

**Η**  
**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**  
**2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε την 1η Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α2495/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, την, από 18.04.2022, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 576/19.04.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η με αριθμ. πρωτ. ...2022 απόφαση του Υπουργού ... (...), κατ' αποδοχή του με αριθμ. πρωτ. ...2022 Πρακτικού της επιτροπής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια και εγκατάσταση Συστήματος παροχής υπηρεσιών ζεύξης δεδομένων αεροναυτιλίας (...)\», CPV: ..., εκτιμώμενης αξίας 5.580,000,00€, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής (...), διακήρυξη, συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...).

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η παρούσα προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία αναδείχθηκε οριστικός ανάδοχος της οικείας σύμβασης, μετά τον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης.

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

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

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (15.000,00€) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 18.04.2022, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 576/19.04.2022, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα: *«Κατακύρωση αποτελεσμάτων του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «Προμήθεια και εγκατάσταση συστήματος παροχής υπηρεσιών ζεύξης δεδομένων αεροναυτιλίας (...)*», αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 06.04.2022, ωστόσο, ως προκύπτει από τα έγγραφα του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα απέκτησε πρόσβαση στα δικαιολογητικά κατακύρωσης μόλις την 15<sup>η</sup>.04.2022, κατόπιν σχετικών αιτημάτων της προς την αναθέτουσα αρχή.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά του ανταγωνιστή της. Το έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη

## Αριθμός απόφασης: Σ 183/2023

συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της άλλης διαγωνιζόμενης εταιρείας «...» (προσωρινός ανάδοχος), κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι: α) μη νομίμως ζητήθηκε η συμπλήρωση της επίμαχης προσφοράς, με πρωτοβουλία της αναθέτουσας αρχής, διότι το άρθρ. 103 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε με το άρθρ. 43 του ν. 4782/2021, δεν εφαρμόζεται στις εκκρεμείς κατά τον χρόνο δημοσίευσης του ως άνω νόμου διαδικασίες, β) η καθής η προσφυγή δεν δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ τα πραγματικά περιστατικά που σχετίζονται με την υπ' αριθμ. 599/2021 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, με την οποία κρίθηκε ότι η εταιρεία υπέπεσε σε ψευδή δήλωση στο πλαίσιο διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης «...», διότι, κατά την συμμετοχή της στον προαναφερόμενο διαγωνισμό, δεν δήλωσε την έκπτωσή της από έντεκα συμφωνίες-πλαίσιο με την ... και την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της, γ) η υποβληθείσα ένορκη βεβαίωση του νόμιμου εκπροσώπου του «τρίτου» οικονομικού φορέα («...»), για το ότι δεν τελεί υπό πτώχευση, δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης, δεν τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από δικαστήριο κλπ, δεν συνιστά προσήκον αποδεικτικό μέσο για την απόδειξη μη συνδρομής του επίμαχου λόγου αποκλεισμού, διότι στην χώρα εγκατάστασης του εν λόγω «τρίτου» εκδίδεται πιστοποιητικό απουσίας/παρουσίας διαδικασιών πτώχευσης από το πτωχευτικό δικαστήριο και επίσης εκδίδεται πιστοποιητικό του εμπορικού επιμελητηρίου περί ύπαρξης (ή μη) πτωχευτικής διαδικασίας, τα οποία και θα έπρεπε να υποβληθούν. Εν όψει των ανωτέρω, η ένορκη βεβαίωση που υποβλήθηκε, είναι ανακριβής, αφού δεν αναφέρει ρητά ότι το δικαστήριο της χώρας εγκατάστασης του «τρίτου» οικονομικού φορέα δεν εκδίδει το ζητούμενο στο άρθρο 2.2.8.2. περ. Β.1. στοιχ. β της διακήρυξης πιστοποιητικό, δ) δεν υποβλήθηκαν πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας για την εταιρεία «...» (τρίτος), που να καλύπτουν τον χρόνο υποβολής προσφορών στον υπόψη διαγωνισμό και ε) η επίμαχη

## **Αριθμός απόφασης: Σ 183/2023**

οικονομική προσφορά είναι εικονικού ύψους, διότι ενώ η καθής η προσφυγή προσέφερε 5 τεμάχια licenses, δηλαδή 1 license ανά ... (...), η ίδια προσέφερε 10 τεμάχια licenses, δηλαδή 1 license ανά ... (...).

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (03.05.2022), ήτοι, οχτώ (08) ημέρες μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 20.04.2022 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

7. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. ...2022 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

8. Επειδή, στις 09.05.2022 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

9. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: • 1<sup>ος</sup> λόγος προσφυγής: μη νόμιμη κλήση του προσωρινού αναδόχου προς υποβολή ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, μετά την υποβολή αιτήματος από τον προσωρινό ανάδοχο για παράταση της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (ως δικαιούτο), στη συνέχεια, η επιτροπή μη νομίμως ζήτησε εκ νέου από την εταιρεία να υποβάλλει και έτερα δικαιολογητικά κατακύρωσης, προς συμπλήρωση της προσφοράς της. Πιο συγκεκριμένα, η επιτροπή διαγωνισμού αιτήθηκε την υποβολή δικαιολογητικών που αφορούν στον «τρίτο» οικονομικό φορέα που παρέχει στήριξη στον προσωρινό ανάδοχο («...»), τα οποία δεν είχαν αναρτηθεί στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Πρόκειται για το πιστοποιητικό του βιομηχανικού επιμελητηρίου της ..., το πιστοποιητικό ασφαλιστικής ενημερότητας του «τρίτου», το πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας του «τρίτου» και για τη δήλωση συνεργασίας μεταξύ του

## Αριθμός απόφασης: Σ 183/2023

συγκεκριμένου συμμετέχοντος και του «τρίτου» οικονομικού φορέα. Η ανωτέρω πρόσκληση της επιτροπής διαγωνισμού είναι, κατά την άποψη της προσφεύγουσας, μη νόμιμη για τους κάτωθι λόγους: α) κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 3.2. της διακήρυξης, το οποίο αντιστοιχεί στην διάταξη του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 43 παρ. 12 του ν. 4605/2019, δεν προβλέπεται η δυνατότητα του αναθέτοντα φορέα να καλεί τον προσωρινό ανάδοχο σε συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά η σχετική πρωτοβουλία καταλείπεται στον προσωρινό ανάδοχο, ο οποίος μπορεί να ζητήσει παράταση για τη συμπλήρωση των οικείων δικαιολογητικών, εφόσον αποδεικνύει ότι δεν μπορεί εγκαίρως να τα προσκομίσει άνευ υπαιτιότητάς του, β) η διάταξη του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε εκ νέου με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, με την οποία προβλέπεται το πρώτον, ότι εάν δεν προσκομισθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που ήδη προσκομίσθηκαν, ο αναθέτων φορέας καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, δεν τυγχάνει εφαρμογής στην προκείμενη περίπτωση, διότι η διάταξη τούτη άρχισε να ισχύει από την 01η.06.2021 και συνεπώς, δεν καταλαμβάνει τις εκκρεμείς, κατά τον χρόνο έναρξης του νόμου, διαγωνιστικές διαδικασίες, όπως είναι η υπό εξέταση διαδικασία. γ) η διάταξη του άρθρου 22 του ν. 4903/2022, δια της οποίας προβλέφθηκε ότι τα άρθρα 103 και 310 του ν. 4412/2016 εφαρμόζονται και στις εκκρεμείς κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος τους (01.06.2021) διαγωνιστικές διαδικασίες δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής «... λόγω της ευθέως αντικείμενης στο Σύνταγμα προβλέψεώς του, διότι θεσπίστηκε οκτώ ολόκληρους μήνες μετά την έναρξη ισχύος του άρθρου 103, ως τροποποιήθηκε με τον ν. 4782/2021, και αφού, όπως είναι εύλογο, το μεγαλύτερο μέρος των εκκρεμών, κατά την έναρξη ισχύος του τροποποιηθέντος άρθρου, διαγωνισμών έχει ήδη περατωθεί, βάσει του καθεστώτος που ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της εκάστοτε διακήρυξης, οπότε η ρητή πρόβλεψη περί αναδρομικής ισχύος παραβιάζει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας...». Η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι ζήτησε την υποβολή συμπληρωματικών δικαιολογητικών κατακύρωσης, προκειμένου να επικαιροποιηθεί η ήδη υποβληθείσα (μαζί με την προσφορά) δήλωση συνεργασίας της παρεμβαίνουσας με την εταιρεία «...» και να

## **Αριθμός απόφασης: Σ 183/2023**

διευκρινισθεί το πιστοποιητικό του βιομηχανικού επιμελητηρίου ....., που, κατά την κρίση της, περιείχε κάποιες ασάφειες.

Β) Όπως προσφάτως έχει κριθεί νομολογιακά (βλ. υπ' αριθμ. 1894/2022 Απόφαση ΣΤΕ, Τμήμα ΣΤ και υπ' αριθμ. 1939/2022 Απόφαση ΣΤΕ, Τμήμα Δ), κατά την έννοια του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά τη διαμόρφωσή του με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, σε περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας διαπιστώσει, κατόπιν ελέγχου των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ελλείψεις που επάγονται απόρριψη του οικείου φακέλου, υποχρεούται να καλέσει τον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο, όπως καλύψει τις ελλείψεις των εν λόγω δικαιολογητικών – είτε με την υποβολή αρχικώς μη υποβληθέντος δικαιολογητικού είτε με τη συμπλήρωση (ή επανυποβολή) ελλιπών δικαιολογητικών, που είχαν μεν αρχικώς υποβληθεί, αλλά δεν πληρούν τις απαιτήσεις της διακήρυξης – εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης ή της οριζόμενης από την αναθέτουσα αρχή κατόπιν αποδοχής σχετικού ρητού αιτήματος του προσωρινού αναδόχου (πρβλ. ΣΤΕ 1020/2022 σκέψη 12, 1/2020 σκέψη 9, Ε.Α. 37/2021 σκέψη 19, 29/2019 σκέψη 11). Η τήρηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (ή αναθέτοντος φορέα) της διαδικαστικής αυτής υποχρέωσης, ενόψει του επιδιωκόμενου σκοπού της αποφυγής αδικαιολόγητων -χάριν επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών- αποκλεισμών προσωρινών αναδόχων, είναι μεν κατ' αρχήν θεμιτή· δεν δύναται, όμως, να μεταβάλει τους όρους και τις προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως καθορίζονται στη διακήρυξη, ούτε τον χρόνο συνδρομής των όρων αυτών, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 79 και 104 του ν. 4412/2016 ή τα ειδικότερα οριζόμενα στη διακήρυξη (βλ. ΣΤΕ 1647/2022), ούτε άλλωστε να «θεραπεύσει» παραλείψεις οι οποίες, κατά τους ρητούς όρους της διακήρυξης, συνεπάγονται υποχρεωτικώς τον αποκλεισμό του υποψηφίου, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει. Υπό την έννοια αυτή, η διάταξη του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίησή της με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, ερμηνευόμενη δηλαδή ως θέτουσα μεν κατ' αρχήν ως διαδικαστική προϋπόθεση για τον αποκλεισμό προσωρινού αναδόχου, την προηγούμενη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να τον καλέσει να

## Αριθμός απόφασης: Σ 183/2023

προσκομίσει εντός τασσόμενης προθεσμίας τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, που παρέλειψε να προσκομίσει εντός της αρχικώς ταχθείσας προθεσμίας, χωρίς όμως να στερεί από την αναθέτουσα αρχή την αρμοδιότητα να εκτιμήσει, κατά περίπτωση, αν, υπό το πρίσμα των ειδικών όρων που περιέχει η διακήρυξη, με την υποβολή των ελλιπών ή ελλειπόντων δικαιολογητικών τροποποιείται ανεπιτρέπτως το περιεχόμενο της προσφοράς, δεν παραβιάζει τις αρχές που εφαρμόζονται στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, οι οποίες διατυπώνονται στο άρθρο 18 της οδηγίας 2014/24, και στις οποίες συγκαταλέγονται, μεταξύ άλλων, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας και, επομένως, δεν αντίκειται ούτε στην οδηγία αυτή (πρβλ. απόφαση της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, σκ. 37), ούτε στο Σύνταγμα ή σε άλλες διατάξεις υπερνομοθετικής ισχύος. Ακολούθως, με το άρθρο 22 του ν. 4903/2022 (Α' 46/05.03.2022), συμπληρώθηκε η μεταβατική ρύθμιση της παρ. 3 του άρθρου 142 του ν. 4782/2021 και καθορίσθηκαν οι προϋποθέσεις διαχρονικής εφαρμογής του ισχύοντος υπό τον νόμο αυτό άρθρου 103 του ν. 4412/2016, ως εξής: *«Τα άρθρα 43 και 121 του ν. 4782/2021, με τα οποία τροποποιήθηκαν τα άρθρα 103 και 310, αντίστοιχα, του ν. 4412/2016, εφαρμόζονται και στις εκκρεμείς, κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος τους (1η.6.2021), διαγωνιστικές διαδικασίες, εκτός εάν έχει χωρήσει οριστικός αποκλεισμός του οικονομικού φορέα ή έχει εκδοθεί απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου, η οποία έχει κρίνει διαφορετικά».*

Εν όψει των ανωτέρω, γίνεται δεκτό ότι το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, καταλαμβάνει και τις εκκρεμείς διαδικασίες, όπως είναι η προκείμενη, ωστόσο το εν λόγω άρθρο θα πρέπει να ερμηνεύεται, υπό την έννοια ότι με τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις/συμπληρώσεις δεν επιτρέπεται να αναπληρωθούν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά, η προσκόμιση των οποίων έχει τεθεί κατά την διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού. Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021: *«... Συγκεκριμένα, προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους 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 υποβάλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν*

## Αριθμός απόφασης: Σ 183/2023

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. Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3 άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί. Η τροποποίηση του άρθρου κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, την κάμψη της τυπολατρίας και του φορμαλισμού και της διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Με τη νέα διατύπωση, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης ...».

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς, ότι μολονότι επιτρέπεται η υποβολή συμπληρωματικών δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατόπιν σχετικής πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής και στις εκκρεμείς κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος του ν. 4782/2021 διαδικασίες (01.06.2021), με εξαίρεση τις περιπτώσεις, κατά τις οποίες «... έχει χωρήσει οριστικός αποκλεισμός του οικονομικού φορέα ή έχει εκδοθεί απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου, η οποία έχει κρίνει διαφορετικά...» (ήτοι, περιπτώσεις που δεν συντρέχουν εν προκειμένω), στην εξεταζόμενη περίπτωση ζητήθηκαν μη νομίμως δικαιολογητικά που έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού στην ένδικη διακήρυξη. Ειδικότερα, γίνεται δεκτό ότι ορθώς ζητήθηκε η αποσαφήνιση της δήλωσης συνεργασίας του προσωρινού αναδόχου με τον τρίτο, καθότι αυτή είχε ήδη υποβληθεί μαζί με την εξεταζόμενη προσφορά. Ωστόσο, από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς, προκύπτει ότι, τόσο τα πιστοποιητικά ασφαλιστικής/φορολογικής ενημερότητας του τρίτου, όσο και το πιστοποιητικό του εμπορικού επιμελητηρίου ... του τρίτου, δεν είχαν υποβληθεί μαζί με την προσφορά της εταιρείας, ώστε να χρήζουν επιτρεπτής συμπλήρωσης. Ενόψει των ανωτέρω, η συμπλήρωση της επίμαχης προσφοράς με ελλείποντα



## Αριθμός απόφασης: Σ 183/2023

στοιχεία, εισήγαγε, εν προκειμένω, αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα υπέρ του συγκεκριμένου συμμετέχοντος σε βάρος των λοιπών συμμετεχόντων, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς ανταγωνισμού. Λαμβανομένου υπόψη ότι η παροχή δυνατότητας μεταγενέστερης υποβολής -επί ποινή αποκλεισμού- ζητούμενων δικαιολογητικών/στοιχείων, συνιστά, κατά πάγια νομολογία, ανεπίτρεπτη τροποποίηση ήδη υποβληθείσας προσφοράς, η προσβαλλόμενη πράξη δέον ακυρωθεί ως μη νόμιμη, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος. Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι δεν είναι νόμιμη η διόρθωση της προσφοράς, όταν έχει ως συνέπεια τη μεταγενέστερη αντικατάσταση/προσκόμιση το πρώτον ουσιώδους εγγράφου, κατά τρόπο ώστε να αίρεται το απαράδεκτο της προσφοράς της αιτούσης (βλ., μεταξύ πολλών, ΕΑ ΣΤΕ 117/2019), ο 1<sup>ος</sup> λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

- 4<sup>ος</sup> λόγος προσφυγής: i) παράλειψη υποβολής πιστοποιητικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας για την εταιρεία «...» (τρίτος), που να καλύπτουν τον χρόνο υποβολής προσφορών - ii) υποβολή μη έγκυρου πιστοποιητικού φορολογικής ενημερότητας. Α) Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, στην προκείμενη περίπτωση: i) δεν υποβλήθηκαν πιστοποιητικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας για τον «τρίτο», που να καλύπτουν τον χρόνο ισχύος των προσφορών (19.05.2021) και ii) το υποβληθέν με αρ. πρωτ. ...2021 πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας, δεν είναι έγκυρο, διότι δεν υποβλήθηκε εντός του χρόνου που ορίζεται στο άρθρ. 2.2.8.2. «Αποδεικτικά μέσα» περ. Β.1. στοιχ. β της διακήρυξης (εντός τριμήνου από την έκδοσή του). Κατά την παρεμβαίνουσα, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας που αφορά στην παράλειψη απόδειξης του επίμαχου λόγου αποκλεισμού (αθέτηση των υποχρεώσεων όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης), κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών, είναι αβάσιμος, διότι η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκκρεμής κατά τον χρόνο έναρξης του ν. 4782/2021, καταλαμβάνεται πλέον από την νέα διάταξη του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, ως αυτή τροποποιήθηκε με το άρθρο 44 του ν. 4782/2021, το οποίο καταργεί την υποχρέωση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης,

## Αριθμός απόφασης: Σ 183/2023

που να καλύπτουν τον χρόνο υποβολής προσφορών. Συνεπώς, κατά την άποψη της παρεμβαίνουσας, προς απόδειξη, αφενός μεν, της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, αφετέρου δε, της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του υποψηφίου ή του «τρίτου», αρκεί η προσήκουσα υποβολή ορθώς συμπληρωμένου εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ, κατά τον χρόνο συμμετοχής στον διαγωνισμό, ενώ προς απόδειξη των ίδιων καταστάσεων, αρκεί, κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η υποβολή δικαιολογητικών/εγγράφων, που καλύπτουν αποκλειστικά τον χρόνο της κατακύρωσης και ουχί τον χρόνο υποβολής προσφορών στον διαγωνισμό.

Β) Σημειωτέον ότι στο νέο άρθρο 104 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, ορίζεται ότι: *«Το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης»*. Από τη σαφή γραμματική διατύπωση του ως άνω άρθρου, που δεν καταλείπει αμφιβολίες επί του περιεχομένου του στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το Δ.Ε.Ε, προκύπτει ότι, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος, τόσο η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του συμμετέχοντος (ή του «τρίτου»), όσο και η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, κρίνεται από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή σε τρία (3) διαφορετικά χρονικά διαστήματα, ήτοι, κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς στον διαγωνισμό, κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατά τη σύναψη της σύμβασης. Επομένως, ο μέσος επιμελής υποψήφιος δύναται ευχερώς να κατανοήσει ότι, κατά τους όρους της διακήρυξης, ακόμη και εάν προαποδεικτικά καταθέτει το Ε.Ε.Ε.Σ προς αντικατάσταση πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, τούτο αφορά μόνο στην ελάφρυνση της διαδικασίας και ουδόλως υπεισέρχεται στην ουσία των οικείων απαιτήσεων, ήτοι, ουδόλως τίθεται ζήτημα δυνατότητας μη πλήρωσής τους κατά τον χρόνο εκείνον, πολλώ δε μάλλον, κατάργησης, δια του άρθρ. 104 του ν. 4412/2016 (όπως αυτό ισχύει),

## Αριθμός απόφασης: Σ 183/2023

της υποχρέωσης πλήρωσης των απαιτήσεων της διακήρυξης από τους οικονομικούς φορείς κατά τον χρόνο συμμετοχής. Μάλιστα, εάν ήθελε γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος, τότε θα καθίσταντο κενές περιεχομένου, τόσο η διάταξη του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 περί οψιγενών μεταβολών, αφού θα καθίστατο αδύνατος ο έλεγχος των εξ υπαρχής ανακριβών ή ψευδών στοιχείων που δηλώθηκαν στο Ε.Ε.Ε.Σ, όσο και η διάταξη του άρθρου 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016 περί απόδειξης των δηλούμενων στο Ε.Ε.Ε.Σ στοιχείων ανά πάσα στιγμή, εφόσον οι υποψήφιοι τυχόν κληθούν προς τούτο από την αναθέτουσα αρχή «... για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας». Επομένως, το άρθρο 104 του ν. 4412/2016, ως ισχύει, στο οποίο η ένδικη διακήρυξη ρητά παραπέμπει, δεν απαλλάσσει τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα από την υποχρέωση πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τον χρόνο συμμετοχής του στον διαγωνισμό, αλλά τον απαλλάσσει, κατά κανόνα, από την υποχρέωση προσκόμισης των σχετικών αποδεικτικών εγγράφων κατά τον χρόνο αυτόν (βλ. σχέδιο νόμου 4782/2021, σελ. 373-374), απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος.

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς ότι, αφού η εταιρεία «...» δεν υπέβαλε τα ζητούμενα στο άρθρ. 2.2.8.2. πιστοποιητικά, προκειμένου να αποδείξει ότι ήταν φορολογική και ασφαλιστικά ενήμερη κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών, ούτε τα όσα δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ της, ούτε η σχετική μνεία που περιλαμβάνεται στην υποβληθείσα ένορκη βεβαίωση του νόμιμου εκπροσώπου της, αλλά ούτε και η υποβολή αυτοτελούς υπεύθυνης δήλωσης για το ότι δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπό της, επαρκούν προς απόδειξη της μη συνδρομής του επίμαχου λόγου αποκλεισμού κατά τον κρίσιμο χρόνο.

Ειδικά ως προς το ζήτημα της ένορκης βεβαίωσης, θα πρέπει να σημειωθεί ότι στο άρθρο 2.2.8.2 («Αποδεικτικά μέσα») της διακήρυξης ορίζεται ρητά ότι, μόνο εάν το κράτος μέλος ή η χώρα δεν εκδίδει πιστοποιητικό φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας (περίπτωση που ουδόλως αποδείχθηκε ότι συντρέχει εν προκειμένω), το εν λόγω πιστοποιητικό μπορεί να αντικατασταθεί από ένορκη βεβαίωση (βλ. άρθρ. 2.2.8.2., όπου ορίζεται ότι: «*Αν το κράτος-μέλος ή η εν λόγω χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφο ή πιστοποιητικό ή όπου το έγγραφο ή το πιστοποιητικό*

## **Αριθμός απόφασης: Σ 183/2023**

αυτό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.2 περ. α' και β', καθώς και στην περίπτωση β' της παραγράφου 2.2.3.3, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας»). Για τους ανωτέρω λόγους, κρίνονται ως απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας, κατά τους οποίους η εξεταζόμενη προσφορά ορθώς έγινε δεκτή, διότι με την ένορκη βεβαίωση που υπέβαλε ο νόμιμος εκπρόσωπος του «τρίτου», δυνάμει του άρθρου 2.2.8.2. της διακήρυξης, αποδείχθηκε νομίμως η μη συνδρομή του επίμαχου λόγου αποκλεισμού (αθέτηση ασφαλιστικών/φορολογικών υποχρεώσεων).

Τέλος, ως προς τον ανωτέρω 2<sup>ο</sup> προβαλλόμενο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, κατά τον οποίο το με αριθμ. πρωτ. ...2021 πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας του «τρίτου» — που σημειωτέον υποβλήθηκε (ως προκύπτει από το ΕΣΗΔΗΣ) στις 25.02.2022, κατόπιν σχετικής κλήσης της αναθέτουσας αρχής προς τον ανάδοχο για υποβολή ελλειπόντων δικαιολογητικών — δεν είναι έγκυρο, διότι δεν υποβλήθηκε εντός τριμήνου από την έκδοσή του, ως ρητώς απαιτεί το άρθρο 2.2.8.2. περ. Β.1. στοιχ. β της διακήρυξης, ισχύουν *mutatis mutandis* όσα προαναφέρθηκαν στον 1<sup>ο</sup> λόγο προσφυγής. Ως προαναφέρθηκε, το επίμαχο πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας του τρίτου μη νομίμως προσκομίσθηκε, εν προκειμένω, δυνάμει του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, αφού, σύμφωνα με την ένδικη διακήρυξη, πρόκειται για τιθέμενο επί ποινή αποκλεισμού στοιχείο της προσφοράς και επομένως, η παράλειψη υποβολής του, όχι μόνο δεν δύναται να «θεραπευθεί» μεταγενεστέρως, τουναντίον, συνεπάγεται υποχρεωτικώς τον αποκλεισμό του υποψηφίου, δεδομένου ότι, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει, απορριπτομένων των ισχυρισμών της τελευταίας ότι δήθεν το επίμαχο στοιχείο υποβλήθηκε εγκαίρως από τον προσωρινό ανάδοχο και όχι μετά από δική της έγγραφη πρόσκληση για υποβολή ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Άλλωστε, κατά τους όρους της ένδικης

## **Αριθμός απόφασης: Σ 183/2023**

διακήρυξης και του νομικού πλαισίου στο οποίο αυτή ρητά παραπέμπει, κατά τον χρόνο υποβολής του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ, όχι μόνο θα πρέπει να πληρούνται τα κριτήρια επιλογής, αλλά δεν θα πρέπει να συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπο των υποψηφίων, εφόσον τούτα ρητά βεβαιώνονται στο σχετικό έντυπο, ειδάλλως, οι υποψήφιοι δεν δύνανται νομίμως να συμμετάσχουν στη διαδικασία (βλ. ενδεικτικώς, ΔΕΕ απόφαση της 8ης Ιουλίου 2021, C-295/20, «Sanresa»). Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι, κατά παράβαση του νόμου και της εν θέματι διακήρυξης, δεν υποβλήθηκαν τα ζητούμενα στοιχεία φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας για τον «τρίτο», που να καλύπτουν τον χρόνο υποβολής προσφορών στον ένδικο διαγωνισμό (19.05.2021), ο 4<sup>ος</sup> λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός, ως βάσιμος.

10. Επειδή, οι ως άνω διαπιστωθείσες πλημμέλειες στην προσφορά του προσωρινού αναδόχου και ήδη παρεμβαίνοντος παρέχουν έκαστη εξ αυτών αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς του, η εξέταση των λοιπών προβαλλόμενων λόγων αποκλεισμού του (υποβολή ανακριβούς ένορκης βεβαίωσης, παράλειψη αναφοράς της με αριθμ. 599/2021 απόφασης της Αρχής στο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού και εικονικό ύψος οικονομικής προσφοράς), παρέλκει ως αλυσιτελής (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007 κ.α), καθόσον και αβάσιμων υποτιθέμενων, δεν δύνανται να καταστήσουν αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος.

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

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

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

**Αριθμός απόφασης: Σ 183/2023**

Ακυρώνει την με αριθμ. πρωτ. ...2022 απόφαση του ..., κατά τα αναφερόμενα ειδικότερα στο σκεπτικό της παρούσας.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (15.000,00€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 1η Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε αυθημερόν, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ**

**ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ**