

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 27 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 24.11.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1665/25.11.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου ..., νπδδ (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στην ..., ... αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...ΕΕ» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην ..., οδός ... αριθ. ... και ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση, άλλως τροποποίηση της προσβαλλόμενης με αριθμό 40/16-11-2022 (θέμα 25^ο) πράξης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, με την οποία έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του οικονομικού φορέα «...ΕΕ» και αναδείχθηκε ο τελευταίος οριστικός ανάδοχος των ειδών με α/α 7, 8 και 9 της υπό ανάθεση προμήθειας καθώς και την απόρριψη της προσφοράς του άνω οικονομικού φορέα για τους αναφερόμενους στην προσφυγή λόγους.

Υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής άσκησε παρέμβαση η άνω παρεμβαίνουσα εταιρεία, με αίτημα την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο ποσού 600,00€, το οποίο αποτελεί το κατώτατο προβλεπόμενο ποσό παραβόλου, δοθέντος ότι η εκτιμώμενη αξία των τμημάτων της σύμβασης που αποτελούν αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής (α/α 7, 8 και 9) ανέρχεται σε 115.539,49 ευρώ χωρίς ΦΠΑ.

2. Επειδή με την υπ' αριθμό .../2021 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την προμήθεια «...» (CPV: ...) για τις ανάγκες του Γ.Ν. ... για ένα έτος, συνολικού προϋπολογισμού 134.534,10 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις .../.../2021 (με ΑΔΑΜ: ...) καθώς και στο ΕΣΗΔΗΣ, υπό τον συστημικό αριθμό Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η .../.../2021 και ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού η .../.../2021.

3. Επειδή ο διαγωνισμός υποδιαιρείται στην προμήθεια δέκα οκτώ (18) διακριτών ειδών/τμημάτων, όπως αυτά προσδιορίζονται κατά το είδος και την ποσότητά τους στο άρθρο 1.3 της διακήρυξης, με δυνατότητα των οικονομικών φορέων να υποβάλουν προσφορά για το σύνολο της υπό ανάθεση προμήθειας ή ανά είδος και με τη διευκρίνιση ότι η υποβληθείσα προσφορά πρέπει να καλύπτει το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας.

4. Επειδή στο εν λόγω διαγωνισμό, ειδικώς για τα είδη 7, 8 και 9 αυτού, που αποτελούν το αντικείμενο της προσφυγής, συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την υπ' αριθ. 21/9-6-2021 (θέμα 10^ο) πράξη του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκαν τα 10646/14-5-2021 και 11715/28-5-2021 Πρακτικά αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών αντίστοιχα, έγιναν δεκτές ως προς τα επίμαχα είδη οι προσφορές τόσο της προσφεύγουσας όσο και της παρεμβαίνουσας, και αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος, καθώς προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή, σύμφωνα με το κριτήριο ανάθεσης. Στη συνέχεια, η παρεμβαίνουσα κλήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 4/10/2022 μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ να υποβάλει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Η παρεμβαίνουσα ανταποκρίθηκε στην άνω πρόσκληση και υπέβαλε

εμπροθέσμως στις 10/10/2022 τον φάκελο «δικαιολογητικών κατακύρωσης». Με το υπ' αριθ. πρωτ. 25531/1-11-2022 Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας κρίθηκαν πλήρη και σύμφωνα με τη διακήρυξη. Το εν λόγω Πρακτικό επικυρώθηκε με την ήδη προσβαλλόμενη με αριθ. 40/16-11-2022 (θέμα 25^ο) πράξη του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με την οποία η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος των ειδών με α/α 7, 8 και 9.

5. Επειδή ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής.

6. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση οριστικής κατακύρωσης κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 18/11/2022 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 24/11/2022, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση, ενώ επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι ψηφιακά υπογεγραμμένη

7. Επειδή η προσφεύγουσα, η οποία έχει καταταγεί δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας στα επίμαχα είδη, ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον, επικαλούμενη βλάβη από την μη νόμιμη, κατά τους ισχυρισμούς της, αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και την κατακύρωση σε αυτήν του αποτελέσματος του διαγωνισμού.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή μέσω της «επικοινωνίας» στις 25/11/2022 και υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 8/12/2022 τις με αρ. πρωτ. 28154/28.11.2022 απόψεις της επί της προσφυγής. Κατόπιν αυτού, νόμιμα και εμπρόθεσμα υποβλήθηκε το συμπληρωματικό υπόμνημα της προσφεύγουσας στις 9/12/2022, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 εδ. τελευταίο του ν. 4412/2016.

9. Επειδή η παρεμβαίνουσα άσκησε παρέμβαση στις 5/12/2022, νόμιμα και εμπρόθεσμα, και με πρόδηλο έννομο συμφέρον, δοθέντος ότι με την προδικαστική προσφυγή προβάλλονται λόγοι απόρριψης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Περαιτέρω, νόμιμα και εμπρόθεσμα, υπέβαλε στις 12/12/2022 το με ίδια ημερομηνία συμπληρωματικό της υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 εδ. τελευταίο του ν. 4412/2016.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου, κατόπιν και της με αριθ. 2314/2022 Πράξης της Προέδρου του περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής και Εισηγήτριας, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν, και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

11. Επειδή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως έγιναν δεκτά ως πλήρη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας, καθώς ορισμένα αποδεικτικά έγγραφα, που υπέβαλε, καλύπτουν μόνον τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης χωρίς να καλύπτουν το χρόνο υποβολής της προσφοράς της (6/4/2021). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η παρεμβαίνουσα α) προς απόδειξη του γεγονότος ότι είναι φορολογικά ενήμερη υπέβαλε μόνο το υπ' αρ. πρωτ. .../...-...-2022 αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας με ισχύ μέχρι 30-10-2022, β) προς απόδειξη του γεγονότος ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη υπέβαλε μόνο το υπ' αριθ. πρωτ. .../...-...-2022 αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας με ισχύ μέχρι 23-11-2022, γ) προς απόδειξη του γεγονότος ότι είναι εγγεγραμμένη στο οικείο επιμελητήριο υπέβαλε μόνο το υπ' αριθ. πρωτ. .../...-...-2022 πιστοποιητικό μητρώου επιχειρήσεων του ... με ισχύ μέχρι την 31-12-2022 και δ) προς απόδειξη του γεγονότος ότι ο υπογράφων έχει τη νόμιμη εξουσία να την εκπροσωπεί και να την δεσμεύει υπέβαλε μόνο το υπ' αριθ. .../...-...-2022 γενικό πιστοποιητικό ΓΕΜΗ και το υπ' αριθ. .../...-...-2022 πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης. Τα ως άνω αποδεικτικά έγγραφα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, δεν καλύπτουν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, παρά το γεγονός ότι αυτό επιβάλλεται από τον νόμο και τη διακήρυξη (άρθρο 3.2 της διακήρυξης σε συνδυασμό με το άρθρο 2.2.6.2Α). Η προσφεύγουσα, επικαλούμενη την πρόσφατη με αριθ.

1939/2022 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, ισχυρίζεται ότι τα αποδεικτικά έγγραφα του προσωρινού αναδόχου περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής πρέπει να καλύπτουν τόσο το χρόνο υποβολής της προσφοράς όσο και τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επιπλέον, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, υπό το φως της εθνικής και ευρωπαϊκής νομολογίας σχετικά με τις διατάξεις του άρθρου 102 ν. 4412/2016 στο οποίο παραπέμπει η παρ. 2 του άρθρου 103 του ίδιου νόμου, τα ελλείποντα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν δύνανται να συμπληρωθούν νομίμως με κλήση της αναθέτουσας αρχής, με αποτέλεσμα η προσφορά της παρεμβαίνουσας να είναι άνευ ετέρου απορριπτέα και τούτο ανεξαρτήτως των προβλέψεων του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, διότι κατά τους ισχυρισμούς της i) η διακήρυξη περιέχει ειδικότερη ρύθμιση επί του ζητήματος των παραδεκτών διευκρινίσεων στο άρθρο 3.1.1., ii) κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης του διαγωνισμού το άρθρο 103 του ν. 4412/2016 ίσχυε κατά την προισχύσασα μορφή του, σύμφωνα με την οποία δεν προβλεπόταν δυνατότητα εκ των υστέρων συμπλήρωσης των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και iii) η αναδρομική εφαρμογή του άρθρου 103 και η εκ των υστέρων συμπλήρωση ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης αντίκειται στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο και δη στις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, αλλά και στα άρθρα 17 του Συντάγματος και του άρθρου 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ.

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις με αρ. πρωτ. 28154/28.11.2022 απόψεις της ζητά την απόρριψη της προσφυγής, εμμένοντας στην κρίση της περί της ορθότητας και πληρότητας των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας.

13. Επειδή η παρεμβαίνουσα αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας και μάλιστα τόσο αυτούς που αφορούν τις φερόμενες ελλείψεις στα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης όσο και αυτούς που αφορούν στη μη δυνατότητα συμπλήρωσης ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα αντιτείνει ότι στο άρθρο 2.2.6.2 της διακήρυξης προσδιορίζονται σαφώς οι χρονικές απαιτήσεις έκδοσης ή ισχύος εκάστου πιστοποιητικού, ενώ επιπλέον στο άρθρο 3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ρητά η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να προσκαλέσει τον

προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει ή συμπληρώσει τα εξαρχής ελλείποντα ή ελλιπή δικαιολογητικά κατακύρωσης. Τέλος, η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι έχει προσκομίσει, ήδη κατά την υποβολή της προσφοράς της, τα επίμαχα αποδεικτικά έγγραφα, που καλύπτουν και το χρόνο εκείνο (6/4/2021) χωρίς ωστόσο να προσδιορίζει ειδικότερα ή να κατονομάζει τα έγγραφα αυτά.

14. Επειδή στο ν . 4412/2016 προβλέπεται, μεταξύ άλλων, στο άρθρο 73 ότι: «....2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, 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 ή β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης...», στο άρθρο 79 ότι: «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθορισθεί σύμφωνα με 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....[...] Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούνται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. Το

ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά. 3.[...].4.....5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή,, απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με το παρόν άρθρο, και, κατά περίπτωση, το άρθρο 80, περί αποδεικτικών μέσων. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80, περί αποδεικτικών μέσων και 82, περί προτύπων διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης», και στο άρθρο 103, όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021 και εφαρμόζεται και στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, η οποία ήταν εκκρεμής κατά την 1-6-2021 (άρθρ. 22 του Ν. 4903/2022), ότι: «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. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και όταν η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή του πρώτου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 79, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

3.. 4.[...] .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 οφισγενών 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.....». Γίνεται μνεία ότι οι παρ. 1, 2, 3 και 5 του άνω άρθρου 103 τροποποιήθηκαν ως άνω με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021. Κατά την παρ. 3 του άρθρου 142 του ν. 4782/2021, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 22 του ν. 4903/2022, η ισχύς του αρχίζει από την 1-6-2021, ενώ ρητώς προβλέπεται ότι εφαρμόζεται και σε εκκρεμείς κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος τους (1/6/2021), διαγωνιστικές διαδικασίες, εκτός εάν έχει χωρήσει οριστικός αποκλεισμός του οικονομικού φορέα ή έχει εκδοθεί απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου, η οποία έχει κρίνει διαφορετικά. Η αναδρομική εφαρμογή του νέου άρθρου 103 του ν. 4412/2016 στις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες κρίθηκε προσφάτως ότι δεν αντιβαίνει στις διατάξεις του Συντάγματος και στις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας (πρβλ. ΣτΕ 1894/2022, σκ. 23 επ). Τέλος, στο άρθρο 104 του ν. 4412/2016, όπως ίσχυε πριν την τροποποίηση του με το άρθρο 44 του ν. 4782/2021 και εφαρμόζεται εν προκειμένω, 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».

15. Επειδή η Διακήρυξη, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣτΕ 352/2016, 53/2011, ΣτΕ 3669/2015, 5022/2012), ορίζει σε συνάφεια με τα τιθέμενα με την προδικαστική προσφυγή ζητήματα τα εξής: «2.2.3 Λόγοι αποκλεισμού: Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους:.....[.]2.2.3.2. 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 όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί

να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. **2.2.4** Καταλληλόλητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας: Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. **2.2.6** Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής. **2.2.6.1** Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών: Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5 και 2.2.6 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, α) το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (Β/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα II το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. **2.2.6.2** Αποδεικτικά μέσα: Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016. **B.1.** Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά:.....**β)** για τις παραγράφους 2.2.3.2 και 2.2.3.4 περίπτωση β' πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας.....[...]**B.2.** Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4. (απόδειξη καταλληλόλητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του κράτους εγκατάστασης....[...]**Οι** εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς προσκομίζουν βεβαίωση εγγραφής στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού **B.4.** Για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης, στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο και υποχρεούται, κατά την κείμενη νομοθεσία,

να δηλώνει την εκπροσώπηση και τις μεταβολές της σε αρμόδια αρχή (πχ ΓΕΜΗ), προσκομίζει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του. Στις λοιπές περιπτώσεις τα κατά περίπτωση νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, συγκρότηση Δ.Σ. σε σώμα, σε περίπτωση Α.Ε., κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του οικονομικού φορέα), συνοδευόμενα από υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου ότι εξακολουθούν να ισχύουν κατά την υποβολή τους. Για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και των μεταβολών του νομικού προσώπου, εφόσον αυτή προκύπτει από πιστοποιητικό αρμόδιας αρχής (πχ γενικό πιστοποιητικό του ΓΕΜΗ), αρκεί η υποβολή αυτού, εφόσον έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Στις λοιπές περιπτώσεις τα κατά περίπτωση νομιμοποιητικά έγγραφα νόμιμης σύστασης και μεταβολών (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του οικονομικού φορέα), συνοδευόμενα από υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου ότι εξακολουθούν να ισχύουν κατά την υποβολή τους.....**B.8.** Τα πιστοποιητικά ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητας πρέπει να είναι σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής τους, άλλως που στην περίπτωση που δεν αναφέρεται χρόνος ισχύος, να έχουν εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν την υποβολή τους. **3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου:** Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας ΔΕΚΑ (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.6.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 -2.2.6 αυτής. Τα εν λόγω δικαιολογητικά, υποβάλλονται από τον προσφέροντα («προσωρινό ανάδοχο»), ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή

αρχείων pdf και προσκομίζονται κατά περίπτωση από αυτόν εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία υποβολής τους. Όταν υπογράφονται από τον ίδιο φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή. Με την παραλαβή των ως άνω δικαιολογητικών, το σύστημα εκδίδει επιβεβαίωση της παραλαβής τους και αποστέλλει ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα σ' αυτόν στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση. Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του Συστήματος, ειδοποίησής του. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. Όσοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν. Ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος, 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 τιμής), τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τ.Ε.Υ.Δ., είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.6 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας.....».

16. Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις της διακήρυξης (βλ. ανωτέρω σκέψη, άρθρα 2.2.3.2., 2.2.4, 2.2.6.2Α) προκύπτει ότι, για την παραδεκτή συμμετοχή τους στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία, οι συμμετέχοντες οφείλουν να αποδείξουν τη μη ύπαρξη στο πρόσωπό τους των οριζόμενων λόγων αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3. της διακήρυξης, μεταξύ των οποίων ότι δεν έχουν αθετήσει τις υποχρεώσεις τους, όσον αφορά την καταβολή φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, καθώς και ότι πληρούν το κριτήριο καταλληλότητας του άρθρου 2.2.4 περί άσκησης συναφούς επαγγελματικής δραστηριότητας. Για την απόδειξη των ανωτέρω, ο

προσωρινός ανάδοχος προσκομίζει κατ' άρθρο 2.2.6.2 τα απαραίτητα δικαιολογητικά, δηλαδή φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα της αρμόδιας προς τούτο αρχής, που αποδεικνύει ότι είναι φορολογικά και ασφαλιστικά ενήμερος, καθώς και πιστοποιητικό του αρμόδιου επιμελητηρίου που πιστοποιεί την εγγραφή του σε αυτό. Όπως, άλλωστε, προκύπτει από το άρθρο 2.2.6.2^A της διακήρυξης, που αποδίδει το περιεχόμενο του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, τα αποδεικτικά έγγραφα περί πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού πρέπει να καλύπτουν τρία χρονικά σημεία και συγκεκριμένα α) την υποβολή της προσφοράς, ως προς όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, β) την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσεως μόνο για τον προσωρινό ανάδοχο, και γ) την σύναψη της συμβάσεως μόνο για τον οριστικό ανάδοχο. (πρβλ. επί του θέματος ΣτΕ 1939/2022 σκ. 20, ΣτΕ Δ Τμήμα 1020/2020). Συνεπώς, όσον αφορά ειδικότερα τους λόγους αποκλεισμού σχετικά με την αθέτηση των φορολογικών και ασφαλιστικών υποχρεώσεων, ο αναδεικνυόμενος ως προσωρινός ανάδοχος οφείλει κατά το στάδιο της οριστικής κατακύρωσης να προσκομίσει και πιστοποιητικά περί μη συνδρομής των επίμαχων λόγων αποκλεισμού αναγόμενα στον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, ομοίως δε και τα αποδεικτικά έγγραφα περί της καταλληλότητάς του και της νόμιμης εκπροσώπησής του πρέπει να καλύπτουν και το χρόνο συμμετοχής του.

17. Επειδή, περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021 και εφαρμόζεται πλέον κατά ρητή διάταξη νόμου (άρθρο 22 του Ν. 4903/2022) και στις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες κατά την έναρξη ισχύος του (1-6-2021), αλλά και σύμφωνα με την ειδική διάταξη του άρθρου 3.2 της διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, κατόπιν ελέγχου των υποβληθέντων κατ' αρχήν από τον προσωρινό ανάδοχο δικαιολογητικών κατακύρωσης, να τον καλέσει να καλύψει, τυχόν ελλείψεις των εν λόγω δικαιολογητικών - *είτε με την υποβολή αρχικώς μη υποβληθέντος δικαιολογητικού είτε με τη συμπλήρωση αρχικώς μεν υποβληθέντος, αλλά μη πληρούντος τις απαιτήσεις της διακήρυξης δικαιολογητικού* - σε περίπτωση κατά την οποία οι ελλείψεις αυτές επάγονται αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου. Η αρχική, δηλαδή, παράλειψη ή πλημμελής υποβολή εκ μέρους του αναδόχου κάποιου από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν συνεπάγεται

αυτομάτως και άνευ ετέρου τον αποκλεισμό του από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, αλλά υποχρεώνει κατ' αρχήν την αναθέτουσα αρχή να προβεί στην οφειλόμενη κατά τα άνω κλήση του προσωρινού αναδόχου προς συμπλήρωση του ελλείποντος ή/και ελλιπούς δικαιολογητικού. Μόνον εφόσον έχει προηγηθεί η προσήκουσα κατά τα άνω κλήση του προσωρινού αναδόχου από την αναθέτουσα αρχή και η εξέταση της συμμόρφωσης του οικονομικού φορέα προς αυτήν, μπορεί η αναθέτουσα αρχή να προβεί στην απόρριψη των δικαιολογητικών κατακύρωσης λόγω ελλείψεων που δεν θεραπεύτηκαν κατά την ανωτέρω διαδικασία (πρβλ. ΣΤΕ 1894/2022 σκ. 17 επ., καθώς και ΕΑ ΣΤΕ 37/2021, σκ. 19, 29/2019, σκ. 11, ΔΕφΠειρ Ν60/2021, σκ. 13).

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού και στη βάση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων αιτιάσεων, γίνονται δεκτά τα ακόλουθα: Η αναθέτουσα αρχή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 23048/4.10.2022 έγγραφο κάλεσε μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ την παρεμβαίνουσα (που είχε αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος των επίμαχων ειδών 7, 8 και 9) να προσκομίσει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης εντός της ταχθείσας προθεσμίας. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα, ανταποκρινόμενη στην άνω πρόσκληση, υπέβαλε εμπροθέσμως στις 10/10/2022 το φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Πλην όμως, τα υποβληθέντα έγγραφα φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, όπως βασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα, καλύπτουν μόνο το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι το χρόνο υποβολής των προσφορών (6/4/2021). Ειδικότερα, τόσο το υπ' αρ. πρωτ. .../...-...-2022 αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας με ισχύ μέχρι 30-10-2022, όσο και το υπ' αριθ. πρωτ. .../...-...-2022 αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας με ισχύ μέχρι 23-11-2022 καλύπτουν μεν το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όχι όμως και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας (6/4/2021). Περαιτέρω, ως προς τα πιστοποιητικά εγγραφής στο Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο ... (...) και τα πιστοποιητικά νόμιμης εκπροσώπησης, γίνονται δεκτά τα ακόλουθα: Όπως προκύπτει από τον υποβληθέντα φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε το .../...-...-2022 πιστοποιητικό μητρώου επιχειρήσεων του ΕΒΕ...

με ισχύ μέχρι την 31-12-2022, αποδεικνύοντας έτσι την αξιούμενη κατ' άρθρο 2.2.4 καταλληλότητα κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Όμως, όπως βασίμως προβάλλει η παρεμβαίνουσα και προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της είχε υποβάλει το με αριθ. πρωτ. .../.....2021 πιστοποιητικό μητρώου επιχειρήσεων του ΕΒΕΘ με ισχύ έως την 31/12/2021, αποδεικνύοντας έτσι την πλήρωση του όρου 2.2.4 της διακήρυξης και κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής των προσφορών (6/4/2021). Επιπλέον, πέραν των νομιμοποιητικών εγγράφων που υπέβαλε με το φάκελο των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου (δηλαδή το .../...-...-2022 γενικό πιστοποιητικό ΓΕΜΗ και το .../...-...-2022 πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης), η παρεμβαίνουσα είχε αναρτήσει στα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατά την υποβολή της προσφοράς της (6/4/2021) το .../.....2021 γενικό πιστοποιητικό ΓΕΜΗ καθώς και το .../.....2021 αναλυτικό πιστοποιητικό εκπροσώπησης, αποδεικνύοντας έτσι τη νόμιμη εκπροσώπηση της και κατά τον χρόνο εκείνο (υποβολής προσφορών). Ενόψει των ανωτέρω, προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα δεν προσκόμισε πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, τα οποία να καλύπτουν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της και, άρα, κατ' αποδοχήν των οικείων ισχυρισμών της προσφεύγουσας έσφαλε η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκρινε τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης πλήρη και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Ωστόσο, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω, η εν λόγω πλημμέλεια δεν συνεπάγεται τον αυτόματο αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας, απορριπτομένων όσων περί του αντιθέτου προβάλλει η προσφεύγουσα, αλλά η αναθέτουσα αρχή οφείλει σύμφωνα με το άρθρο 3.2. της διακήρυξης και το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, να καλέσει την παρεμβαίνουσα σε συμπλήρωση των ελλειπόντων εγγράφων. Και τούτο, διότι οι προμνησθείσες διατάξεις όχι απλώς επιτρέπουν, αλλά επιβάλλουν στην αναθέτουσα αρχή να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει τυχόν ελλείψεις των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επομένως, είναι απορριπτέος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η συμπλήρωση των αρχικών δικαιολογητικών κατακύρωσης, μέσω των οποίων αποδεικνύεται η συνδρομή των προσόντων

συμμετοχής και η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο της προσωρινής αναδόχου, είναι ανεπίτρεπτη. Περαιτέρω, είναι απορριπτέοι ως αόριστοι οι ειδικότεροι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι με βάση την ερμηνεία του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 από τα αρμόδια εθνικά Δικαστήρια και το ΔΕΕ, στο οποίο παραπέμπει η παρ. 2 του άρθρου 103 του ίδιου νόμου, είναι ανεπίτρεπτη η συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθώς ισοδυναμεί με τροποποίηση της προσφοράς. Τούτο διότι η προσφεύγουσα, με τους ισχυρισμούς της αυτούς, πέραν της γενικής αμφισβήτησης της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει την συμπλήρωση των αρχικώς ελλειπόντων ή πλημμελώς υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης – δυνατότητα η οποία, όπως προαναφέρθηκε, βρίσκει έρεισμα στις ρητές διατάξεις της διακήρυξης και του άρθρου 103 ν.4412/2016 - δεν προβάλλει κατά τρόπο ορισμένο ότι με τη συμπλήρωση καθενός από τα συγκεκριμένα δικαιολογητικά εκ μέρους της παρεμβαίνουσας τροποποιείται ανεπίτρεπτα το περιεχόμενο της προσφοράς της (βλ. ΣΤΕ 1894/2022, σκ. 17). Επιπλέον, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί εφαρμογής του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 υπό την προισχύσασα μορφή του, που δεν προέβλεπε την δυνατότητα εκ των υστέρων συμπλήρωσης των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, είναι απορριπτέοι ως νόμω αβάσιμοι διότι με νομοθετική διάταξη (το άρθρο 22 του ν. 4903/2022) προβλέπεται η εφαρμογή του νέου άρθρου 103 και στις διαγωνιστικές διαδικασίες που ήταν εκκρεμείς κατά την έναρξη του χρόνου ισχύος του (1-6-2021), ενώ τέλος, όπως έχει ad hoc κριθεί (πρβλ. ΣΤΕ 1984/2022 σκ. 24 επ.), η αναδρομική εφαρμογή του εν λόγω άρθρου και στις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες δεν αντίκειται στο Σύνταγμα, ούτε στο άρθρο 1 του Πρώτου Προσθέτου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α., ούτε στις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, απορριπτομένων όσων περί του αντιθέτου προβάλλει η προσφεύγουσα, δοθέντος ότι σκοπός του νομοθέτη ήταν να αποκαταστήσει την αρχική βούλησή του ως προς τα ζητήματα διαχρονικού δικαίου του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά τον ν. 4782/2021.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, κατά το μέρος που με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκαν πλήρη και σύμφωνα με τη διακήρυξη τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, αν και δεν προσκομίστηκαν πιστοποιητικά φορολογικής και

ασφαλιστικής ενημερότητας που να καλύπτουν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Εξ άλλου, το γεγονός ότι η ανωτέρω πλημμέλεια δεν οδηγεί άνευ άλλου στον αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας, παρά μόνον εφόσον δεν προσκομίσει, κατόπιν προσκλήσεως, τα ελλείποντα δικαιολογητικά, δεν καθιστά αλυσιτελή τον προσβαλλόμενο λόγο της προσφυγής, καθόσον η προσφεύγουσα διατηρεί την προσδοκία να αποκλεισθεί η παρεμβαίνουσα από τον διαγωνισμό, εφόσον δεν ανταποκριθεί στην υποχρέωσή της να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά εντός της ταχθησομένης προς τούτο προθεσμίας (πρβλ. ΣτΕ1020/2022). Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ακυρωθεί και η υπόθεση να αναπεμφθεί στη διοίκηση, προκειμένου να προβεί στις δέουσες ενέργειες κατ' άρθρο 3.2 της διακήρυξης και 103 του ν. 4412/2016, απευθύνοντας σχετική κλήση προς την παρεμβαίνουσα για την συμπλήρωση των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, η δε παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

20. Επειδή, σε συνέχεια της ανωτέρω σκέψης, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη με αρ. 40/16-11-2022 (θέμα 25^ο) πράξη του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, κατά το σκεπτικό της παρούσας, και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να προβεί στις δέουσες ενέργειες κατά το άρθρο 3.2 της διακήρυξης και το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 16 Ιανουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ