

οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: (1) 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 ή/και (2) Μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. [...] Άρθρο 9ο Αποσφράγιση και Αξιολόγηση Προσφορών και Αιτήσεων Συμμετοχής [...] ιβ. Στη συνέχεια, η «...» εκδίδει την απόφαση για το υπόψη στάδιο του διαγωνισμού και ενημερώνει τον προσφέρων, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση (προσωρινός ανάδοχος) να υποβάλει ηλεκτρονικά μέσω του Συστήματος, σε μορφή αρχείου pdf και σε φάκελο με σήμανση «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης», τα δικαιολογητικά που απαιτούνται σύμφωνα με το Άρθρο 80 του Ν.4412/2016 και αναφέρονται αναλυτικά στο άρθρο 12 του παρόντος Παραρτήματος. [...] Άρθρο 12ο Δικαιολογητικά Μειοδότη¹⁵ (3η Φάση Διαγωνισμού) 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η «...» θα ειδοποιήσει εγγράφως τον/τους προσφέροντα/ες, στον/ους οποίο/ους πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλλει εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, σε φάκελο με σήμανση «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης», τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/14, όλων των δικαιολογητικών του Άρθρου 80 του ν.4412/16, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των Άρθρων 73 και 74 του Ν.4412/16 και για την πλήρωση των καθορισθέντων με την παρούσα Διακήρυξη κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (άρθρο 7 της παρούσας διακήρυξης). Συγκεκριμένα τα υπόψη δικαιολογητικά είναι τα εξής: [...] β. Αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας. γ. Βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας (κύριας και επικουρικής). Αυτή θα αφορά όλους τους απασχολούμενους με οποιαδήποτε σχέση εργασίας στην επιχείρησή του (συμπεριλαμβανομένου του εργοδότη) και όχι μόνο τους εργαζόμενους με σχέση εξαρτημένης εργασίας. [...] 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και

εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής του Άρθρου 5 του παρόντος, «απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου» και, με την επιφύλαξη του άρθρου 13, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής που είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, η διαδικασία ματαιώνεται. Άρθρο 13ο Χρόνος Συνδρομής Όρων Συμμετοχής - Οψιγενείς μεταβολές 1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στους παρόντες όρους, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 του Ν.4412/16.»

7. 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), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΣτΕ 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). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Εξάλλου, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των

άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

8. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης συνάγεται εν προκειμένω ότι η αναθέτουσα αρχή, μετά τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων στον προκηρυχθέντα διά της με αρ. «...» διακήρυξης διαγωνισμό για την «...», προκειμένου για την «...», κάλεσε τους συμμετέχοντες στην εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία, ήτοι την εταιρεία «...», την εταιρεία «...», την εταιρεία «...» και την εταιρεία «...» να υποβάλλουν τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Διά της προσβαλλομένης δε, η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε ότι όλοι οι ανωτέρω υπέβαλαν ορθώς τα απαιτούμενα δικαιολογητικά και προέβη στην κατακύρωση του διαγωνισμού στους ανωτέρω συμμετέχοντες και για τα αντίστοιχα τμήματα, λαμβανομένου υπόψη και του κριτηρίου ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης που είναι αυτό της πλέον συμφέρουσας προσφοράς βάσει τιμής και για κάθε είδος ξεχωριστά,. Από την επισκόπηση των υποβληθέντων από τις ώδε παρεμβαίνουσες εταιρείες δικαιολογητικών κατακύρωσης καθώς και των προσφορών τους στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (με αρ. «...» για την πρώτη παρεμβαίνουσα και με αρ. «...» για τη δεύτερη παρεμβαίνουσα) προκύπτει, ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται και δεν αμφισβητείται από τα μέρη, ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα υπέβαλε, μεταξύ των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, την με αριθμ. πρωτ. «...» φορολογική ενημερότητα (αποδεικτικό ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο) καθώς και το με αριθμ. πρωτ. «...» αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας, η δε υποβολή της προσφοράς από την ανωτέρω έλαβε χώρα στις 06.11.2022. Επιπροσθέτως, ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται και προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η δεύτερη παρεμβαίνουσα υπέβαλε, μεταξύ των δικαιολογητικών της προσωρινού αναδόχου, την με αριθμ. πρωτ. «...» ασφαλιστική ενημερότητα (αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας), η δε υποβολή της προσφοράς της στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία έλαβε χώρα στις 05.11.2022. Ενόψει των ανωτέρω, συνάγεται εν προκειμένω ότι οι ανωτέρω παρεμβαίνουσες, κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν υπέβαλαν, η μεν πρώτη την ασφαλιστική

και φορολογική ενημερότητα, η δε δεύτερη την ασφαλιστική ενημερότητα με χρόνο ισχύος αναγόμενο στον χρόνο υποβολής των προσφορών τους και τούτο, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, πλημμελώς. Ειδικότερα διότι, από τους κανονιστικού περιεχόμενου όρους της οικείας διακήρυξης, ως παρατίθενται στη σκέψη 6 της παρούσας, καθώς και το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο, το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016 καθώς και κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του Ν.4412/2016, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης. Ως γίνεται δεκτό (ΣΤΕ 1939/2022): «το ΕΕΕΣ λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη πλήρωσης των απαιτούμενων προϋποθέσεων συμμετοχής για τις ανάγκες του σταδίου υποβολής της προσφοράς, προκειμένου να μην υποχρεούνται να προσκομίσουν τα σχετικά αποδεικτικά μέσα όλοι οι διαγωνιζόμενοι. Δεν αποτελεί όμως οριστική απόδειξη συνδρομής των προϋποθέσεων αυτών κατά τον χρόνο συμμετοχής για τον οικονομικό φορέα στον οποίο αποφασίζεται να ανατεθεί η σύμβαση, η υποχρέωση του οποίου να αποδείξει ότι πληροί τις προϋποθέσεις αυτές και κατά τον χρόνο συμμετοχής με τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα παραμένει ακέραια και απλώς μετατίθεται σε επόμενο στάδιο το χρονικό σημείο προσκόμισης αποδεικτικών μέσων αναγόμενων και στον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Η δε πρόβλεψη περί προσκόμισης «ενημερωμένων δικαιολογητικών» από τον οικονομικό φορέα στον οποίο αποφασίστηκε η ανάθεση της σύμβασης προϋποθέτει ότι προσκομίζονται πάντως δικαιολογητικά που καλύπτουν και τον χρόνο συμμετοχής. Μόνο με τον τρόπο αυτό διασφαλίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή είναι σε θέση να προβεί στις αναγκαίες επαληθεύσεις για την πλήρωση των προϋποθέσεων στα χρονικά σημεία που πρέπει αυτές να συντρέχουν, και αποτρέπεται ο κίνδυνος καταστρατήγησης της διαδικασίας, με τη συμμετοχή οικονομικών φορέων που δεν πληρούν τα κριτήρια συμμετοχής και την ανάθεση της σύμβασης σε οικονομικό φορέα που απέκτησε τις προϋποθέσεις σε στάδιο μεταγενέστερο της υποβολής της προσφοράς. Διαφορετική ερμηνεία της λειτουργίας του

ΕΕΕΣ, όχι μόνο ως μέσου προκαταρκτικής, αλλά και οριστικής απόδειξης ότι οι προϋποθέσεις πληρούνται κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, θα καθιστούσε αδύνατο τον έλεγχο της αλήθειας όσων έχουν δηλωθεί στο ΕΕΕΣ και την εξακρίβωση ότι μεταγενέστερες μεταβολές που δηλώνονται είναι πράγματι οψιγενείς, θα είχε δε ως παρεπόμενη συνέπεια την πλήρη αποδυνάμωση του συστήματος κυρώσεων λόγω ψευδών δηλώσεων ή απόκρυψης πληροφοριών, αφού θα είναι αδύνατη ή ιδιαιτέρως δυσχερής η απόδειξη στοιχειοθέτησης του πραγματικού των σχετικών παραβάσεων. [...] Άλλωστε, τυχόν αδυναμία ορισμένων δημοσίων υπηρεσιών να εκδώσουν δικαιολογητικά που ανατρέχουν σε παρελθόντα χρόνο, την οποία πάντως ο επιμελής διαγωνιζόμενος μπορεί να αντιμετωπίσει μεριμνώντας για την έκδοσή τους όταν υποβάλλει την προσφορά, δεν μπορεί να δικαιολογήσει την πρόβλεψη ενός συστήματος απόδειξης που στηρίζεται κατ' ουσίαν στα προκαταρκτικώς δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ από τον οικονομικό φορέα, δεδομένου μάλιστα ότι δεν διασφαλίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή είναι πράγματι σε θέση να προβεί στις απαιτούμενες επαληθεύσεις ώστε να αναθέσει τη σύμβαση σε οικονομικό φορέα που αποδεδειγμένα πληροί τα απαιτούμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής τόσο κατά τον χρόνο συμμετοχής όσο και κατά τον χρόνο ανάθεσης. Έτι περαιτέρω, το σύστημα απόδειξης θα εστερείτο της απαιτούμενης διαφάνειας, διότι άνευ προσκομίσεως από τον υποψήφιο ανάδοχο των δικαιολογητικών που ανάγονται στον χρόνο υποβολής της προσφοράς, οι λοιποί διαγωνιζόμενοι -οι οποίοι δεν έχουν τη δυνατότητα γνώσης πολλών εξ αυτών λόγω νόμιμων περιορισμών- δεν θα έχουν τη δυνατότητα να αμφισβητήσουν αποτελεσματικά την αλήθεια των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ του υποψηφίου αναδόχου και εντεύθεν τη σχετική κρίση της αναθέτουσας αρχής, και να συμβάλουν έτσι αποτρεπτικά και σε ενδεχόμενο συμπαιγνίας μεταξύ αναθετουσών αρχών και οικονομικών φορέων. Εν όψει των ανωτέρω, η διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 [...], έχει την έννοια ότι ο προσωρινός ανάδοχος πρέπει να προσκομίζει αποδεικτικά μέσα, από τα οποία να αποδεικνύεται ότι τόσο κατά το χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς όσο και κατά το χρονικό σημείο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής». Τούτων δοθέντων, πρέπει να γίνει δεκτό ότι αβασίμως ισχυρίζονται

αμφότερες οι παρεμβαίνουσες ότι κρίσιμος χρόνος για την ισχύ των επίμαχων εγγράφων (φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας) είναι ο χρόνος υποβολής τους, ήτοι κατά ο χρόνος προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ομοίως, αβασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή στη συμπληρωματική της αιτιολογία, ως αυτή διατυπώνεται στο έγγραφο των απόψεων της, ότι η ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα του προσωρινού αναδόχου (που κατατίθενται κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης) πρέπει να είναι σε ισχύ κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, και όχι κατά την υποβολή της προσφοράς, ερειδόμενη σε εσφαλμένη αφετηρία, ήτοι ότι ο χρόνος υποβολής των συγκεκριμένων δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 12 της υπόψη διακήρυξης, ορίζεται το διάστημα των 10 ημερών από την πρόθεση κατακύρωσης στον «προσωρινό ανάδοχο» και συγκεκριμένα της πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή προς υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Αντιθέτως, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί υποχρέωσης προσκομίσεως από τον υποψήφιο ανάδοχο των επίμαχων δικαιολογητικών με ισχύ σε χρόνο που ανάγεται στον χρόνο υποβολής της προσφοράς πρέπει να γίνουν δεκτοί ως νόμω και ουσία βάσιμοι.

9. Επειδή, έτι περαιτέρω, κατά το ισχύον κανονιστικό και νομοθετικό πλαίσιο, γίνεται δεκτό ότι στην περίπτωση που δεν προσκομισθούν τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, ως συντρέχει εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα. Άλλοις λόγους, κατά την έννοια των εφαρμοστέων διατάξεων, δεν χωρεί αποκλεισμός του αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου λόγω διαπιστωθεισών πλημμελειών στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πριν από την κλήση του τελευταίου αυτού να συμπληρώσει τα ελλείποντα (ή ελλιπή) δικαιολογητικά και την πάροδο της σχετικώς ταχθείσας προθεσμίας. «Σε περίπτωση δε, που δεν τηρηθεί η υποχρέωση αυτή προς κλήση του προσωρινού αναδόχου, η υπόθεση αναπέμπεται καταρχήν στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία αυτή να εκπληρώσει προηγουμένως την υποχρέωσή της (βλ. ΣτΕ 1020/2022, πρβλ. ΣτΕ 1/2020, Ε.Α. 37/2021)· δεν καθίσταται δε αλυσιτελής η άσκηση

προδικαστικής προσφυγής και ακολούθως δικαστικής προστασίας, καθόσον ο μη οριστικώς αποκλεισθείς οικονομικός φορέας διατηρεί την προσδοκία να αποκλεισθεί ο ανάδοχος από τον διαγωνισμό, εφόσον δεν ανταποκριθεί στην υποχρέωσή του να προσκομίσει τα ελλιπή ή ελλείποντα δικαιολογητικά εντός της ταχθησομένης προς τούτο προθεσμίας» (βλ. ΣΤΕ 1020/2022, 1894/2022). Ενόψει των ανωτέρω γενόμενων δεκτών και δοθέντος ότι, εν προκειμένω, πλημμελώς η πρώτη παρεμβαίνουσα δεν υπέβαλε τη φορολογική και την ασφαλιστική ενημερότητα με χρόνο ισχύος αναγόμενο στην υποβολή της προσφοράς της, αντιστοίχως η δεύτερη παρεμβαίνουσα δεν υπέβαλε τη φορολογική ενημερότητα με χρόνο ισχύος αναγόμενο στην υποβολή της προσφοράς της, πρέπει η αναθέτουσα αρχή να τις καλέσει να προσκομίσουν τα ανωτέρω δικαιολογητικά, της ΕΑΔΗΣΥ μη δυνάμενης να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή κατά τούτο, ήτοι, κατά τα ως άνω, προσήκουσα υποχρέωση της προς κλήση συμπλήρωσης των. Τα όσα περί αντιθέτου ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι δηλαδή η κλήση από την αναθέτουσα αρχή των προσωρινών αναδόχων και ώδε παρεμβαινουσών εταιρειών προς συμπλήρωση των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, συνιστά ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς τους πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα. Και τούτο ειδικότερα διότι, η ελλιπής υποβολή από τον προσωρινό ανάδοχο απαιτούμενων από τη διακήρυξη δικαιολογητικών κατακύρωσης συνεπάγεται τον αποκλεισμό του για τον λόγο αυτό, εφόσον έχει προηγηθεί η προσήκουσα προς τούτο κλήση από την αναθέτουσα αρχή, η οποία συνεπώς δεν μπορεί να προβεί στην απόρριψη του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης λόγω ελλείψεων, πριν καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο για την κάλυψη των ελλείψεων αυτών και αφότου παρέλθει η σχετικώς ταχθείσα προθεσμία (ΣΤΕ 1020/2022, σκ. 12).

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να απορριφθούν οι ασκηθείσες παρεμβάσεις, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση καθ' ο μέρος ανέδειξε τις παρεμβαίνουσες εταιρείες οριστικές αναδόχους χωρίς να προβεί σε κλήση των για την προσκόμιση των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και προς τούτο αναπέμπει όπως προβεί στα νόμιμα. Ενόψει τούτων, το

Αριθμός απόφασης: 235/2023

παράβολο πρέπει να επιστραφεί στη προσφεύγουσα, κατά το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει τη προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθμ. πρωτ. Φ.600.163/21/29460 Σ.5310/05.12.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή για τις κατά νόμο ενέργειες της, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Απορρίπτει τις παρεμβάσεις.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 10 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
Βασιλική Καραδήμα

Η Γραμματέας
Αναστασία Ρουμελιώτη
α.α. Βασιλική Παναγιωτίδου