

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος-Εισηγητής, Ευαγγελία Μιχολίτση και Ειρήνη Αφοκάρδου σε αναπλήρωση της Άννας Χριστοδουλάκου, μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1223/15.06.2021 της προσφεύγουσας εταιρείας «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής καλουμένη «πρώτη προσφεύγουσα») και

την προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1241/18.06.2021 της προσφεύγουσας εταιρείας «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής καλουμένη «δεύτερη προσφεύγουσα»).

Κατά της ...(εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αρ. πρωτ. 67021/04-06-2021 απόφαση του Συντονιστή της Α.Δ.Α. κατά το σκέλος που με αυτή κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά της για τα Τμήματα Γ', Δ' και Ε', στα οποία είχε αναδειχθεί ως προσωρινός ανάδοχος και β. η κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγυητικής επιστολής, που είχε προσκομιστεί για τα αντίστοιχα τμήματα.

Με την δεύτερη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αρ. πρωτ. 67021/04-06-2021 απόφαση του Συντονιστή της Α.Δ.Α. κατά το σκέλος που με αυτή κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά της για τα Τμήματα Α, Β και ΣΤ', και αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής, που είχε προσκομιστεί για τα αντίστοιχα τμήματα.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αρ. 05/2020 (Αριθ. πρωτ.: 108795/16.12.2020) Διακήρυξη της ...(εφεξής και Α.Δ.Α. ή/και Αναθέτουσα Αρχή) προκηρύχθηκε διεθνής ηλεκτρονικός ανοικτός μειοδοτικός διαγωνισμός με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής, για την παροχή υπηρεσιών του αντικειμένου: «Εκτέλεση κατεδάφισης πρωτοκόλλων αυθαιρέτων κατασκευών εντός αιγιαλού- παραλίας των Π.Ε. ..., ..., ... και ..., οριστικών εκθέσεων αυτοψίας στο ρέμα Πικροδάφνης, στα όρια των Δήμων ... και ... και αποφάσεων κατεδάφισης αυθαιρέτων σε δάση-δασικές και αναδασωτέες εκτάσεις στις Π.Ε. ..., ... και ...», με κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου Δημοσίων Συμβάσεων cPv): ... Προστασία του Περιβάλλοντος), συνολικού προϋπολογισμού 1.413.600€, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής με ΑΔΑΜ ...2020-12-23 και ημερομηνία δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ 23/12/2020. Η πρώτη προσφεύγουσα συμμετείχε στον επίδοκο διαγωνισμό και στα έξι Τμήματα αυτού (Α, Β, Γ, Δ, Ε και ΣΤ'). Στις 09/03/2021 εξεδόθη η με αρ. Πρωτ. 29224 Απόφαση του Συντονιστή της Α.Δ.Α., με την οποία εγκρίθηκαν τα υπ' αρ. Νο1/08-02-2021, Νο2/18-02-2021, Νο3/04-03-2021 και Νο4/04-03-2021 Πρακτικά αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και οικονομικών προσφορών όλων των συμμετεχόντων σε όλα τα τμήματα του οικείου διαγωνισμού και αποφασίστηκαν τα εξής: η ανάδειξη της εταιρείας δεύτερης προσφεύγουσας «...», ως προσωρινός ανάδοχος για τα τμήματα Α', Β' και ΣΤ' με τιμή προσφοράς 245.520,00€, 184.140,00€ και 306.900,00€ αντίστοιχα και συνολική αξία 736.560,00€ (με Φ.Π.Α. και λοιπών νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων). Στα εν λόγω Τμήματα η πρώτη προσφεύγουσα κατατάχθηκε δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας, ενώ αναδείχτηκε, ως προσωρινός ανάδοχος για τα τμήματα Γ', Δ' και Ε' με τιμή προσφοράς 245.520,00€, 168.392,00€ και 243.040,00€ αντίστοιχα και συνολική αξία 656.952,00€ (με Φ.Π.Α. και λοιπών νομίμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων). Στα εν λόγω Τμήματα κατατάχθηκε δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας, η δεύτερη προσφεύγουσα. Κατόπιν αυτής, η Αναθέτουσα Αρχή με το υπ' αρ. πρωτ. 39062/05.04.2021 έγγραφό της

το οποίο κοινοποιήθηκε αυθημερόν, κάλεσε την πρώτη προσφεύγουσα να υποβάλλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 1.1.6.2 της οικείας Διακήρυξης εντός προθεσμίας 10ημερών (05/04/2021 - 15/04/2021). Με αντίστοιχο έγγραφο κλήθηκε και η δεύτερης προσφεύγουσα να υποβάλει δικαιολογητικά κατακύρωσης για τα Τμήματα Α,Β και ΣΤ που κατακυρώθηκαν σε εκείνη. Στις 13/04/2021, η πρώτη προσφεύγουσα απέστειλε τα σχετικά δικαιολογητικά κατακύρωσης στην Αναθέτουσα Αρχή με ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω της επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ. Μεταξύ δε αυτών, συμπεριέλαβε: α) το με αρ. πρωτ. 252416/2020/19-11-2020 Πιστοποιητικό του Πρωτοδικείου Αθηνών περί δικαστικής φερεγγυότητας (περί μη κατάθεσης δικογράφου αίτησης οικονομικού ενδιαφέροντος, Πτωχευτικής διαδικασίας & διαδικασίας συνδιαλλαγής/εξυγίανσης) για τον οικονομικό φορέα «...», στον οποίο, σύμφωνα με το ΕΕΕΣ στηρίζεται για την πλήρωση της τεχνικής ικανότητας ως προς τα απαιτούμενα μηχανήματα για την εκτέλεση του έργου, προς απόδειξη της μη συνδρομής στο πρόσωπό του, κατά το χρονικό σημείο της υποβολής της προσφοράς της, του λόγου αποκλεισμού της περ. γ' της υποπαρ. Β.1. του όρου 1.1.6.2. της οικείας Διακήρυξης (σελ. 22 αυτής), και β) το με αρ. πρωτ. 17316/2021/01-04-2021 ίδιο πιστοποιητικό στην επικαιροποιημένη του μορφή, προς απόδειξη της μη συνδρομής στο πρόσωπό του, κατά το χρονικό σημείο της ανάδειξης της ως προσωρινού αναδόχου, του ίδιου λόγου αποκλεισμού της περ. γ' της υποπαρ. Β.1. του όρου 1.1.6.2. της οικείας Διακήρυξης. Ακολούθως η Επιτροπή του Διαγωνισμού συνεδρίασε για να αποφανθεί επί της πληρότητας των δικαιολογητικών κατακύρωσης της πρώτης προσφεύγουσας και της δεύτερης προσφεύγουσας, εξέδωσε το υπ' αρ. Νο5/27-04-2021 Πρακτικό, με το οποίο αποφάσισε ότι καμία εκ των δύο Εταιρειών δεν προσκόμισε πλήρη φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ειδικά, ως προς την πρώτη προσφεύγουσα, σύμφωνα με όσα διαλαμβάνονται στην σελ. 14 του εν λόγω Πρακτικού, η Επιτροπή έκρινε ότι ο φάκελός δεν ήταν πλήρης, διότι «δεν υποβλήθηκε εμπρόθεσμα (ήτοι εντός της ταχθείσας 10ήμερης προθεσμίας), ηλεκτρονικά, πρόσφατο πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης δικογράφου αίτησης οικονομικού ενδιαφέροντος, Πτωχευτικής διαδικασίας & διαδικασίας

συνδιαλλαγής/εξυγίανσης) για τον οικονομικό φορέα «...» - τρίτο, συνεργαζόμενο φορέα της προσφεύγουσας». Συνεπεία των ευρημάτων της, η Επιτροπή εισηγήθηκε τα εξής: «Την απόρριψη των προσφορών των οικονομικών φορέων «...» και «...», καθόσον δεν υποβλήθηκε εμπρόθεσμα το σύνολο των απαιτούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης με βάσει την υπ' αριθμ. 05/2020 Διακήρυξη και ως εκ τούτου καταπίπτουν υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής οι Εγγυητικές Επιστολές Συμμετοχής, σύμφωνα με το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει. Βάσει των αναφερομένων στα υπ' αριθμ. 1,2,3,4 Πρακτικά της Επιτροπής, όλοι οι οικονομικοί φορείς που συμμετείχαν στον εν λόγω διαγωνισμό έχουν αποκλεισθεί και ως εκ τούτου δεν υφίσταται οικονομικός φορέας με αμέσως επόμενη συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η Επιτροπή εισηγείται τη ματαίωση της διαδικασίας.». Περαιτέρω, με την υπ' αρ. πρωτ. 55139/13-05-2021 απόφασή του, ο Συντονιστής της Α.Δ.Α. απέρριψε το ως άνω υπ' αρ. 5 Πρακτικό αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και την αντίστοιχη εισήγηση της αρμόδιας Επιτροπής του διαγωνισμού, διότι θεώρησε την εισήγηση της Επιτροπής εσφαλμένη ως προς το σκέλος που εισηγείτο τη ματαίωση του διαγωνισμού και δεν εισηγείτο την κατακύρωση των Τμημάτων του διαγωνισμού στους δεύτερους μειοδότες. Συγκεκριμένα, η εν λόγω απόφαση διαλαμβάνει τα εξής: «α) δεν προκύπτει με σαφήνεια αν απορρίπτονται οι προσφορές των οικονομικών φορέων για τα τμήματα του Διαγωνισμού για τα οποία είχαν αναδειχτεί ως προσωρινοί ανάδοχοι ή για το σύνολο των τμημάτων και ως εκ τούτου αν καταπίπτουν μερικώς υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής οι Εγγυητικές Επιστολές Συμμετοχής στο μέρος που αντιστοιχούν στα προαναφερθέντα τμήματα του Διαγωνισμού ή στο σύνολό τους, β) στο Β μέρος της εισήγησής δεν προκύπτει να λαμβάνονται υπόψη η παρ. 3 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 και η περίπτωση (γ) της παρ. 2.2 της Διακήρυξης του εν θέματι διαγωνισμού [...]» ενώ, κάλεσε την Επιτροπή σε νέα συνεδρίαση. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η Επιτροπή εξέδωσε το υπ' αρ. Νο6/26-05-2021 Πρακτικό της, το οποίο και εγκρίθηκε με την υπ' αρ. πρωτ. 67021/04-06-2021 Απόφαση του ..., με την οποία και αποφασίστηκαν τα

εξής: i) Η απόρριψη της προσφοράς της δεύτερης προσφεύγουσας «...» για τα τμήματα Α', Β' και ΣΤ', την κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγυητικής επιστολής του, που είχε προσκομιστεί για τα αντίστοιχα τμήματα ποσού 12.000 Ευρώ σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 103 του ν.4412/16 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει και την ανάδειξή του ως προσωρινό ανάδοχο για τα τμήματα Γ', Δ' και Ε' με τιμή προσφοράς 248.000,00€, 173.600,00€ και 248.000,00€ αντίστοιχα και συνολική αξία 669.600,00€ (με Φ.Π.Α. και λοιπών νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων) και ii) Η απόρριψη της προσφοράς της πρώτης προσφεύγουσας ως προσωρινού αναδόχου για τα τμήματα Γ', Δ' και Ε', την κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγυητικής επιστολής, που είχε προσκομιστεί για τα αντίστοιχα τμήματα ποσού 10.800 Ευρώ σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 103 του ν.4412/16 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει και την ανάδειξή της ως προσωρινό ανάδοχο για τα λοιπά τμήματα (Α', Β' και ΣΤ') της διακήρυξης με τιμή προσφοράς 248.000,00€, 186.000,00€ και 310.000,00€ αντίστοιχα και συνολική αξία 744.000,00€ (με Φ.Π.Α. και λοιπών νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων).

2. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ..., αξίας 2.700,00 Ευρώ € με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης γ) εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

3. Επειδή, για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ..., αξίας 3.000,00 Ευρώ € με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης γ) εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, αμφότερες οι προσφυγές, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5

περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η πρώτη προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς στις 03/06/2021, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης η προσφεύγουσα και η προσφυγή κατατέθηκε στις 14.06.2021, δε, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα.

6. Επειδή, η δεύτερη προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς στις 07/06/2021, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης η προσφεύγουσα και η προσφυγή κατατέθηκε στις 17.06.2021, δε, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα.

7. Επειδή, καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος ασκούν η πρώτη και δεύτερη προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, καθώς, επιδιώκουν την αποδοχή της προσφυγής τους, επί τω τέλει ανάληψης της εν θέματι σύμβασης.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, προέβη στις 16/06/2021 σε κοινοποίηση της πρώτης προσφυγής μέσω του ΕΣΗΔΗΣ και στις 18/06/2021 αντιστοίχως σε κοινοποίηση της δεύτερης προσφυγής.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, απέστειλε έγγραφο απόψεων της στις 28/06/2021 και 29/06/2021 όπου αιτείται την απόρριψη της πρώτης και δεύτερης προσφυγής αντιστοίχως.

10. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι *«Μολονότι η Εταιρεία μας υπέβαλε στην Αναθέτουσα όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά για την κατακύρωση και παρά το γεγονός ότι η τελευταία ενημερώθηκε εκ μέρους μας για την πρόδηλη παραδρομή που εμφιλοχώρησε στο επίμαχο πιστοποιητικό*

του τρίτου οικονομικού φορέα «...», αυτή όλως εσφαλμένως και πάντως παρανόμως προχώρησε στην απόρριψη της προσφοράς μας για τα Τμήματα Γ, Δ και Ε' στα οποία είχαμε αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος, δίχως να μας καλέσει προηγουμένως για συμπλήρωση/ διόρθωση του σχετικού εγγράφου σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει. Ειδικότερα : Σύμφωνα με τη νέα διάταξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021 και ισχύει από 09/03/2021 (σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 142), ήτοι μετά τη δημοσίευση του ως άνω νόμου (ΦΕΚ Α' 36/9-3-2021), ορίζονται τα εξής: «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης». Με την εν λόγω νομοθετική μεταρρύθμιση του αρ. 102 Ν. 4412/2016 κάμπτεται η εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας, καθώς εισάγεται η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής για την αποστολή πρόσκλησης παροχής διευκρινίσεων προς τον οικονομικό φορέα, κατά το στάδιο αξιολόγησης της προσφοράς, προκειμένου να συμπληρώσει τις ελλείψεις του φακέλου της προσφοράς. Εκ της γραμματικής δε, διατύπωσης της νέας ρύθμισης του αρ. 102 του συνάγεται ότι η απόρριψη της προσφοράς επέρχεται μόνο πια στην περίπτωση που κατόπιν της χορήγησης των διευκρινίσεων, ο οικονομικός φορέας εξακολουθεί να μην συμμορφώνεται με απαράβατο όρο της διακήρυξης. Τα ως άνω επιρρωνύονται, άλλωστε από την ίδια τη ratio της τροποποίησης της επίμαχης διάταξης του άρθρου 102 Ν.4412/2016, ως αυτή αποτυπώνεται στη σχετική Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4782/2021 (ορ. σελ. 372-373 αυτής) και σύμφωνα με την οποία, ο νομοθέτης

επεμβαίνοντας ούτως απέβλεψε στα εξής: «[...] αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσία οι προϋποθέσεις συμμετοχής [...]. Η τροποποίηση του άρθρου κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρίας και του formalισμού 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», ενώ επιπλέον, «{...} με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, 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 και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα». Επιπλέον και αναφορικά με τη νέα διάταξη του άρθρου 102, δέον όπως σημειώσουμε και τα εξής: Σχετικά με τον εν λόγω κανόνα δικαίου - έστω και εάν αυτός τέθηκε σε ισχύ σε μεταγενέστερο χρονικά στάδιο από την αξιολόγηση της προσφοράς της εταιρείας μας - ο οποίος διαφοροποιείται σε πολλά σημεία σε σχέση με την προηγούμενη μορφή του, έχει σημασία να τονίσουμε ότι είναι φανερό ότι με αυτόν διευρύνεται σαφώς το πεδίο των στοιχείων που επιδέχονται διευκρίνησης και η διαπίστωση αυτή είναι πιο κοντά στην αιτιολογική έκθεση για το συγκεκριμένο άρθρο, διότι αποτελεί μία περαιτέρω αναγνώριση για το πώς πρέπει να μεταχειρίζονται οι Αναθέτουσες Αρχές τα εκ παραδρομής και επουσιώδη σφάλματα/παραλείψεις των οικονομικών φορέων. Συναφώς δε,

καθίσταται σαφές ότι το ρυθμιστικό πεδίο της εν λόγω διάταξης διαφοροποιείται ουσιωδώς από το προϊσχύον δίκαιο, καθώς δεν καταλείπεται πλέον στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η αποστολή πρόσκλησης προς τους οικονομικούς φορείς για την αποσαφήνιση των προσφορών, επιπλέον δε καταργεί την σύνδεση της χορήγησης του εν λόγω δικαιώματος προς τους προσφέροντες με τον χαρακτηρισμό της πλημμέλειας ως επουσιώδους ή ουσιώδους, η οποία κατέτεινε στην απαράδεκτη συμπλήρωση της προσφοράς μετά την υποβολή της, δια της προσκόμισης το πρώτον, κατά το στάδιο αξιολόγησης της προσφοράς, εγγράφων που προβλεπόταν από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού επί ποινή αποκλεισμού του υποψηφίου αναδόχου. Υπογραμμίζεται, εξάλλου, ότι το άρθρο 42 του Ν.4782/2021 καταλαμβάνει και εκκρεμείς διαδικασίες, ελλείπει σχετικής μεταβατικής διάταξης, αφού το άρθρο 140 του ιδίου νόμου, όρισε ρητώς ποιά άρθρα καταλαμβάνουν διαγωνισμούς που θα δημοσιευθούν μετά την 01.09.2021, ενώ για το εν λόγω άρθρο δεν υπήρξε σχετική διευκρίνιση. Ως εκ τούτου, παρέπεται ότι το επίμαχο άρθρο 102 εφαρμόζεται εν προκειμένω ως αντικαταστάθηκε με το ως άνω άρθρο 2 του Ν.4782/2021. Τα ως άνω έχουν, άλλωστε, κριθεί *ad hoc* και από την Αρχή Σας με την ΑΕΠΠ 1038- 1042/2021 (Σκέψεις 14 και 15), με την οποία κρίθηκε ότι η νέα διάταξη εφαρμόζεται και επί εκκρεμών διαδικασιών, ήτοι επί διαδικασιών που έχουν ήδη εκκινήσει και βρίσκονται σε στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, υπό τον όρο ότι η Διακήρυξη του διαγωνισμού δεν ρυθμίζει ειδικώς, εξαντλητικώς και με σαφήνεια (εννοείται με διαφορετικό τρόπο σε σχέση με τη νέα ρύθμιση) το ζήτημα της παροχής διευκρινίσεων προς την Αναθέτουσα Αρχή κατά το στάδιο αξιολόγησης προσφορών. Συγκεκριμένα κρίθηκε ότι αν η Διακήρυξη δεν περιέχει διάταξη που να ρυθμίζει ειδικώς, εξαντλητικώς και με σαφήνεια και παραπέμπει απλώς στη διάταξη του νόμου (ήτοι στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016), η οποία στο μεταξύ τροποποιήθηκε, τότε εφαρμοστέα είναι η διάταξη του νόμου, ως τροποποιήθηκε και ισχύει. Η ανωτέρω περίπτωση συντρέχει δε ακριβώς και στην υπό κρίση Σας υπόθεση, δεδομένου ότι η διακήρυξη του διαγωνισμού που εξετάζεται εν προκειμένω, δεν ρυθμίζει «ειδικώς και εξαντλητικώς» τη διαδικασία υποβολής διευκρινίσεων, αλλά

παραπέμπει ευθέως στο γράμμα της διάταξης του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, με αυτόθροη συνέπεια ότι αυτή (πρέπει να) εφαρμόζεται ως ισχύει κάθε φορά. Συγκεκριμένα, στον οικείο όρο 2.1.3 - «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» της Διακήρυξης του επίμαχου διαγωνισμού ορίζεται ρητώς ότι: «Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, εντός προθεσμίας επτά (7) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.» Συνάγεται, δηλαδή, ότι και η υπό κρίση Σας περίπτωση σε τίποτα δεν διαφέρει κατά το πραγματικό της από το πραγματικό της ως άνω περίπτωσης επί της οποίας έκρινε η Αρχή σας με την υπ' αρ. 1038-1042/2021 Απόφαση, αφού και η αντίστοιχη κανονιστική ρύθμιση του υπό κρίση Σας διαγωνισμού παραπέμπει ευθέως στο άρθρο 102 του Ν.4412/2016 και δεν περιλαμβάνει ρύθμιση που να αποκλίνει ουσιωδώς και κατά τρόπο εξαιρετικό από την ίδια τη ρύθμιση του νόμου. Ως εκ τούτου, καθίσταται σαφές ότι η παραβίαση υποχρέωσης εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, όπως καλέσει την Εταιρεία μας σε διευκρινίσεις για τη συμπλήρωση του ελλείποντος δικαιολογητικού, συνεπάγεται την ακυρότητα της εκδοθείσας πράξης-απόφασης, λόγω παράβασης της επίμαχης ουσιαστικής διάταξης της νομοθεσίας που διέπει την σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Εν προκειμένω, η εκ παραδρομής παράλειψη της Εταιρείας μας όπως προσκομίσει επικαιροποιημένο πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης δικογράφου αίτησης (οικονομικού ενδιαφέροντος, πτωχευτικής διαδικασίας & διαδικασίας συνδιαλλαγής/εξυγίανσης) για τον συνεργαζόμενο τρίτο οικονομικό φορέα «...» οπωσδήποτε δύναται να καταληφθεί από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 102 Ν. 4412/2021, ως τροποποιημένο ισχύει, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη εκδόθηκε την 04.06.2021, ήτοι μεταγενέστερα της έναρξης εφαρμογής της ρύθμισης του αρ. 42 του Ν. 4782/2021, η οποία έλαβε χώρα την 09.03.2021

(αρ. 142 παρ. 2 του ίδιου νόμου) και σύμφωνα με τις μεταβατικές διατάξεις (ορ. ανωτέρω) καταλαμβάνει και τις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες. Μάλιστα, στην περίπτωση μας, δεν ομιλούμε περί ολωσδιόλου παράλειψη υποβολής του κρίσιμου δικαιολογητικού, δεδομένου ότι η Εταιρεία μας, όπως προκύπτει από τα ιστορούμενα ανωτέρω, υπέβαλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης πιστοποιητικό (ορ. ως Σχετικό 2), το οποίο μολονότι το αιτήθηκε από το Πρωτοδικείο Αθηνών ο ίδιος ο οικονομικός φορέας «...» με τα προσωπικά του στοιχεία, ήτοι ΑΦΜ, επωνυμία και λοιπά στοιχεία, και αφορά το ζητούμενο διάστημα, φέρει τα στοιχεία άλλης εταιρείας λόγω λάθους που εμφιλοχώρησε αποκλειστικά από πλευράς του αρμόδιου Πρωτοδικείου και σε κάθε περίπτωση, όχι από σφάλμα του ως άνω τρίτου οικονομικού φορέα (ορ. σχετικά 3 -6). Στο σημείο αυτό, σημειούται δε, ότι το μόνο λάθος που βαρύνει τον ως άνω οικονομικό φορέα ή/και την Εταιρεία μας είναι η αμέλεια ελέγχου του πιστοποιητικού που αναρτήθηκε στην σχετική καρτέλα στο σύστημα solon.gov.gr, η οποία επέδειξε εμπιστοσύνη στην εκδούσα το πιστοποιητικό Αρχή. Το ότι επρόκειτο περί προδήλου σφάλματος προκύπτει, άλλωστε, καταφανώς εκ του γεγονότος ότι η συνεργαζόμενη Εταιρεία, μετά από υπόδειξή μας, είχε μεριμνήσει να αιτηθεί την έκδοση του εν λόγω πιστοποιητικού και μάλιστα σε χρόνο που προηγείτο της πρόσκλησης μας για υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήτοι ήδη από τις 31.03.2021 και να παραλάβει εγκαίρως το εν λόγω πιστοποιητικό την 01.04.2021, απ' όταν και ήταν διαθέσιμο προς υποβολή στην Αναθέτουσα Αρχή προ της ενάρξεως της 10ημερης προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (05.04.2021 - 15.04.2021). Απλώς, ως προεκτέθη ανωτέρω στο ιστορικό της παρούσας, το εν λόγω πιστοποιητικό με αρ. πρωτ. 17316/2021/01-04-2021 (ορ. ως Σχετικό 2), έφερε εσφαλμένη επωνυμία και όχι αυτή της αιτούσας εταιρείας, από λάθος της ίδιας της εκδούσας αρχής, ήτοι του Πρωτοδικείου Αθηνών. Εξάλλου ο ισχυρισμός μας αυτός δεν είναι αυθαίρετος αλλά συνομολογείται από το Πρωτοδικείο, σύμφωνα με όσα αναφέρουμε στο ιστορικό της παρούσας (ορ. Σχετικό 5). Εκτιμούμε δε, ότι σύμφωνα και με τα ανωτέρω αναλυθέντα, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιημένο ισχύει, δεν

καταλείπεται καμία αμφιβολία ότι η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να μας ζητήσει να προσκομίσουμε το επικαιροποιημένο χρονικά δικαιολογητικό, το οποίο καλύπτει και βεβαιώνει πλήρως τα αιτούμενα από τη Διακήρυξη, ανεξαρτήτως μάλιστα του ότι εμείς ήδη από 27/04/2021 κατά τη 2η συνεδρίαση της Επιτροπής και μετά από δική μας πρωτοβουλία είχαμε υποβάλει και το ορθό πιστοποιητικό (ορ. ως Σχετικό 4), αλλά και σχετικές υπεύθυνες δηλώσεις (ορ. ως Σχετικά 6 και 7) με τις οποίες εξηγούσαμε το λάθος που είχε εμφολωρήσει. Παρ' αυτά, όμως, η Αναθέτουσα εξέδωσε την προσβαλλόμενη με την παρούσα απόφασή της με την οποία και απέρριψε την προσφορά μας για τα επίμαχα τμήματα Γ, Δ και Ε του οικείου διαγωνισμού. Σύμφωνα δε με την αιτιολογία αυτής, ως προκύπτει από το υπ' αριθμό 5 Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού, ο λόγος απόρριψης της προσφοράς μας ερείδεται σε πλημμέλεια που συνδέεται με την πληρότητα αυτής, ήτοι στην δήθεν έλλειψη εμπρόθεσμης υποβολής του σχετικού πιστοποιητικού δικαστικής φερεγγυότητας για την εταιρεία ...). Εξάλλου δε και τηρουμένων των όσων διαλαμβάνει και η αιτιολογική έκθεση του τροποποιητικού Ν. 4782/2021, η «έλλειψη» που παρουσιάζει το αρχικώς υποβληθέν και με αρ. πρωτ. 17316/2021/01-04-2021 πιστοποιητικό του τρίτου οικονομικού φορέα «...» κρίνεται πάντως συμπληρωτέα και ως εκ τούτου, θεραπεύσιμη και εκ του λόγου ότι αφορά γεγονότα «αντικειμενικώς εξακριβώσιμα», τα οποία μάλιστα θέσαμε υπόψη της Αναθέτουσας στις 27/04/2021 και πάντως πριν την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασής της, προσκομίζοντας το ορθό, υπ' αρ. πρωτ. 17052/2021/31-03-2021 (ορ. ως Σχετικό 4), βεβαίωση του Πρωτοδικείου περί συνομολόγησης του λάθους του (ορ. Σχετικό 5) αλλά και τις σχετικές υπεύθυνες δηλώσεις (ορ. ως Σχετικά 6 και 7) . Με την ως άνω αιτιολογία της πληττόμενης πράξης, επέρχεται, συνεπώς, η παραβίαση ουσιαστικής διάταξης της εθνικής νομοθεσίας, δοθέντος ότι η Αναθέτουσα Αρχή, παρότι είχε την υποχρέωση εκ του νόμου, δεν απέστειλε πρόσκληση για την χορήγηση διευκρινίσεων, με την οποία θα αιτούνταν την συμπλήρωση της υπό κρίση έλλειψης του σχετικού πιστοποιητικού δικαστικής φερεγγυότητας του τρίτου οικονομικού φορέα «...». Ως εκ τούτου, ο αποκλεισμός της Εταιρείας μας από την οικεία διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς την προηγούμενη τήρηση της διαδικασίας που προβλέπεται

από το αρ. 102 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει κατά τον κρίσιμο χρόνο της έκδοσης της διοικητικής πράξης, επιφέρει την παραβίαση της αρχής της νομιμότητας και καθιστά την προσβαλλόμενη απόφαση ακυρωτέα και εξαφανιστέα. Περαιτέρω με τον δεύτερο λόγο προσφυγής υποστηρίζεται ότι το άρθρο 103 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, μετά την τροποποίηση του από το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021, ορίζει τα 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. 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.[...].». Από την ως άνω διάταξη, οι οποία, σύμφωνα με το με το άρθρο 142 παρ.3 του ν. 4782/2021, ισχύει από 1η.06.2021 και άρα καταλαμβάνει και την υπόθεσή μας, εφόσον η προσβαλλόμενη εξεδόθη, μετά την έναρξη ισχύος του άρθρου 43 του ν. 4782/2021, συμπεραίνεται ότι η προσβαλλόμενη κατά ευθεία παράβαση της ρητώς προβλεπόμενης διαδικασίας του άρθρου 103, ως ισχύει πλέον, παρέλειψε να μας τάξει 10ημερη προθεσμία

προκειμένου να προσκομίσουμε το επικαιροποιημένο πιστοποιητικό για τη συνεργαζόμενη τρίτη Εταιρεία «...». Μάλιστα το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, ως πλέον ισχύει, παραπέμπει ρητώς στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, υποδεικνύοντας τη διαδικασία και το περιεχόμενο που πρέπει να έχουν οι διευκρινίσεις της Αναθέτουσας Αρχής και στο στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Τούτων δοθέντων, ο αποκλεισμός μας από τη διαγωνιστική διαδικασία με την αιτιολογία της μη εμπρόθεσμης προσκόμισης δικαιολογητικού, χωρίς να μας χορηγηθεί σχετική προθεσμία για να διορθώσουμε την έλλειψή μας, συνιστά ευθεία παραβίαση ισχύουσας διάταξης νόμου και δη της παρ. 3 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, το οποίο ρητά ορίζει ότι τάσσεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή αυτά που φέρουν κάποια πλημμέλεια. Όφειλε δε η Αναθέτουσα Αρχή, είτε να διαφοροποιηθεί στην κρίση της από την Επιτροπή του διαγωνισμού επί τη βάση του νέου νομοθετικού πλαισίου και να μας ζητήσει η ίδια διευκρινίσεις, είτε να αναπέμψει στην Επιτροπή του Διαγωνισμού, προκειμένου να αξιολογήσει υπό το φως του νέου νομοθετικού πλαισίου, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υπό τον κίνδυνο έκδοσης απόφασης που θα αντιβαίνει στο ισχύον κανονιστικό πλαίσιο. Συμπερασματικά, η προσβαλλόμενη είναι παράνομη και ακυρωτέα για παράβαση των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίησή του από τον ν. 4782/2021. 3ος Λόγος Προσφυγής. - Επικουρικώς και ακόμη και αν ως υπόθεση εργασίας δεχθούμε ότι εν προκειμένω εφαρμοστέο είναι το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε πριν την τροποποίησή του από το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021 και πάλι θεωρούμε ότι τα δεδομένα της συγκεκριμένης υπόθεσης επιτρέπουν να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η Αναθέτουσα όφειλε να καλέσει την Εταιρεία μας να συμπληρώσει το φερόμενο ως ελλείπον δικαιολογητικό και αντίστροφα δεν είχε το δικαίωμα να αχθεί σε κρίση περί αποκλεισμού μας. Αφετηρία του συλλογισμού μας είναι οι σκέψεις της υπ' αριθμ. 117/2020 Απόφασης της Αρχής Σας (συγκεκριμένα Σκέψη 16) με την οποία κρίθηκαν τα εξής : «16. Επειδή, κατά την αρχική μορφή της κρίσιμης διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 103 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» του Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε την

ημερομηνία δημοσίευσής του Ν. στο ΦΕΚ ήτοι στις 08.08.2016, οριζόταν πως εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώσει αφενός «ότι δεν προσκομισθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης» αφετέρου «πως υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν», τότε οφείλει αυτή να παράσχει στον προσωρινό ανάδοχο, δια σχετικής έγγραφης ειδοποίησής του, αρχικά 5ήμερη προθεσμία (δυνάμενη να παραταθεί μάλιστα κατ' ανώτατο όριο για 15 επιπλέον ημέρες εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς) «προκειμένου να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει»(.....) Λαμβανομένων υπόψη όλων όσων εκτέθηκαν στην παρούσα σκέψη περί επικράτησης, κατά τη νομοθετική διαμόρφωση της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016, τόσο αρχικά όσο και υπό την τωρινή μορφή της, σταθμίσεων επιείκειας από τον νομοθέτη του Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων οι οποίες συνεπάγονται κάμψη της αρχής της τυπικότητας, συνάγεται, ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να καλέσει, τον προσωρινό ανάδοχο οποίος επιβεβαιώνεται από το κρίνον Κλιμάκιο, ότι είχε δηλώσει στο (περιλαμβανόμενο εντός του κατατεθέντος (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικής Προσφοράς») ΤΕΥΔ(σύμφωνα με τα άρθρα 2.1., 3.2. 24.1.-24.2. της Διακήρυξης), κατά τη συμπλήρωση του Πεδίου Γ: «Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο «ΤΕΥΔ_signed») ότι «δε βρίσκεται σε αναστολή επιχειρηματικών δραστηριοτήτων»- να «καλύψει» τη διαπιστωθείσα έλλειψη, όπως προκύπτει συνδυαστικά και από τα άρθρα 106 παρ. 3 και 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Ωστε κατόπιν ηλεκτρονικής ενημέρωσης του τελευταίου να του παρασχεθεί η δυνατότητα ενεργοποίησης του δικαιώματός του «να κάνει χρήση της προθεσμίας της παρ. 1 [του άρθρου 103] με αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής», αντιθέτως δε εάν αποφασίσει τη μη ενεργοποίηση του δικαιώματός αυτού ή δεν καταφέρει να εξασφαλίσει τα απαραίτητα δικαιολογητικά μέσα στο χρονικό διάστημα της χορηγηθείσας παράτασης, τότε και μόνο εφαρμόζονται οι συνέπειες της παρ. 4 του ίδιου άρθρου.». Το χρήσιμο συμπέρασμα που εξάγεται από τις ανωτέρω σκέψεις, είναι ότι πάντως και υπό την προισχύσασα μορφή του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, ήτοι και προ της τροποποίησέως του από το

άρθρο 43 του Ν. 4782/2021, δεν απαγορεύεται η Αναθέτουσα Αρχή, κατ' εφαρμογή της Αρχής της επιείκειας, να τάξει προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, εφόσον διαπιστωθεί έλλειψη σε αυτά. Εκτιμούμε δε ότι στην ημέτερη περίπτωση και εφόσον ληφθούν υπόψη όλα τα δεδομένα της υπόθεσης και μετά από στάθμιση όλου του πραγματικού της υπόθεσης, η μη χορήγηση της σχετικής δυνατότητας στην Εταιρεία μας, συνιστά κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής. Και τούτο διότι, ως αναλυτικώς παραθέτουμε και στο ιστορικό της παρούσας, η Εταιρεία μας, μερίμνησε να εξασφαλίσει έγκαιρα την έκδοση του επίμαχου πιστοποιητικού, παρασύρθηκε δε στην εσφαλμένη υποβολή εγγράφου, από σφάλμα της Αρχής που εξέδωσε το επίμαχο πιστοποιητικό φερεγγυότητας, λάθος που το Πρωτοδικείο παραδέχθηκε και ομολόγησε. Πέραν τούτων, λόγω του συμπτωματικού γεγονότος ότι η συνεργαζόμενη Εταιρεία είχε ζητήσει και έτερο όμοιο πιστοποιητικό για δική της χρήση, η Εταιρεία μας ήταν σε θέση να προσκομίσει τελικώς το επίμαχο πιστοποιητικό που αποδεικνύει πέρα για πέρα ότι κάλυπτε κατά τον επίμαχο χρόνο της κατακύρωσης την απαίτηση της Διακήρυξης για την οποία ζητήθηκε, το οποίο και προσκόμισε σε χρόνο που δεν είχε ακόμη εκφράσει οριστική άποψη η Επιτροπή του διαγωνισμού και μάλιστα σε χρόνο που δεν απείχε παρά ολίγες ημέρες από τη λήξη της προθεσμίας που είχε για να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Πέραν τούτων, το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης είναι το στάδιο που έχει εκκαθαριστεί το πραγματικό της υπόθεσης, υπό την έννοια ότι έχει αναδειχθεί η πλέον συμφέρουσα για την Αναθέτουσα Αρχή προσφορά, είναι εντελώς ανεπιεικές και άδικο για τον συμμετέχοντα που προσέφερε την οικονομικότερη προσφορά, να αποστερείται του δικαιώματος να αναλάβει το έργο για πρόδηλο εκ παραδρομής σφάλμα, στο οποίο μάλιστα παρασύρθηκε από υπαιτιότητα δημόσιας αρχής κι ενώ θέτει προ της κρίσεως της Επιτροπής υπόψη της όλα τα έγγραφα που το αποδεικνύουν. Αν επικρατήσει η άποψη που επιτρέπει στην Αναθέτουσα να αποκλείσει τον προσωρινό ανάδοχο για ένα τέτοιο πρόδηλο σφάλμα, χωρίς να του τάξει προθεσμία να το θεραπεύσει, τότε οδηγούμαστε στο άτοπο να καθίσταται το 103 του ν. 4412/2016 αυστηρότερο

του άρθρου 102 του ιδίου νόμου, που πάντως επιτρέπει τη θεραπεία προδήλων σφαλμάτων, που είναι ευχερώς αποδείξιμα, κάτι που δεν φαίνεται να το ήθελε ο νομοθέτης. Εξάλλου, από την αιτιολογία της προσβαλλομένης δεν προκύπτει αν η Αναθέτουσα Αρχή γνώριζε ότι μπορούσε να μας χορηγήσει τη σχετική δυνατότητα να προσκομίσουμε το εν λόγω πιστοποιητικό, με βάση την αρχή της επιείκειας ή υπέλαβε πώς εκ του νόμου δεν είχε τέτοια δυνατότητα. Και για τούτο, λοιπόν, τον λόγο η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας δέον όπως κριθεί παράνομη και ακυρωτέα από την Αρχή σας, εις τρόπον ώστε εξαφανισθεί αυτή και τα δυσανάλογα και ανεπιεική της αποτελέσματα από τον νομικό κόσμο. 4ος Λόγος Προσφυγής-Παράβαση της αρχής της αναλογικότητας. Η προσβαλλόμενη παρίσταται παράνομη και για τον πρόσθετο πάντως λόγο της παραβίασης της θεμελιώδους αρχής της αναλογικότητας, η οποία τυγχάνει εφαρμοστέα και στην ειδική περίπτωση των δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών, καθώς η Αναθέτουσα αρχή μολονότι είχε υπόψη της πλείονα έγγραφα από τα οποία προέκυπτε αμέσως και προφανώς ότι στο πρόσωπο του τρίτου οικονομικού φορέα «...» δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού λόγω δικαστικής αφερεγγυότητας, προχώρησε δίχως άλλο στην απόρριψη της προσφοράς της Εταιρείας μας εκ μόνου αυτού του λόγου και μάλιστα, σε αυτό το τελικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ η ημετέρα προσφορά είχε κριθεί οικονομικά συμφερότερη για την ίδια στα επίμαχα τμήματα Γ, Δ και Ε. Συμπερασματικά, καταδεικνύεται από τα ανωτέρω ότι σε κάθε περίπτωση, κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αφενός είχαν υποβληθεί σχετικά δικαιολογητικά δικαστικής φερεγγυότητας, αφετέρου είχε δηλωθεί υπευθύνως με τις συνέπειες του άρθρου 8 παρ. 4 του Ν. 1599/1986 ότι για την εταιρεία «...» δεν συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, ενώ επιπλέον, τούτο βεβαιώθηκε και από το ΕΒΕΑ. Προσέτι δε και πάντως προ της λήψης της σχετικής απορριπτικής απόφασης, είχε υποδειχθεί στην Αναθέτουσα και το λάθος που εμφίλοχώρησε και ο δικαιολογητικός λόγος γι' αυτό. Ως εκ τούτου, καθίσταται πρόδηλό ότι πάντως αυτή η «εθελουφλία» της Αναθέτουσας, αποτελεί στείρα και υπέρ το δέον αυστηρή εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας, η οποία καταλήγει, τελικώς, σε όλως δυσμενή μεταχείριση της Εταιρείας μας και

δη της προσωρινής αναδόχου η οποία προσέφερε την οικονομικώς συμφερότερη για την ίδια προσφορά. Εξάλλου δε, η απόρριψη της Εταιρείας μας εκ μόνης αυτής της ως άνω «ελλείψεως» παρίσταται ως υπερβολικά δυσανάλογη συνέπεια, δεδομένου ότι θα μπορούσε να έχει θεραπευτεί με εφαρμογή των ως άνω διατάξεων των άρθρων 102 ή 103 του Ν. 4412/2016. Και για τούτο, λοιπόν, τον λόγο η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας δέον όπως κριθεί παράνομη και ακυρωτέα από την Αρχή σας, εις τρόπον ώστε εξαφανισθεί αυτή και τα δυσανάλογα και ανεπιεική της αποτελέσματα από τον νομικό κόσμο. 5ος Λόγος Προσφυγής- Το επίμαχο πιστοποιητικό για το οποίο η Εταιρεία μας αποκλείστηκε συνιστά πρακτικά εκ του περισσού υποβληθέν δικαιολογητικό και ως εκ τούτου η μη προσκόμισή του δεν μπορεί να οδηγήσει στον αποκλεισμό μας. Από την επισκόπηση της Διακήρυξης και δη του όρου 1.1.4.3. που περιγράφει την τεχνική ικανότητα που πρέπει να διαθέτει ο υποψήφιος διαπιστώνεται ότι η Διακήρυξη ζητά από τον υποψήφιο να εξασφαλίσει τον απαιτούμενο τεχνικό και μηχανολογικό εξοπλισμό, εφοδιασμένο με τις κατάλληλες άδειες και το κατάλληλο τεχνικό προσωπικό για την εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς όμως να εξειδικεύει περισσότερο ούτε το είδος και πλήθος των μηχανημάτων και εν γένει εξοπλισμού που πρέπει να διαθέτει ο συμμετέχων, ούτε τις ειδικότητες και τα απαιτούμενα πτυχία του προσωπικού που πρέπει να διαθέτει ο ανάδοχος. Εξάλλου ούτε στον αντίστοιχο όρο της Διακήρυξης που αφορούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, εξειδικεύονται τα απαιτούμενα δικαιολογητικά (πχ άδειες κυκλοφορίας συγκεκριμένων μηχανημάτων ή πτυχία προσωπικού ή βιογραφικά που να αποδεικνύουν την κατοχή συγκεκριμένων προσόντων). Έτσι όμως που έχουν τεθεί στη Διακήρυξη τα συγκεκριμένα κριτήρια τεχνικής ικανότητας, συνιστούν κατ' ορθή ερμηνεία και αληθή έννοια, όχι γνήσια κριτήρια τεχνικής ικανότητας, αλλά ειδικούς όρους εκτέλεσης της σύμβασης, αφού εν τέλει η Αναθέτουσα Αρχή ουδεμία ειδική και συγκεκριμένη απαίτηση έχει θέσει ως προς τη διακρίβωσή τους, ούτε έχει ορίσει συγκεκριμένα δικαιολογητικά, τα οποία θα πρέπει να προσκομίσει ο υποψήφιος ανάδοχος πριν τη σύναψη της σύμβασης για να αποδείξει την πλήρωσή τους. Αντιθέτως από το γράμμα της Διακήρυξης προκύπτει ευχερώς ότι η πλήρωση ή

μη των εν λόγω κριτηρίων θα γίνει επί τω έργω, ήτοι κατά την έναρξη εκτέλεσης της σύμβασης, ότε και ο ανάδοχος θα κληθεί πλέον να την εκτελέσει προσηκόντως, οπότε αναγκαστικά θα πρέπει να διαθέτει τον αναγκαίο εξοπλισμό και μηχανήματα και το αναγκαίο προσωπικό, η έλλειψη των οποίων θα οδηγήσει σε μη προσήκουσα εκτέλεση του έργου και τελικά σε κήρυξη του αναδόχου ως εκπτώτου. Τούτων δοθέντων και εφόσον κατά τα ανωτέρω προσυμβατικώς ο συμμετέχων ουδέν όφειλε να αποδείξει ως προς την πλήρωση των συγκεκριμένων κριτηρίων (μηχανημάτων και προσωπικού), η δήλωση της Εταιρείας μας στο ΕΕΕΣ της (Σχετικό 10) περί της στήριξης στην ικανότητα τρίτου και δη στον οικονομικό φορέα «...» η οποία αφορά αποκλειστικά στα μηχανήματα, έλαβε χώρα εκ του περισσού. Επομένως και η τυχόν παράλειψη προσκόμισης και για τον τρίτο των δικαιολογητικών εκείνων που βεβαιώνουν την μη συνδρομή στο πρόσωπο του τρίτου, λόγω αποκλεισμού του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, δεν μπορεί να θεωρηθούν ότι συνιστούν απόκλιση από τα υποχρεωτικά απαιτούμενα από τη Διακήρυξη δικαιολογητικά, διότι πάντως η Αναθέτουσα Αρχή, δεν μερίμνησε να συμπεριλάβει στη Διακήρυξη ρητώς αξιούμενα δικαιολογητικά που να αναφέρονται και να βεβαιώνουν τη διάθεση εκ μέρους του προσφέροντα συγκεκριμένων τύπων και πλήθους μηχανημάτων και συγκεκριμένων ειδικοτήτων προσωπικό και άρα η Εταιρεία μας θα μπορούσε κάλλιστα να είχε παραλείψει στο ΕΕΕΣ της την αναφορά ότι στηρίζεται σε τρίτο ως προς τα μηχανήματα και εν γένει τον εξοπλισμό. Τούτων δοθέντων ο αποκλεισμός της Εταιρείας μας για μη έγκαιρη προσκόμιση πιστοποιητικού φερεγγυότητας για τον τρίτο οικονομικό φορέα «...» παρίσταται παράνομη για τον πρόσθετο λόγο, ότι η δήλωσή μας αναφορικά με τη στήριξή του έγινε από την Εταιρεία μας εκ του περισσού, αφού η Διακήρυξη δεν περιέχει πρόβλεψη για την διακρίβωση όσων μας δανείζει και ως εκ τούτου ο αποκλεισμός μας συνδέεται στην πραγματικότητα με αδυναμία απόδειξης ιδιότητας τρίτου η αναφορά του οποίου έγινε στην προσφορά μας εκ του περισσού».

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ως προς την πρώτη προσφυγή υποστηρίζει διά των απόψεων της ότι «...παράνομη η μη κλήση τους για

παροχή διευκρινίσεων κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 102 Ν. 4412/2016. Η άποψη της αναθέτουσας αρχής είναι ότι ορθά απορρίφθηκε η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» ως προσωρινού αναδόχου για τα τμήματα Γ', Δ' και Ε', και αποφασίστηκε η κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγυητικής επιστολής του, που είχε προσκομιστεί για τα αντίστοιχα τμήματα ποσού 10.800 Ευρώ σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 103 του ν.4412/16 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει και την ανάδειξή του ως προσωρινό ανάδοχο για τα τμήματα Α', Β' και ΣΤ' με τιμή προσφοράς 248.000,00€, 186.000,00€ και 310.000,00€ αντίστοιχα και συνολική αξία 744.000,00€ (με Φ.Π.Α. και λοιπών νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων), διότι δεν υποβλήθηκε εμπρόθεσμα (ήτοι εντός της ταχθείσας 10ήμερης προθεσμίας), ηλεκτρονικά, πρόσφατο πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης δικογράφου αίτησης οικονομικού ενδιαφέροντος, Πτωχευτικής διαδικασίας & διαδικασίας συνδιαλλαγής/εξυγίανσης) για τον οικονομικό φορέα «...» - τρίτο, συνεργαζόμενο φορέα της προσφεύγουσας εταιρείας, καθώς σύμφωνα με την παρ. 2.2 της Διακήρυξης: «...Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και ακολουθείται η διαδικασία του άρθρου 103 του ν.4412/2016 για τον 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 Ε.Ε.Ε.Σ., 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 τις παραγράφους 1.1.3. έως και 1.1.5. της παρούσας....» III. ΑΠΟΨΕΙΣ ΜΑΣ ΕΠΙ ΤΟΥ ΔΕΥΤΕΡΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ. Με τον δεύτερο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι παράνομη η μη κλήση τους για υποβολή του ορθού πιστοποιητικού κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 103 Ν. 4412/2016 όπως αυτό ισχύει μετά την

τροποποίηση του από το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021. Η άποψη της αναθέτουσας αρχής είναι ότι η προσφυγή είναι προδήλως αβάσιμη και ως προς τον δεύτερο λόγο προσφυγής του οικονομικού φορέα «...», καθώς επικαλείται το άρθρο 103 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021, η ισχύς του οποίου σύμφωνα με το άρθρο 142 του Ν. 4782/2021 αρχίζει από την 14-06-2021, συνεπώς δεν είχε ισχύ κατά τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του εν λόγω διαγωνισμού.

IV. ΑΠΟΦΕΙΣ ΜΑΣ ΕΠΙ ΤΟΥ ΤΡΙΤΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ Με τον τρίτο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι επικουρικώς και ακόμη και αν ως υπόθεση εργασίας δεχθούν ότι εν προκειμένω εφαρμοστέο είναι το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε πριν την τροποποίησή του από το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021 και πάλι θεωρούν ότι τα δεδομένα της συγκεκριμένης υπόθεσης επιτρέπουν να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η Αναθέτουσα όφειλε να καλέσει την Εταιρεία τους να συμπληρώσει το φερόμενο ως ελλείπον δικαιολογητικό και αντίστροφα δεν είχε το δικαίωμα να αχθεί σε κρίση περί αποκλεισμού τους. Η άποψη της αναθέτουσας αρχής είναι ότι η προσφυγή είναι προδήλως αβάσιμη και ως προς τον τρίτο λόγο προσφυγής του οικονομικού φορέα «...», καθώς όπως προαναφέρθηκε ορθά απορρίφθηκε η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» ως προσωρινού αναδόχου για τα τμήματα Γ', Δ' και Ε', και αποφασίστηκε η κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγυητικής επιστολής του, που είχε προσκομιστεί για τα αντίστοιχα τμήματα ποσού 10.800 Ευρώ σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 103 του ν.4412/16 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει και την ανάδειξή του ως προσωρινό ανάδοχο για τα τμήματα Α', Β' και ΣΤ' με τιμή προσφοράς 248.000,00€, 186.000,00€ και 310.000,00€ αντίστοιχα και συνολική αξία 744.000,00€ (με Φ.Π.Α. και λοιπών νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων), διότι δεν υποβλήθηκε εμπρόθεσμα (ήτοι εντός της ταχθείσας 10ήμερης προθεσμίας), ηλεκτρονικά, πρόσφατο πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης δικογράφου αίτησης οικονομικού ενδιαφέροντος, Πτωχευτικής διαδικασίας & διαδικασίας συνδιαλλαγής/εξυγίανσης) για τον οικονομικό φορέα «...» - τρίτο, συνεργαζόμενο φορέα της προσφεύγουσας εταιρείας, σύμφωνα με

την παρ. 2.2 της Διακήρυξης. Επιπλέον στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε πριν την τροποποίησή του από το άρθρο 43 του ν. 4412/2016 και είναι εν προκειμένω εφαρμοστέο, ρητώς προβλέπεται ότι «Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε.». Με τις ενέργειες της η αναθέτουσα αρχή εφάρμοσε ως όφειλε τα προβλεπόμενα στο ως άνω άρθρο. V. ΑΠΟΨΕΙΣ ΜΑΣ ΕΠΙ ΤΟΥ ΤΕΤΑΡΤΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ. Με τον τέταρτο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παραβιάστηκε η αρχή της αναλογικότητας, καθώς η Αναθέτουσα αρχή μολονότι είχε υπόψη της πλείονα έγγραφα από τα οποία προέκυπτε αμέσως και προφανώς ότι στο πρόσωπο του τρίτου οικονομικού φορέα «...» δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού λόγω δικαστικής αφερεγγυότητας, προχώρησε δίχως άλλο στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας εκ μόνου αυτού του λόγου και μάλιστα, σε αυτό το τελικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ η ημετέρα προσφορά είχε κριθεί οικονομικά συμφερότερη για την ίδια στα επίμαχα τμήματα Γ, Δ και Ε. Η άποψη της αναθέτουσας αρχής είναι ότι από τα δικαιολογητικά που εμπροθέσμως είχε καταθέσει δεν αποδεικνυόταν η δικαστική φερεγγυότητα του τρίτου οικονομικού φορέα «...» κατά τον χρόνο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η δε κατάθεση στις 24-04-2021 του απαιτούμενου πιστοποιητικού, ήταν σαφώς εκπρόθεσμη και συνεπώς δεν ήταν στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να το αξιολογήσει. VI. ΑΠΟΨΕΙΣ ΜΑΣ ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΕΜΠΤΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ Με τον πέμπτο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το επίμαχο πιστοποιητικό για το

οποίο η Εταιρεία τους αποκλείστηκε συνιστά πρακτικά εκ του περισσού υποβληθέν δικαιολογητικό και ως εκ τούτου η μη προσκόμισή του δεν μπορεί να οδηγήσει στον αποκλεισμό τους. Η άποψη της αναθέτουσας αρχής είναι ότι η προσφυγή είναι προδήλως αβάσιμη και ως προς τον πέμπτο λόγο προσφυγής του οικονομικού φορέα «...» καθώς οι συμμετέχοντες όφειλαν να δηλώσουν υπεύθυνα την δυνατότητά τους να ικανοποιήσουν τα κριτήρια τεχνικής ικανότητας αναφορικά με τα μηχανήματα και το προσωπικό, δυνατότητα την οποία ο οικονομικός φορέας «...» δήλωσε ότι για να την ικανοποιήσει θα πρέπει να στηριχτεί στον τρίτο οικονομικό φορέα «...», σύμφωνα με το ΕΕΕΣ που κατέθεσε στον εν λόγω διαγωνισμό. Συνεπώς το επίμαχο πιστοποιητικό δεν συνιστά εκ του περισσού υποβληθέν δικαιολογητικό και η μη προσκόμισή του αποτελεί λόγο αποκλεισμού τους. Για τους ανωτέρω λόγους θεωρούμε ότι η προδικαστική προσφυγή είναι αβάσιμη και πρέπει να απορριφθεί».

13. Επειδή, κρίσιμος χρόνος για την αποκρυστάλλωση του οικείου θεσμικού πλαισίου διενέργειας της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η ημερομηνία δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης κατά την πάγια νομολογία των Ελληνικών Δικαστηρίων (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕφΑθ 329/2019, ΣΤΕ 111/2003 ΕΑ ΣΤΕ 800/2008 και σχετικές σκέψεις και δη ως προς συμπληρωματικές συμβάσεις σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019 «Ζητήματα Διαχρονικού δικαίου στον Ν. 4412/2016», Νικόλαος Νικολάκης, σελ 57- 62). Εν προκειμένω, ημερομηνία δημοσίευσης είναι η ημερομηνία ανάρτησης στο ΚΗΜΔΗΣ. Στο ίδιο πλαίσιο προβληματικής και δη των τροποποιήσεων που επήλθαν στον ν. 4412/2016 με το ν. 4782/2021 λίαν προσφάτως εκρίθη (ΔΕφΠειρ 82/2021) ότι οι επελθούσες τροποποιήσεις στον ν. 4412/2016 που επήλθαν με τον ν. 4782/2021 δεν καταλαμβάνουν τις εκκρεμούσες διαγωνιστικές διαδικασίες και τούτο προεχόντως λόγω της παντελούς έλλειψης μεταβατικών διατάξεων στο εν λόγω νομοθέτημα (ΕΑ ΣΤΕ 1904/2020 και 129/2008).

14. Επειδή, σε συνέχεια της ως άνω σκέψης και από την επισκόπηση των στοιχείων του εξεταζόμενου φακέλου ως προς την πρώτη προσφυγή κρίνονται τα κάτωθι. Ο οικείος ισχυρισμός της πρώτης προσφεύγουσας, ότι

όφειλε η αναθέτουσα αρχή να εφαρμόσει το νέο άρθρο 102 του ν 4412/2016 ως διαμορφώθηκε με την τροποποίηση του ν. 4782/2021 τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος κατά τα ειδικώς κριθέντα στην ως άνω σκέψη.

15. Επειδή η απόρριψη του εν θέματι λόγου προσφυγής καθιστά αλυσιτελή την εξέταση των λοιπών λόγων προσφυγής εφόσον ο οικείος λόγος ήδη απορριφθείς στηρίζει αυτοτελώς τον νόμιμο αποκλεισμό της πρώτης προσφεύγουσας (ΣΤΕ 308/2020).

16. Επειδή, περαιτέρω, όλως επικουρικώς ως προς τον τρίτο λόγο της πρώτης προσφυγής με τον οποίο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι *«επικουρικώς και ακόμη και αν ως υπόθεση εργασίας δεχθούν ότι εν προκειμένω εφαρμοστέο είναι το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε πριν την τροποποίησή του από το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021 και πάλι θεωρούν ότι τα δεδομένα της συγκεκριμένης υπόθεσης επιτρέπουν να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η Αναθέτουσα όφειλε να καλέσει την Εταιρεία τους να συμπληρώσει το φερόμενο ως ελλείπον δικαιολογητικό και αντίστροφα δεν είχε το δικαίωμα να αχθεί σε κρίση περί αποκλεισμού τους»*, τούτος ομοίως κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος καθώς η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» ως προσωρινού αναδόχου για τα τμήματα Γ', Δ' και Ε', νομίμως κρίθηκε απορριπτέα και αποφασίστηκε η κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγυητικής επιστολής του, διότι δεν υποβλήθηκε εμπρόθεσμα (ήτοι εντός της ταχθείσας 10ήμερης προθεσμίας), ηλεκτρονικά, πρόσφατο πιστοποιητικό περί μη κατάθεσης δικογράφου αίτησης οικονομικού ενδιαφέροντος, Πτωχευτική διαδικασίας συνδιαλλαγής/εξυγίανσης) για τον οικονομικό φορέα «...» - τρίτο, συνεργαζόμενο φορέα της προσφεύγουσας εταιρείας, σύμφωνα με την παρ. 2.2 της Διακήρυξης. Επιπλέον, στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε πριν την τροποποίησή του από το άρθρο 43 του ν. 4412/2016 και είναι εν προκειμένω εφαρμοστέο, ρητώς προβλέπεται ότι *«Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε*

προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε.».

17. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι «Η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που προσβάλλεται είναι ακυρωτέα ως ερχόμενη σε αντίθεση με το άρθρο 1.1.5 της διακήρυξης και το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα: Στο άρθρο 1.1.5 της διακήρυξης ορίζεται ότι: «1.1.5. Στήριξη στην ικανότητα τρίτων. Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 1.1.4.3.), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς.. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. Στην περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς στηριχθούν στις ικανότητες τρίτων, η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81 του ν. 4412/2016 αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74 του ν.4412/2016.» Περαιτέρω το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 που διέπει την διαγωνιστική διαδικασία ορίζει ότι: «Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού

της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.» Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν οφείλει άνευ ετέρου να αποκλείσει έναν διαγωνιζόμενο από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης στην περίπτωση που η δανειοπάροχός του εταιρία, στις ικανότητες της οποίας σκόπευε να στηριχθεί, έχει υποβάλλει ελλιπή δικαιολογητικά χωρίς να τον καλέσει προηγουμένως να συμπληρώσει τις ελλείψεις ή τουλάχιστον να επιτρέψει στον προσφέροντα να προβεί στην αντικατάσταση του δανειοπαρόχου του. (Με την υπ' αριθμ. C-210/20 απόφαση του ΔΕΕ κρίθηκε ότι είναι άκυρος ο αποκλεισμός διαγωνιζόμενου, στην περίπτωση υποβολής ψευδούς δήλωσης από τον δανειοπάροχο, χωρίς να του δοθεί η δυνατότητα να αντικαταστήσει τον δανειοπάροχο). Εν προκειμένω η προσφορά της εταιρίας μας απερρίφθη ως προς τα τμήματα Α, Β και ΣΤ γιατί η δανειοπάροχός μας εταιρία «...» δεν υπέβαλε ηλεκτρονικά α) την προβλεπόμενη στο άρθρο 1.1.6.2 Β.Ι.β iii της διακήρυξης υπεύθυνη δήλωση περί των οργανισμών κοινωνικής ασφάλισης στους οποίους οφείλει να καταβάλει εισφορές και β) πρόσφατο πιστοποιητικό από το Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο του άρθρου 1.1.6.2.Β2 α) της διακήρυξης. Ήτοι η προσφορά της εταιρίας μας απερρίφθη για λόγους αποκλεισμού που συντρέχουν στο πρόσωπο της δανειοπαρόχου μας εταιρίας «...». Και απερρίφθη προσφορά μας για ελλείψεις στα δικαιολογητικά που υπέβαλε η δανειοπάροχός μας εταιρία «...», χωρίς να μας δοθεί η δυνατότητα να συμπληρώσουμε τις ελλείψεις ή να αντικαταστήσουμε την δανειοπάροχό μας εταιρία. Συνεπώς η προσβαλλόμενη απόφαση που απέρριψε την προσφορά μας χωρίς προηγουμένως να μας καλέσει να αντικαταστήσουμε την δανειοπάροχό μας εταιρία ή να συμπληρώσουμε τις ελλείψεις έσφαλε και πρέπει να ακυρωθεί. Σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή όφειλε να μας καλέσει κατ' άρθρο 103 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021 (ισχύς από 1.6.2021) να συμπληρώσουμε τις οποιεσδήποτε ελλείψεις των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η διαγωνιστική διαδικασία μετά την περαίωση του σταδίου αξιολόγησης των προσφορών και την ανάδειξη προσωρινών αναδοχών για κάθε τμήμα της σύμβασης ευρίσκεται στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και η διαδικασία διέπεται από το άρθρο 103 του

Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει. Σύμφωνα με το άρθρο 103, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, και ισχύει από τις 1/6/2021 κατά τη ρητή πρόβλεψη της παρ. 3 του άρθρου 142 του ν. 4782/2021: «Άρθρο 103 Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών 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. 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....6....7...». Σύμφωνα, δε, με την αιτιολογική έκθεση του νόμου για το ανωτέρω άρθρο: «Με το άρθρο 43 τροποποιείται το άρθρο 103 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, με την παρ. 1, εισάγονται νομοτεχνικές βελτιώσεις και προβλέπεται η υποβολή, από τον προσωρινό ανάδοχο, των δικαιολογητικών κατακύρωσης μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, εφόσον ο διαγωνισμός διεξάγεται μέσω του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, άλλως σε σφραγισμένο φάκελο ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης. Επιπρόσθετα, με την παρ. 2 προβλέπεται πλέον η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, εφόσον τα δικαιολογητικά που προσκομίζει ο προσωρινός ανάδοχος παρουσιάζουν ελλείψεις ή δεν προσκομισθούν, να καλεί τον προσωρινό ανάδοχο τόσο προς παροχή διευκρινίσεων επί των ήδη υποβληθέντων δικαιολογητικών όσο και προς συμπλήρωση τυχόν ελλειπόντων δικαιολογητικών. Παράλληλα, παραμένει σε ισχύ το δικαίωμα του προσωρινού αναδόχου να υποβάλλει αίτημα για παράταση υποβολής των σχετικών δικαιολογητικών, εφόσον αποδεικνύει ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των σχετικών δικαιολογητικών, η σχετική προθεσμία υποβολής αυτών παρατείνεται για όσο χρόνο απαιτείται για τη χορήγησή τους από τις αρμόδιες αρχές. Σκοπός της προτεινόμενης τροποποίησης είναι η αποφυγή αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων από τις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για τυπικούς λόγους που οφείλονται στην ελλιπή ή μη τυπικώς προσήκουσα προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 103 αλλά όχι στην πραγματική συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του οικονομικού φορέα από τη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης. Επιπρόσθετα, με την παρ. 3 προβλέπεται ότι η ποινή της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης επιβάλλεται στην περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος έχει υποβάλλει εκ προθέσεως απατηλά ή πλαστά δικαιολογητικά.». Με το νέο κανονιστικό περιεχόμενο του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, το οποίο τέθηκε σε ισχύ από τη

1/6/2021, και ίσχυε κατά το χρόνο λήψης της προσβαλλόμενης, ο νομοθέτης επέλεξε να τροποποιήσει το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς περί της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης επί το ευμενέστερον [επί της ουσίας επαναφέρει το προγενέστερο του ν. 4605/2019 νομοθετικό πλαίσιο, κατά το ουσιώδες του μέρους], καθώς πλέον οιαδήποτε έλλειψη στα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν οδηγεί στην απόρριψη της προσφοράς, ως προβλεπόταν, αλλά υποχρεούται η αναθέτουσα αρχή να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να τα συμπληρώσει εντός προθεσμίας 10 ημερών από την πρόσκληση για συμπλήρωση. Όσον αφορά στην εφαρμογή του νέου άρθρου 103 του ν. 4412/2016 στις εκκρεμούσες διαγωνιστικές διαδικασίες -ως εν προκειμένω-, τούτο δύναται να εφαρμοστεί και στις εν εξελίξει διαγωνιστικές διαδικασίες, ανεξαρτήτως του ότι αυτό δεν προβλέπεται ρητώς από τις οικείες νομοθετικές διατάξεις (πρβλ. ΣτΕ 2029/2015, ΣτΕ ΕΑ 133/2019 σκ. 11, 291/2019 σκ. 14, ΔΕφΑθ 515/2015, ΔΕφΑθ 1064/2017). Ειδικότερα, κατά τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας κρίσιμο κριτήριο για την εφαρμογή της νέας διάταξης στις εν εξελίξει διαγωνιστικές διαδικασίες είναι, εάν αυτή θέτει κανόνα ευμενέστερου περιεχομένου για τους διαγωνιζομένους σε σχέση με το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς ή, αντίθετα, δυσμενέστερου. Σε περίπτωση που κριθεί ότι συντρέχει η ανωτέρω προϋπόθεση, δηλαδή ότι η νεότερη ρύθμιση είναι ευμενέστερη για τους διαγωνιζομένους, τότε αυτή εφαρμόζεται και στις εκκρεμούσες διαγωνιστικές διαδικασίες (ΣτΕ 2029/2015, ΣτΕ ΕΑ 133/2019 σκ. 11, 291/2019 σκ. 14), ενώ στην αντίθεση περίπτωση η εφαρμογή της κρίνεται ανεπίτρεπτη (ΣτΕ ΕΑ 240/2019 και 241/2019 σκ. 12). Το ζήτημα έχει ήδη απασχολήσει τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, η οποία κατέληξε στην κρίση ότι για την εφαρμογή της νέας νομοθετικής διάταξης δεν απαιτείται αυτή να έχει τεθεί σε ισχύ όταν η επιτροπή του διαγωνισμού εισηγείται αλλά, σε κάθε περίπτωση, εάν η επίμαχη διάταξη έχει τεθεί σε ισχύ κατά το χρόνο λήψης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, η τελευταία οφείλει να τη λάβει υπόψη της και να την εφαρμόσει ως το νομοθετικό πλαίσιο της εν εξελίξει διαγωνιστικής διαδικασίας (ΣτΕ ΕΑ 133/2019 σκ. 11 και 12, ΣτΕ ΕΑ 291/2019 σκ. 14 και 15). Στην παρούσα περίπτωση η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε στις 4.6.2021,

ήτοι μετά το χρόνο ισχύος του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 ως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021 και η αναθέτουσα αρχή όφειλε να συμμορφωθεί με το περιεχόμενό της και να καλέσει την εταιρία μας να συμπληρώσει τις όποιες ελλείψεις. Δεδομένου δε ότι και το 6^ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού σε ορθή επανάληψη συντάχθηκε στις 2.6.2021 ήτοι μετά την θέση σε ισχύ του νέου άρθρου 103, όφειλε η Επιτροπή Διαγωνισμού να λάβει υπόψη της το άρθρο 103 όπως τροποποιήθηκε και να μας καλέσει να συμπληρώσουμε τις όποιες ελλείψεις στα δικαιολογητικά. Πιο συγκεκριμένα έχει κριθεί με την ΣτΕ ΕΑ 133/2019 σκ. 11 και 12 ότι: «Περαιτέρω, εξ άλλου, πιθανολογείται σοβαρά ότι, εφ' όσον οι εν λόγω ρυθμίσεις καταλαμβάνουν και εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, είναι ληπτές υπ' όφιν και από την Α.Ε.Π.Π., όταν η Αρχή επιλαμβάνεται προδικαστικής προσφυγής, με την οποία προβάλλονται αιτιάσεις σχετικές με τον τρόπο υποβολής ιδιωτικών εγγράφων που προσκομίζονται από τους διαγωνιζόμενους για την απόδειξη της πλήρωσης των όρων της διακηρύξεως, ακόμη και αν οι διατάξεις του ν. 4605/2019 τέθηκαν σε ισχύ μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των προσκομισθέντων στοιχείων από τα αρμόδια όργανα του διαγωνισμού [...]. Σύμφωνα, όμως, με τη διάταξη του άρθρου 80 παρ.13 του ν. 4412/2016, η οποία, όπως πιθανολογήθηκε σοβαρώς στην προηγούμενη σκέψη, καταλαμβάνει και την επίμαχη εν εξελίξει διαγωνιστική διαδικασία και, ως εκ του χρόνου εκδόσεως της αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π., αποτελούσε το κρίσιμο νομοθετικό καθεστώς για την εξέταση της βασιμότητας των ισχυρισμών της προδικαστικής προσφυγής, τα ιδιωτικά έγγραφα που υποβάλλονται προς απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, γίνονται αποδεκτά και σε απλή φωτοτυπία, εφ' όσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση για την βεβαίωση της ακρίβειας τους». Ομοίως, έχει κριθεί με την ΣτΕ ΕΑ 291/2019 σκ. 14 και 15 ότι: «Περαιτέρω, εξ άλλου, πιθανολογείται σοβαρά ότι, εφόσον οι εν λόγω ρυθμίσεις καταλαμβάνουν και εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, είναι ληπτές υπ' όφιν και από την Α.Ε.Π.Π., όταν η Αρχή επιλαμβάνεται προδικαστικής προσφυγής, με την οποία προβάλλονται αιτιάσεις σχετικές με τον τρόπο υποβολής ιδιωτικών εγγράφων που προσκομίζονται από τους διαγωνιζόμενους για την απόδειξη της πλήρωσης των

όρων της διακηρύξεως, ακόμη και αν οι διατάξεις του ν. 4605/2019 τέθηκαν σε ισχύ μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των προσκομισθέντων στοιχείων από τα αρμόδια όργανα του διαγωνισμού (βλ. ΕΑ 133/2019 σκ. 11) [...] Επειδή, σύμφωνα, με τις διατάξεις των άρθρων 80 παρ. 13 και 92 παρ. 8 του ν. 4412/2016, οι οποίες, όπως πιθανολογείται σοβαρώς, καταλαμβάνουν και την επίμαχη εν εξελίξει διαγωνιστική διαδικασία και, ως εκ του χρόνου εκδόσεως της αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π., αποτελούσαν το κρίσιμο νομοθετικό καθεστώς για την εξέταση της βασιμότητας των ισχυρισμών της προδικαστικής προσφυγής, τα ιδιωτικά έγγραφα που υποβάλλονται με την προσφορά προς απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, γίνονται αποδεκτά και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη Δήλωση για την βεβαίωση της ακρίβειας τους, όπως συνέβη εν προκειμένω». Επειδή, οι νέες αυτές διατάξεις κατατείνουν στον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσία οι προϋποθέσεις συμμετοχής, χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης 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. Συγκεκριμένα, όπως αναφέρεται στην αιτιολογική Έκθεση του ν. 4782/2021, ως προς την επίμαχη διάταξη «Με το άρθρο 121 τροποποιείται το άρθρο 310 του ν.4412/2016 και εισάγονται οι τροποποιήσεις του άρθρου 102 του ν.4412/2016 (Βιβλίο Ι) στις αντίστοιχες διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ για τους αναθέτοντες φορείς. Ειδικότερα αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσία οι προϋποθέσεις συμμετοχής. 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 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, της κάμψης 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 και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα». Ενόψει των ανωτέρω και δεδομένου ότι με τις νεότερες αυτές ρυθμίσεις δεν επιβάλλονται πρόσθετες υποχρεώσεις ή βάρη στους διαγωνιζομένους, αλλά, αντιθέτως, διευκολύνεται η συμμετοχή τους στον διαγωνισμό, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, μολονότι στον νόμο δεν έχει περιληφθεί σχετική ρητή πρόβλεψη, κατά την έννοια των εν λόγω διατάξεων, οι ως άνω νεότερες ρυθμίσεις είναι εφαρμοστέες και στις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες και λαμβάνονται υπ' όψη από τα αρμόδια όργανα του διαγωνισμού κατά την εξέταση του παραδεκτού της υποβολής των προσφορών (βλ. ΕΑ

133/2019 σκ. 11). Τούτο δε, δεν αντίκειται στην αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, όπως κατοχυρώνονται στο εθνικό και ενωσιακό δίκαιο, δεδομένου ότι αφορά εξίσου όλους τους εκκρεμείς διαγωνισμούς και όλους τους διαγωνιζομένους (βλ. ΕΑ 133/2019 σκ. 11, 291/2019, σκ. 14, πρβλ. ΣτΕ 2029/2015).» Ως εκ τούτου βάσει των ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή όφειλε να μην απορρίψει την προσφορά μας, αλλά να μας καλέσει να συμπληρώσουμε τις τυχόν ελλείψεις των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σε κάθε περίπτωση και τούτο επικουρικώς και για την αδόκητη περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί ότι δεν εφαρμόζεται το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021, αλλά ως είχε τροποποιηθεί με το Ν. 4605/2019 και ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης και πάλι η προσβαλλόμενη απόφαση που παρέλειψε να μας καλέσει να συμπληρώσουμε τις όποιες ελλείψεις είναι ακυρωτέα. Ειδικότερα με την υπ' αριθμ. 56/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών έγιναν δεκτά τα εξής: «Κατά την έννοια της άνω διάταξης του άρθρου 103 παρ. 2 του ν.4412/2016, όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 43 παρ. 12 β' η αναθέτουσα αρχή δεν έχει πλέον υποχρέωση, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, χορηγώντας του παράταση προθεσμίας, παρά μόνον όταν πληρούνται οι προϋποθέσεις που θέτει η νέα διάταξη. Επαφίεται, όμως, στη διακριτική της ευχέρεια, να ασκήσει, οίκοθεν, τη σχετική της αρμοδιότητα, διότι τούτο δεν έχει απαγορευθεί από την νέα διάταξη., δεδομένου ότι η δυνατότητά της να καλεί τον προσωρινό ανάδοχο για διευκρινήσεις ή συμπληρώσεις των υποβληθέντων δικαιολογητικών δεν θα μπορούσε να περιορισθεί ή να εξαρτηθεί από την προηγούμενη υποβολή αιτήματος του τελευταίου. Εξάλλου, ο προσωρινός ανάδοχος, σε πολλές περιπτώσεις, είναι δυνατόν να μην τελεί σε γνώση των τυχόν ελλείψεων των δικαιολογητικών που υπέβαλε, είτε λόγω ασαφειών της διακήρυξης ή άλλων αστάθμητων παραγόντων, η δε επιτροπή του διαγωνισμού, ως ειδικώς επιφορτισμένη με τον έλεγχο αυτό, είναι, εκ των πραγμάτων, η μόνη σε θέση να διαγνώσει τις ελλείψεις των δικαιολογητικών και να ζητήσει, στις περιπτώσεις που αυτό δικαιολογείται, τη διευκρίνιση ή τη συμπλήρωσή τους, ενεργώντας στα

πλαίσια του σκοπού των άρθρων 73 και 74 του ν.4412/2016, ως προς την συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και κατά τρόπο που να εξυπηρετείται περισσότερο το δημόσιο συμφέρον. Τα ανωτέρω συνεπικουρούνται και από την αιτιολογική έκθεση του ν.4605/2019, η οποία ως προς τη συγκεκριμένη τροποποιητική διάταξη αναφέρει: «Συγκεκριμένα, εξορθολογίζεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών με τρόπο ώστε να μην αποτελεί υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει τη συμπλήρωση, ει μη μόνο στις περιπτώσεις που δικαιολογείται αυτό, δηλαδή όταν ο προσωρινός ανάδοχος έχει επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια και έχει αιτηθεί εγκαίρως την έκδοση των δικαιολογητικών. Παράλληλα, η δυνατότητα συμπλήρωσης και ο χρόνος παράτασης συνδέεται με το χρόνο έκδοσης των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές». Από τα ανωτέρω αναφερόμενα προκύπτει ότι και υπό την προγενέστερη μορφή του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016, ήτοι πριν την τροποποίηση του με το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021, η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο, με την προδιαγραφόμενη στις άνω αποφάσεις διαδικασία, να συμπληρώσει τις ελλείψεις που διαπιστώθηκαν στα δικαιολογητικά. Εν προκειμένω και δεδομένου ότι ελλείψεις παρουσιάσθηκαν όχι στα δικαιολογητικά της εταιρίας μας, αλλά της δανειοπαρόχου μας εταιρίας «...», η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να μας καλέσει να συμπληρώσουμε τις ελλείψεις και η απόρριψη της προσφοράς μας χωρίς προηγούμενη κλήση μας προς παροχή διευκρινήσεων ή συμπλήρωση ελλείψεων είναι άκυρη ως αντίθετη με τα ακραία όρια της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής».

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή επί τις δεύτερης προσφυγής διά των απόψεων της υποστηρίζει, ότι «Με τον πρώτο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που προσβάλλεται είναι ακυρωτέα ως ερχόμενη σε αντίθεση με το άρθρο 1.1.5. της διακήρυξης και το άρθρο 78 του ν. 4412/2016. Η άποψη της αναθέτουσας αρχής είναι ότι ορθά απορρίφθηκε η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» ως προσωρινού αναδόχου για τα τμήματα Α', Β' και ΣΤ', διότι δεν υποβλήθηκε εμπρόθεσμα (ήτοι εντός της ταχθείσας 10ήμερης προθεσμίας), από τον

προσφεύγοντα οικονομικό φορέα, ηλεκτρονικά, Υπεύθυνη Δήλωση της εταιρείας «...» για τα αναφερόμενα στην παρ. 1.1.3.2. της Διακήρυξης όπως και πρόσφατο πιστοποιητικό από το Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο για την ίδια εταιρεία, καθώς σύμφωνα με την παρ. 2.2 της Διακήρυξης: «...Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και ακολουθείται η διαδικασία του άρθρου 103 του ν.4412/2016 για τον 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 Ε.Ε.Ε.Σ., 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 τις παραγράφους 1.1.3. έως και 1.1.5. της παρούσας....»

III. ΑΠΟΨΕΙΣ ΜΑΣ ΕΠΙ ΤΟΥ ΔΕΥΤΕΡΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ Με τον δεύτερο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να τους καλέσει κατ' άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021 (ισχύς από 1.6.2021) να συμπληρώσουν τις οποιεσδήποτε ελλείψεις των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η άποψη της αναθέτουσας αρχής είναι ότι η προσφυγή είναι προδήλως αβάσιμη και ως προς τον δεύτερο λόγο προσφυγής του οικονομικού φορέα «...», καθώς επικαλείται το άρθρο 103 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021, η ισχύς του οποίου σύμφωνα με το άρθρο 142 του Ν. 4782/2021 αρχίζει από την 1-06-2021, συνεπώς δεν είχε ισχύ κατά τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του εν λόγω διαγωνισμού.

IV. ΑΠΟΨΕΙΣ ΜΑΣ ΕΠΙ ΤΟΥ ΤΡΙΤΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ. Με τον τρίτο λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι επικουρικώς και για την αδόκητη περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί ότι δεν εφαρμόζεται το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο

43 του Ν. 4782/2021, αλλά ως είχε τροποποιηθεί με το ν. 4605/2019 και ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης και πάλι η προσβαλλόμενη απόφαση που παρέλειψε να τους καλέσει να συμπληρώσουν τις όποιες ελλείψεις είναι ακυρωτέα. Η άποψη της αναθέτουσας αρχής είναι ότι η προσφυγή είναι προδήλως αβάσιμη και ως προς τον τρίτο λόγο προσφυγής του οικονομικού φορέα «...», καθώς όπως προαναφέρθηκε ορθά απορρίφθηκε η προσφορά του ως προσωρινού αναδόχου για τα τμήματα Α', Β' και ΣΤ', και αποφασίστηκε η κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγυητικής επιστολής του, που είχε προσκομιστεί για τα αντίστοιχα τμήματα ποσού 12.000 Ευρώ σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 103 του ν.4412/16 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει και την ανάδειξή του ως προσωρινό ανάδοχο για τα τμήματα Γ', Δ' και Ε' με τιμή προσφοράς 248.000,00€, 173.600,00€ και 248.000,00€ αντίστοιχα και συνολική αξία 669.600,00€ (με Φ.Π.Α. και λοιπών νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων), διότι δεν υποβλήθηκε εμπρόθεσμα (ήτοι εντός της ταχθείσας 10ήμερης προθεσμίας), από τον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα, ηλεκτρονικά, Υπεύθυνη Δήλωση της εταιρείας «...» για τα αναφερόμενα στην παρ. 1.1.3.2. της Διακήρυξης όπως και πρόσφατο πιστοποιητικό από το Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο για την ίδια εταιρεία- τρίτο, συνεργαζόμενο φορέα της προσφεύγουσας εταιρείας, σύμφωνα με την παρ. 2.2 της Διακήρυξης. Επιπλέον στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε πριν την τροποποίησή του από το άρθρο 43 του ν. 4412/2016 και είναι εν προκειμένω εφαρμοστέο, ρητώς προβλέπεται ότι «Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε.». Με τις ενέργειες της η

αναθέτουσα αρχή εφάρμοσε ως όφειλε τα προβλεπόμενα στο ως άνω άρθρο. Για τους ανωτέρω λόγους θεωρούμε ότι η προδικαστική προσφυγή είναι αβάσιμη και πρέπει να απορριφθεί».

19. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου ως προς την δεύτερη προσφυγή κρίνονται τα κάτωθι. Ως προς το μέρος της προσφυγής που αφορά την επικαλούμενη οφειλόμενη εφαρμογή του τροποποιημένου άρθρου 102 του ν. 4412/2016 εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, ισχύουν *mutatis mutandis* όσα ήδη εκρίθησαν και για την πρώτη προσφυγή στις ως άνω σχετικές σκέψεις της παρούσας. Συνεπώς ο εν λόγω ισχυρισμός τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος κατά τα ειδικώς κριθέντα στην ως άνω οικεία σκέψη η οποία καταλαμβάνει πλήρως και τα νυν κρινόμενα πραγματικά και νομικά περιστατικά. Συνεπώς, η απόρριψη του εν θέματι λόγου προσφυγής καθιστά αλυσιτελή την εξέταση των λοιπών λόγων προσφυγής εφόσον ο οικείος λόγος ήδη απορριφθείς στηρίζει αυτοτελώς τον νόμιμο αποκλεισμό της δεύτερης προσφεύγουσας (ΣΤΕ 308/2020).

20. Επειδή, περαιτέρω, δε από τα στοιχεία του φακέλου και την συνδυαστική ανάλυση αυτών, όλως επικουρικώς κρίνεται, ότι η προσφυγή είναι αβάσιμη και ως προς τον τρίτο λόγο προσφυγής καθώς όπως προαναφέρθηκε σύννομα απορρίφθηκε η προσφορά του ως προσωρινού αναδόχου για τα τμήματα Α', Β' και ΣΤ', και αποφασίστηκε η κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγυητικής επιστολής του, που είχε προσκομιστεί για τα αντίστοιχα τμήματα ποσού 12.000 Ευρώ σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 103 του ν.4412/16 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει και την ανάδειξή του ως προσωρινό ανάδοχο για τα τμήματα Γ', Δ' και Ε' με τιμή προσφοράς 248.000,00€, 173.600,00€ και 248.000,00€ αντίστοιχα και συνολική αξία 669.600,00€ (με Φ.Π.Α. και λοιπών νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων), διότι δεν υποβλήθηκε εμπρόθεσμα (ήτοι εντός της ταχθείσας 10ήμερης προθεσμίας), από τον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα, ηλεκτρονικά, Υπεύθυνη Δήλωση της εταιρείας «...» για τα αναφερόμενα στην παρ. 1.1.3.2. της Διακήρυξης όπως και πρόσφατο πιστοποιητικό από το Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο για την ίδια εταιρεία-τρίτο, συνεργαζόμενο φορέα της προσφεύγουσας εταιρείας,

σύμφωνα με την παρ. 2.2 της Διακήρυξης. Επιπλέον, στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε πριν την τροποποίησή του από το άρθρο 43 του ν. 4412/2016 και είναι εν προκειμένω εφαρμοστέο, ρητώς προβλέπεται, ότι «Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε».

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη πρώτη και δεύτερη προσφυγή απορρίπτονται αμφότερες.

22. Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσουν τα παράβολα που κατέθεσαν η πρώτη και δεύτερη προσφεύγουσα αντιστοίχως.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου που κατέβαλλε η πρώτη προσφεύγουσα.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου που κατέβαλλε η δεύτερη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 23 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε στις 28 Ιουλίου στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ηλίας Στρεπέλιας

