

Η

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

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 27 Οκτωβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη – Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου –και Γερασιμούλα Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 05.05.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 938/06.05.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ.. ..., (εφεξής προσφεύγων), νομίμως εκπροσωπούμενου, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Ν26/2021 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής.

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

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» που εδρεύει στ.. ..., (εφεξής παρεμβαίνων), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η με αριθμό 132/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., κατά το μέρος με το οποίο κρίθηκε αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» και ήδη

παρεμβαίνοντας, εκδοθείσα στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την ανάθεσης κατασκευής του έργου «Αντικατάσταση χλοοτάπητα και συστήματος άρδευσης-αποστράγγισης αγωνιστικού χώρου Δημοτικού Σταδίου ...» Εκτιμώμενης αξίας 201.612,90 Ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%),» και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής (ΑΔΑΜ : ... και Συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη.

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

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... παράβολο ποσού 1.010,00€, πληρωθέν ηλεκτρονικά στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ.

2. Επειδή, ο προσφεύγων άσκησε την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ 39/2017. Περαιτέρω με τις με αρ. 1126 και 1350/2021 Πράξεις Πρ. και αν. Πρ. 6^{ου} κλιμακίου ορίσθηκε ημερομηνία συζήτησης η 14.06.2021. Με την με αρ. Ν26/2021 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής, έγινε δεκτή η αίτηση αναστολής του προσφεύγοντος κατά της σιωπηρής απόρριψης της προσφυγής και η υπόθεση αναπέμφθηκε στην ΑΕΠΠ, η οποία εισήχθη φια της Προέδρου ΑΕΠΠ στο 7^ο Κλιμάκιο. Επακολούθως, με την με αρ. 2458/2021 πράξη της

Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε εκ νέου Εισηγητής και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου και της προϋπολογισθείσας αξίας του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα ο προσφεύγων στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, 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. Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη, σύμφωνα με τα στοιχεία του ΕΣΗΔΗΣ, βέβαιης χρονοσήμανσης, κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 23.04.2021, γεγονός που ομοίως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις οικείες απόψεις της. Επομένως, η 10^η ημέρα, ήτοι η καταληκτική προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης, σύμφωνα με το άρ. 361 ν.4412/2016, ήταν η 03.05.2021, Δευτέρα του Πάσχα, υποχρεωτική αργία, (<https://www.kepea.gr/aarticle.php?id=136#>), η επομένη ήταν Τρίτη 04.05.2021, ομοίως αργία, καθόσον με απόφαση του Υπουργού Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων, η υποχρεωτική αργία της 1ης Μαΐου 2021 μετατέθηκε για την Τρίτη 4 Μαΐου 2021 (<https://ypergasias.gov.gr/tin-triti-4-maiou-2021-metatithetai-i-argia-tis-protomagias/>), απορριπτόμενων των σχετικών ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος στο σύνολο τους περί εκπρόθεσμης άσκησης της, ως και της αναθέτουσας αρχής. Ακόμη δε και εάν ήθελε γίνει δεκτό ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 20.04.2021, ως εσφαλμένα αναγράφει στην προσφυγή του προσφεύγων, στοιχείο που και η

αναθέτουσα αρχή αμφισβητεί, και πάλι, η οικεία προθεσμία λήγει στις 05.05.2021 καθόσον οι ενδιάμεσες ημέρες ήταν εξαιρετές, σύμφωνα με τις σαφείς διατάξεις του άρ. 8 παρ. 2 της ΥΑ ΕΣΗΔΗΣ Αριθμ. 56902/215/2017 που ορίζει ρητά ότι *«Οι σχετικές προθεσμίες αρχίζουν την επομένη της ημέρας της προαναφερθείσας κατά περίπτωση αποστολής, κοινοποίησης ή υποβολής και λήγουν όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και, αν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη»*.

5. Επειδή, ο προσφεύγων θεμελιώνει προφανές έννομο συμφέρον όπως στραφεί κατά συνυποψηφίου του, επιδιώκοντάς ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, δοθέντος ότι η προσφορά του κρίθηκε αποδεκτή (βλ. Απόφαση ΔΕφαΘ 898/2021 σκ.7 και 9).

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή: α) προέβη, στις 06.05.2021 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο και β) απέστειλε, στην ΑΕΠΠ, δια της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 03.06.2021 τις απόψεις της κοινοποίησε στους ενδιαφερομένους, η δε ορισθείσα ημερομηνία συζήτηση της υπό εξέταση προσφυγής ήταν η 14.06.2021.

7.Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 17.05.2021 την παρέμβαση του, νομίμως και εμπροθέσμως, σε συνέχεια των αναγραφόμενων στην προηγούμενη σκέψη, η δε 10^η ημέρα ήταν Κυριακή (βλ. τελ. εδάφιο σκ. 4 της παρούσας), όπου με προφανές έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης με την οποία κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του και ανακηρύχθηκε ανάδοχος.

8. Επειδή, νομίμως και εμπροθέσμως, ο προσφεύγων κατέθεσε στις 08.06.2021 το οικείο Υπόμνημα του. Εν προκειμένω, από τις συνδυασμένες

διατάξεις του αρ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκαν με το ν. 4605/2019 και ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο, προκύπτει ότι προ της εξέτασης της κατατεθείσας ενώπιον της ΑΕΠΠ προσφυγής, ο προσφεύγων δύναται να υποβάλει υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων ή της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής, το αργότερο 5 ημέρες από τη συζήτησης της προσφυγής ορισθείσα για τις 14.06.2021.

9.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ως και η οικεία παρέμβαση καταρχήν νομίμως και παραδεκτώς εισάγονται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, ως ισχύουν, και του Π.Δ/τος 39/2017.

10. Επειδή, **ο προσφεύγων**, κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού, νομολογίας περί της δεσμευτικότητάς των όρων της διακήρυξης, ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, αλλά και περί δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής, ισχυρίζεται ότι **«1. Η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε κατά ευθεία παράβαση των όρων 4.2.δ iii, 23.2 και 23.3.β της διακήρυξης και του νομικού πλαισίου που διέπει την διαγωνιστική διαδικασία ήτοι του Ν. 4412/2016, διότι η ασφαλιστική ενημερότητα του προσωρινού αναδόχου που προσκομίσθηκε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης για τον κρίσιμο χρόνο υποβολής των προσφορών. Ειδικότερα: Το άρθρο 4.2 της διακήρυξης του επίμαχου έργου ορίζει ότι: «α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης κοινοποίησης σε αυτόν τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα**

νομιμοποίησης

.....
..... δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή ii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας.»

Το άρθρο 22.Α της διακήρυξης με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» ορίζει εκτός των άλλων ότι: «Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (αν πρόκειται περί ένωσης οικονομικών φορέων) ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων:

..... 22.Α.2 Όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και η

αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Αν ο προσφέρων είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις του που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση. Οι υποχρεώσεις των περ. α' και β' της παρ. 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 δεν θεωρείται ότι έχουν αθετηθεί εφόσον δεν έχουν καταστεί ληξιπρόθεσμες ή εφόσον αυτές έχουν υπαχθεί σε δεσμευτικό διακανονισμό που τηρείται. Στην περίπτωση αυτή, ο οικονομικός φορέας δεν υποχρεούται να απαντήσει καταφατικά στο σχετικό ερώτημα του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ), του άρθρου 79, ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης με το οποίο ερωτάται εάν ο οικονομικός φορέας έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης ή, κατά περίπτωση, εάν έχει αθετήσει τις παραπάνω υποχρεώσεις του. Οι περ. α' και β' της παρ. 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, παύουν να εφαρμόζονται όταν ο οικονομικός φορέας εκπληρώσει τις ανωτέρω υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους στο μέτρο που τηρεί τους όρους του δεσμευτικού διακανονισμού.». Δεν αποκλείεται ο προσφέρων, όταν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του, είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων, είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους. **Το άρθρο 23.2 της διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)» ορίζει ότι: «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως**

ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας.» Τέλος το άρθρο 23.3 της διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α» ορίζει εκτός των άλλων ότι: «Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας: Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγω αποκλεισμού του άρθρου 22Α ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: Για τους προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα τα σχετικά δικαιολογητικά που υποβάλλονται είναι - φορολογική ενημερότητα που εκδίδεται από το Υπουργείο Οικονομικών (αρμόδια Δ.Ο.Υ) για τον οικονομικό φορέα και για τις κοινοπραξίες στις οποίες συμμετέχει για τα δημόσια έργα που είναι σε εξέλιξη. Οι αλλοδαποί προσφέροντες θα υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν έχουν υποχρέωση καταβολής φόρων στην Ελλάδα. Σε περίπτωση που έχουν τέτοια υποχρέωση θα υποβάλλουν σχετικό αποδεικτικό της οικείας Δ.Ο.Υ. • ασφαλιστική ενημερότητα που εκδίδεται από τον αρμόδιο ασφαλιστικό φορέα. Η ασφαλιστική ενημερότητα καλύπτει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις του προσφέροντος οικονομικού φορέα α) ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας, β) για έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία καθώς και γ) για τα στελέχη του που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ - ΤΣΜΕΔΕ. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς υποβάλλουν αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας (κύριας και επικουρικής ασφάλισης) για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας

(ΤΣΜΕΔΕ για τους ασφαλισμένους - μέλη του ΤΕΕ, ΙΚΑ για το λοιπό προσωπικό Δεν αποτελούν απόδειξη ενημερότητας της προσφέρουσας εταιρίας, αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας των φυσικών προσώπων που στελεχώνουν το πτυχίο της εταιρίας ως εταίροι....» Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων της διακήρυξης προκύπτει ότι ο προσωρινός ανάδοχος με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης οφείλει επί ποινή απόρριψης της προσφοράς του να προσκομίσει ασφαλιστικές ενημερότητες που να καλύπτουν τόσο το χρόνο υποβολής των προσφορών όσο και το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης για τον ίδιο το διαγωνιζόμενο, για τα έργα που εκτελεί μόνος του ή σε Κοινοπραξία καθώς και για τα στελέχη του που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΤΜΕΔΕ. Η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει την απουσία του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.2 της διακήρυξης και στους δύο ανωτέρω κρίσιμους χρόνους ήτοι και κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Στα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε ο προσωρινός ανάδοχος «...» δεν περιλαμβάνονταν ασφαλιστικές ενημερότητες των έργων που εκτελεί που να καλύπτουν το χρόνο υποβολής των προσφορών. Συγκεκριμένα ο προσωρινός ανάδοχος παρέλειψε να υποβάλει ασφαλιστικές ενημερότητες που να καλύπτουν το χρόνο υποβολής των προσφορών για τα έργα «Αντιπλημμυρική θωράκιση χειμάρρων για την προστασία των υποδομών περιοχών ...», «Τσιμεντόστρωση δρόμων εντός του οικισμού της Κοινότητας ...» και «κοπή κλαδιών – αποψίλωση οδικού δικτύου Π.Ε. ...Περιοχής ...». Επισημαίνουμε ότι ο προσωρινός ανάδοχος έχει προσκομίσει ασφαλιστικές ενημερότητες των άνω έργων που καλύπτουν μόνο το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι το χρόνο υποβολής των προσφορών. Συνεπώς η προσφορά του προσωρινού αναδόχου είναι απορριπτέα γιατί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε δεν απέδειξε ότι στο πρόσωπό του δεν συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.2 της διακήρυξης κατά

το χρόνο υποβολής των προσφορών. Εν όψει των ανωτέρω η προσβαλλόμενη απόφαση που δέχθηκε ως πλήρη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου έσφαλε και πρέπει να ακυρωθεί.

11.Επειδή η αναθέτουσα αρχή κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού και έγερσης ένστασης απαραδέκτου ως προς την εκπρόθεσμη άσκηση της προσφυγής, με τις οικείες απόψεις της, ισχυρίζεται ότι «...2. Απόψεις επί της ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π. 938/6-5-2021.Από την εξέταση των δικαιολογητικών που κατέθεσε ο προσωρινός ανάδοχος με την επωνυμία ... στην πλατφόρμα του Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με Α/Α ..., προκύπτει ότι ο προσωρινός ανάδοχος παρέλειψε να υποβάλει ασφαλιστικές ενημερότητες που να καλύπτουν και το χρόνο υποβολής των προσφορών για τα έργα «Αντιπλημμυρική θωράκιση χειμάρρων για την προστασία των υποδομών περιοχών ...», «Τσιμεντόστρωση δρόμων εντός του οικισμού της Κοινότητας ...» και «κοπή κλαδιών - αποψίλωση οδικού δικτύου Π.Ε. ... Περιοχής ...». Η επιτροπή διαγωνισμού δεν παρατήρησε την παραπάνω έλλειψη, με συνέπεια την λήψη απόφασης από την Οικονομική Επιτροπή για την αποδοχή του πρακτικού ΙΙ του Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με Α/Α 93870, όπως αυτό συντάχθηκε. Από τα παραπάνω, προκύπτει ότι η προσφορά του προσωρινού αναδόχου θα πρέπει να απορριφθεί λόγω των ελλείψεων στα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε, κατά παράβαση του άρθρου 22.Α.2 της διακήρυξης, όπως αυτό ζητείται από το αρ.23 της ίδιας. Το άρθρο 23.2 της διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)» ορίζει ότι: «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το

άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας.» Το άρθρο 23.3 της διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α» ορίζει ότι: «Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας: Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: Για τους προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα τα σχετικά δικαιολογητικά που υποβάλλονται είναι

- φορολογική ενημερότητα που εκδίδεται από το Υπουργείο Οικονομικών (αρμόδια Δ.Ο.Υ) για τον οικονομικό φορέα και για τις κοινοπραξίες στις οποίες συμμετέχει για τα δημόσια έργα που είναι σε εξέλιξη. Οι αλλοδαποί προσφέροντες θα υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν έχουν υποχρέωση καταβολής φόρων στην Ελλάδα. Σε περίπτωση που έχουν τέτοια υποχρέωση θα υποβάλλουν σχετικό αποδεικτικό της οικείας Δ.Ο. Υ. • ασφαλιστική ενημερότητα που εκδίδεται από τον αρμόδιο ασφαλιστικό φορέα. Η ασφαλιστική ενημερότητα καλύπτει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις του προσφέροντος οικονομικού φορέα α) ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας, β) για έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία καθώς και γ) για τα στελέχη του που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ - ΤΣΜΕΔΕ. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς υποβάλλουν αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας (κύριας και επικουρικής ασφάλισης) για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας (ΤΣΜΕΔΕ για τους ασφαλισμένους - μέλη του ΤΕΕ, ΙΚΑ για το λοιπό προσωπικό Δεν αποτελούν απόδειξη ενημερότητας της προσφέρουσας εταιρίας, αποδεικτικά

ασφαλιστικής ενημερότητας των φυσικών προσώπων που στελεχώνουν το πτυχίο της εταιρίας ως εταίροι. Οι αλλοδαποί προσφέροντες (φυσικά και νομικά πρόσωπα), που δεν υποβάλουν τα άνω αποδεικτικά, υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν απασχολούν προσωπικό, για το οποίο υπάρχει υποχρέωση ασφάλισης σε ημεδαπούς ασφαλιστικούς οργανισμούς. Αν απασχολούν τέτοιο προσωπικό, πρέπει να υποβάλλουν σχετικό αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας.»

Από το συνδυασμό των ανωτέρω άρθρων της διακήρυξης προκύπτει ότι ο προσωρινός ανάδοχος με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης οφείλει επί ποινή απόρριψης της προσφοράς του να προσκομίσει ασφαλιστικές ενημερότητες που να καλύπτουν τόσο το χρόνο υποβολής των προσφορών όσο και το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης για τον ίδιο το διαγωνιζόμενο, για τα έργα που εκτελεί μόνος του ή σε Κοινοπραξία καθώς και για τα στελέχη του που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΤΜΕΔΕ. Από προσωπική εμπειρία του υπογράφοντα, ως συμμετέχοντα σε παραπάνω από σαράντα ηλεκτρονικούς διαγωνισμούς έργων & προμηθειών, θα ήθελα να σας επισημάνω, ότι σε πολλές περιπτώσεις οι επιτροπές διαγωνισμού, είτε από απειρία λόγω ελάχιστων συμμετοχών των μελών στους ηλεκτρονικούς διαγωνισμούς, είτε διότι πολλές επιτροπές στελεχώνονται από μέλη τα οποία δεν είναι καν μηχανικοί που ασχολούνται με Δημόσια Έργα, αδυνατούν να παρατηρήσουν τέτοιου είδους παραλήψεις και από την πλευρά των αναθετουσών αρχών και ειδικά σε μικρούς Δήμους με ελάχιστη στελέχωση, είναι αδύνατος ο έλεγχος των πρακτικών που συντάσσονται σε οποιοδήποτε στάδιο ώστε τα αποφασιστικά όργανα να μην καταλήγουν σε μια απλή υιοθέτηση των γνωμοδοτήσεων των πρακτικών».

12. Επειδή **ο παρεμβαίνων** κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού με τις οικείες απόψεις του, ισχυρίζεται ότι «**II. ΛΟΓΟΙ ΠΑΡΕΜΒΑΣΗΣ Α.**για τα δύο από τα τρία έργα που επικαλείται η παρεμβαίνουσα, η έναρξη εκτέλεσής τους και άρα απογραφής τους στον ΕΦΚΑ έλαβε χώρα μετά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς μας και ως εκ τούτου δεν απαιτείτο η υποβολή ασφαλιστικών ενημεροτήτων σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς (14/12/2020), οι οποίες μάλιστα δεν θα μπορούσαν και να εκδοθούν δοθέντος ότι τα έργα δεν είχαν απογραφεί. 1. Η παρεμβαίνουσα, προσάπτει στην προσφορά μας την πλημμέλεια ότι για τα έργα: α) Τίτλος έργου «Αντιπλημμυρική θωράκιση χειμάρρων για την προστασία των υποδομών περιοχής ...», Υποέργο 1: Αντιπλημμυρική θωράκιση χειμάρρων για την προστασία των υποδομών περιοχής ...», Φορέας ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ...-ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗ ΕΝΟΤΗΤΑ ... Ανάδοχος ποσό Σύμβασης 235.886,16€. β) Τίτλος έργου «Τσιμεντόστρωση δρόμων εντός του οικισμού της κοινότητας ...», Φορέας ΔΗΜΟΣ ..., Ανάδοχος ποσό Σύμβασης 5846,75€ γ) Τίτλος έργου «Κοπή κλαδιών - Αποψίλωση οδικού δικτύου Π.Ε. ... Περιοχής ...», Φορέας ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ .../Π.Ε. ..., Ανάδοχος, ποσό Σύμβασης 28.274,32€. δεν υποβάλαμε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ασφαλιστική ενημερότητα που να ισχύει κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς (14/12/2020).

2. Εντούτοις το έργο «Τσιμεντόστρωση δρόμων εντός του οικισμού της κοινότητας ...» απογράφηκε στον ΕΦΚΑ στις **8/01/2021**, όπως προκύπτει από το ... Έντυπο απόδοσης αριθμού μητρώου οικοδομοτεχνικού έργου (ΣΧΕΤΙΚΟ 1). Συνεπώς η απογραφή του έργου και άρα η υποχρέωση και δυνατότητα για έκδοση ασφαλιστικής ενημερότητας έλαβε χώρα στις 8/1/2021, ήτοι σε χρόνο μεταγενέστερο της υποβολής της προσφοράς μας (14/12/2020), και ως εκ τούτου δεν υποχρεούμασταν σε υποβολή ασφαλιστικής ενημερότητας σε ισχύ

κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, δοθέντος ότι τούτο ήταν εξάλλου αδύνατο.

Περαιτέρω, το έργο «Κοπή κλαδιών - Αποψίλωση οδικού δικτύου Π.Ε. ... Περιοχής ...» απογράφηκε στον ΕΦΚΑ στις 07/01/2021, όπως προκύπτει από το με αριθμό ... (εκτύπωση 12/01/2021) Έντυπο απόδοσης αριθμού μητρώου οικοδομοτεχνικού έργου (ΣΧΕΤΙΚΟ 2). Συνεπώς η απογραφή του έργου και άρα η υποχρέωση και δυνατότητα για έκδοση ασφαλιστικής ενημερότητας έλαβε χώρα στις 07/01/2021, ήτοι σε χρόνο μεταγενέστερο της υποβολής της προσφοράς μας (14/12/2020), και ως εκ τούτου δεν υποχρεούμασταν σε υποβολή ασφαλιστικής ενημερότητας σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, δοθέντος ότι τούτο ήταν εξάλλου αδύνατο.

3. Αναφορικά, δε, με το έργο «Αντιπλημμυρική θωράκιση χειμάρρων για την προστασία των υποδομών περιοχής ..., Υποέργο 1: Αντιπλημμυρική θωράκιση χειμάρρων για την προστασία των υποδομών περιοχής ...», διαθέτουμε ασφαλιστική ενημερότητα σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, την οποία όμως δεν υποβάλαμε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, καθώς δεν πρόεκυπτε τέτοια υποχρέωση από τους όρους της διακήρυξης, ως θα αναλυθεί κατωτέρω. Η ασφαλιστική ενημερότητα αυτή είναι η με αρ. πρωτ. ... ασφαλιστική ενημερότητα με ισχύ έως τις 24/12/2020, η οποία ισχύει κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς (14/12/2020) και αποδεικνύει την ασφαλιστική ενημερότητα του επίμαχου έργου κατά τον χρόνο αυτό (ΣΧΕΤΙΚΟ 3).

Β. Διότι βάσει των όρων της διακήρυξης, αλλά και το νόμο δεν υποχρεούμασταν στην υποβολή ασφαλιστικής ενημερότητας των έργων σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, αλλά μόνο κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. 1. ...2. Ωστόσο, σύμφωνα με την παρ. 12 του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016 (όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το

άρθρο 43 παρ. 7 περ. αδ' του ν. 4605/2019 με ισχύ από 1-4-2019): «Τα αποδεικτικά μέσα γίνονται αποδεκτά κατά τον ακόλουθο τρόπο: α) τα δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 1 του άρθρου 73, την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 και την περίπτωση β' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 εφόσον έχουν εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους, β) τα λοιπά δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 2 του άρθρου 73 εφόσον είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής τους, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται χρόνος ισχύος, να έχουν εκδοθεί κατά τα οριζόμενα στην προηγούμενη περίπτωση, γ) τα δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 2 του άρθρου 75, τα αποδεικτικά ισχύουσας εκπροσώπησης σε περίπτωση νομικών προσώπων, και τα πιστοποιητικά αρμόδιας αρχής σχετικά με την ονομαστικοποίηση των μετοχών σε περίπτωση ανωνύμων εταιρειών, εφόσον έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, δ) οι ένορκες βεβαιώσεις, εφόσον έχουν συνταχθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους και ε) οι υπεύθυνες δηλώσεις, εφόσον έχουν συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών.» και άρα, όσον αφορά τη φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα, οι οποίες εκδίδονται πάντα με συγκεκριμένο χρόνο ισχύος, αρκεί να είναι σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής αυτών ως δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήτοι τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Σε συμμόρφωση με την ανωτέρω απαίτηση του νόμου, η υπό εξέταση διακήρυξη προβλέπει επίσης ότι: «23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α. Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσα. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: [...] (β) για την παράγραφο Α.2 του

άρθρου 22: πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους μέλους ή χώρας, περί του ότι έχουν εκπληρωθεί οι υποχρεώσεις του οικονομικού φορέα, όσον αφορά στην καταβολή φόρων (φορολογική ενημερότητα) και στην καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (ασφαλιστική ενημερότητα) σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία του κράτους εγκατάστασης ή την ελληνική νομοθεσία αντίστοιχα , που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του του. Για τους προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα τα σχετικά δικαιολογητικά που υποβάλλονται είναι - φορολογική ενημερότητα που εκδίδεται από το Υπουργείο Οικονομικών (αρμόδια Δ.Ο.Υ) για τον οικονομικό φορέα και για τις κοινοπραξίες στις οποίες συμμετέχει για τα δημόσια έργα που είναι σε εξέλιξη..... Η ασφαλιστική ενημερότητα καλύπτει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις του προσφέροντος οικονομικού φορέα α) ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας, β) για έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία καθώς και γ) για τα στελέχη του που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ - ΤΣΜΕΔΕ. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς υποβάλλουν αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας (κύριας και επικουρικής ασφάλισης) για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας (ΤΣΜΕΔΕ για τους ασφαλισμένους - μέλη του ΤΕΕ, ΙΚΑ για το λοιπό προσωπικό Δεν αποτελούν απόδειξη ενημερότητας της προσφέρουσας εταιρίας, αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας των φυσικών προσώπων που στελεχώνουν το πτυχίο της εταιρίας ως εταίροι.....». Ως εκ τούτου, και στην ανωτέρω διακήρυξη προβλέπεται ρητώς, ότι οι φορολογικές και ασφαλιστικές ενημερότητες θα πρέπει να είναι σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. 3. Εν προκειμένω η εταιρία μας υπέβαλε με τα δικαιολογητικά

κατακύρωσής της: α) Την με αρ. πρωτ. ... ασφαλιστική ενημερότητα («24.ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗ ΕΝΗΜΕΡΟΤΗΤΑ ΕΡΓΟΥ ...») με ισχύ έως 10/04/2021 για το έργο «Αντιπλημμυρική θωράκιση χειμάρρων για την προστασία των υποδομών περιοχής ..., Υποέργο 1: Αντιπλημμυρική θωράκιση χειμάρρων για την προστασία των υποδομών περιοχής ...», που ίσχυε κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (12/3/2021). β) Την με αρ. πρωτ. ... ασφαλιστική ενημερότητα («25.ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗ ΕΝΗΜΕΡΟΤΗΤΑ ΕΡΓΟΥ ... ΔΗΜΟΣ ...») με ισχύ έως 07/07/2021 για το έργο «Τσιμεντόστρωση δρόμων εντός του οικισμού της κοινότητας ...», που ίσχυε κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (12/3/2021). γ) Την με αρ. πρωτ. ... ασφαλιστική ενημερότητα («26.ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗ ΕΝΗΜΕΡΟΤΗΤΑ ΕΡΓΟΥ Π.Ε. ...) με ισχύ έως 09/07/2021 για το έργο «Κοπή κλαδιών - Αποψίλωση οδικού δικτύου Π.Ε. ... Περιοχής ...», που ίσχυε κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (12/3/2021). Ως εκ τούτου, συμμορφώθηκε πλήρως με την ως άνω απαίτηση της διακήρυξης. 4. Μάλιστα, το ότι δεν απαιτείται η υποβολή ασφαλιστικών ενημεροτήτων σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς για τα ανωτέρω έργα γίνεται δεκτό κατά την πάγια κρίση της Αρχής Σας: ΑΕΠΠ 572/2020: «3. Επειδή, ο νυν ανάδοχος υπέβαλε με τα από 20-3-2020 δικαιολογητικά κατακύρωσης την από 17-3- 2020 και με αρ. πρωτ. βεβαίωση φορολογικής ενημερότητας ισχύος ως και την 17-5-2020 και τη με αρ. πρωτ. και από 17-3-2020 ασφαλιστική του ενημερότητα με χρόνο ισχύος ως και την 16-9-2020, αμφότερες, άρα καλύπτουσες τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Κατά τον δε όρο 2.2.9.2 παρ. Β1 περ. β' ορίζεται ότι «β) για τις παραγράφους 2.2.3.2 και 2.2.3.3 περίπτωση β' πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως

τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Ο προσωρινός ανάδοχος θα προσκομίζει και υπεύθυνη δήλωση αναφορικά με τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης (στην περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα αφορά Οργανισμούς κύριας και επικουρικής ασφάλισης) στου οποίου οφείλει να καταβάλει εισφορές. Η υπεύθυνη δήλωση θα γίνεται αποδεκτή εφόσον έχει συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή δικαιολογητικών. Ειδικά για τις περιπτώσεις της παραγράφου 2.2.3.2 α., πέραν του ως άνω πιστοποιητικού, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης.». Επομένως, κατά τον ως άνω όρο η φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα που υποβάλλονται ως δικαιολογητικά κατακύρωσης αρκεί να τελούν σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής τους, ήτοι υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, αφού εξάλλου εκδίδονται με συγκεκριμένη ισχύ εκ φύσεως τους και της οικείας περί αυτών νομοθεσίας. Ο δε όρος 2.2.9.2.Α ναι μεν αναφέρει ότι οι προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως η απουσία λόγων αποκλεισμού κρίνονται και κατά την υποβολή προσφοράς, πλην όμως ουδόλως ορίζεται και δη, με σαφή τρόπο, ότι η απόδειξη αυτή δεν επέρχεται τυχόν με το ΤΕΥΔ του όρου 2.2.9.1, αλλά ειδικώς με δικαιολογητικά κατακύρωσης και ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και συγκεκριμένα οι ενημερότητες του όρου 2.2.9.2.Β1.β προς απόδειξης έλλειψης των λόγων αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2, θα πρέπει να υποβάλλονται και ως ισχύουσες κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς, αντίθετα, ο ως άνω όρος ορίζει ότι πρέπει να ισχύουν κατά τον χρόνο υποβολής τους, άρα υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Εξάλλου, ουδόλως ερμηνείες του ισχύοντος εν γένει νομοθετικού πλαισίου μπορούν να υπερκεράσουν το σαφές αντικείμενο του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας και δη, προς δημιουργία άνευ

οιουδήποτε αν μη τι άλλο σαφούς ερείσματος, υποχρεώσεων των διαγωνιζομένων επί ποινή απόρριψης της προσφοράς τους. Σε κάθε περίπτωση, κατ' άρ. 43 παρ. 7 περ. αδ' 4605/2019 με ισχύ από 1-4-2019, προστέθηκε η παράγραφος 12 στο άρ. 80 Ν. 4412/2016, που ορίζει ότι «Τα αποδεικτικά μέσα γίνονται αποδεκτά κατά τον ακόλουθο τρόπο: α) τα δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 1 του άρθρου 73, την περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 73 και την περίπτωση β' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 εφόσον έχουν εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους, β) τα λοιπά δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 2 του άρθρου 73 εφόσον είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής τους, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται χρόνος ισχύος, να έχουν εκδοθεί κατά τα οριζόμενα στην προηγούμενη περίπτωση, γ) τα δικαιολογητικά που αφορούν την παράγραφο 2 του άρθρου 75, τα αποδεικτικά ισχύουσας εκπροσώπησης σε περίπτωση νομικών προσώπων, και τα πιστοποιητικά αρμόδιας αρχής σχετικά με την ονομαστικοποίηση των μετοχών σε περίπτωση ανωνύμων εταιρειών, εφόσον έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, δ) οι ένορκες βεβαιώσεις, εφόσον έχουν συνταχθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους και ε) οι υπεύθυνες δηλώσεις, εφόσον έχουν συνταχθεί μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών.» και άρα, όσον αφορά τη φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα, οι οποίες εκδίδονται πάντα με συγκεκριμένο χρόνο ισχύος, αρκεί να είναι σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής αυτών ως δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήτοι τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Η δε διακήρυξη ουδόλως αναφέρει το αντίθετο και σε κάθε περίπτωση μάλιστα, η ως άνω παρ. 12 κατά το άρ. 43 παρ. 7 περ. β' Ν. 4412/2016 κατέλαβε ακόμη και τις εκκρεμείς την 1-4-2019 διαδικασίες, ήτοι αυτές όπου δεν είχε τότε παρέλθει η προθεσμία υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, σε περίπτωση έλλειψης ειδικού όρου

ως προς τον χρόνο έκδοσης και ισχύος των δικαιολογητικών κατακύρωσης και δη ορίζοντας ρητά ότι συγκεκριμένα οι ως άνω ενημερότητες πρέπει να τελούν σε ισχύ και κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς. Άρα, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί, ως ερειδόμενος επί της εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης, ότι ο προσωρινός ανάδοχος όφειλε να προσκομίσει ως δικαιολογητικά κατακύρωσης αποδεικτικά φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας εν ισχύ και κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του και άρα, ότι η αναθέτουσα μη νομίμως τον κάλεσε να διευκρινίσει και να συμπληρώσει σχετικά, ως έχουσα δεσμία αρμοδιότητα απόρριψης της προσφοράς του, λόγω μη προσκόμισης των ανωτέρω με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του.». Συνεπώς και εν προκειμένω, τόσο από τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης, αλλά και από την πρόβλεψη του ίδιου του νόμου δεν θα έπρεπε να υποβληθούν ασφαλιστικές ενημερότητες των επίμαχων έργων σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Δοθέντος, δε, ότι η υπό εξέταση διακήρυξη το προβλέπει ρητώς «που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του», η αναθέτουσα αρχή αυτοδεσμεύεται και υποχρεούτο στην αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσής μας» Στη συνέχεια ο παρεμβαίνων παραθέτει νομολογία για τη δεσμευτικότητα των όρων της διακήρυξης, της αρχής της ίσης μεταχείρισης αλλά και επί της σαφήνειας των όρων της διακήρυξης και ισχυρίζεται ότι « Η αναθέτουσα αρχή, θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης, αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.5. Σε κάθε, δε, περίπτωση εκ του επίμαχου όρου της διακήρυξης

προκύπτει ασάφεια ως προς το εάν θα έπρεπε εν προκειμένω να υποβληθούν ασφαλιστικές ενημερότητες για τα επίμαχα έργα σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, και ως εκ τούτου προς διασφάλιση της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016 να μας καλέσει να υποβάλουμε τις επίμαχες ασφαλιστικές ενημερότητες σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Και τούτο διότι κατά την πάγια νομολογία τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, προσφορά τους (Ε.Α. ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776). Επομένως, η παραβίαση αμφίσημων όρων της διακήρυξης δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου, αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του. Ουσιώδης όρος της διακήρυξης, η παράβαση του οποίου συνιστά λόγο αποκλεισμού, είναι αυτός ο οποίος ρητά προκύπτει ως τέτοιος από το ίδιο το κανονιστικό κείμενο αυτής και τίθεται ούτως ή ως επί ποινή αποκλεισμού ή όποιος συνέχεται αυτονόητα με το εν όλω παραδεκτό και σαφές της προσφοράς και σε κάθε περίπτωση επάγεται έννομες συνέπειες (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 236 και 246/2017 και 69/2018, 45/2019, 728/2020). Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, κατά πάγια αρχή του εθνικού και κοινοτικού δικαίου οι όροι μιας διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύονται αυστηρά υπό την έννοια της

συσταλτικής εκδοχής. Ωστόσο, η αυστηρή αυτή ερμηνεία και εφαρμογή πρέπει να σχετίζεται και να ερείδεται στη σαφήνεια της διακήρυξης, λόγω της αρχής της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. υπόθεση C 496/1999 CAS *Succhi di Frutta SpA*). Επιπροσθέτως, όπως παγίως έχει κριθεί η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28 και απόφαση *Medipac—Καζαντζίδης*, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, εκδ. θ , σελ. 776). Είναι παραδεκτή, δε, η συμπλήρωση και η διόρθωση της προσφοράς κατ’

άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο και αντικείμενο του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι έλασσον σε σχέση με το αποδεικτικό αντικείμενο της διακήρυξης, σύνηθες και ιδιαίτερα ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, ενώ το σφάλμα πρέπει να είναι τέτοιου είδους, ώστε η αναγωγή του σε απλή, εύλογη και συνήθη, άρα και συγγνωστή, παραδρομή θα πρέπει να είναι αντικειμενικά προφανής στην κρίση κάθε ευλόγως σκεπτόμενου τρίτου και δη των οργάνων αξιολόγησης, τα οποία ακριβώς για αυτόν τον λόγο έχουν την ευχέρεια κατά την ακριβώς παραπάνω κρίση τους και συνεπεία αυτής να καλέσουν κατ'άρ. 102 του ν. 4412/2016 τον οικονομικό φορέα για διευκρινίσεις. Περαιτέρω, κρίσιμο κριτήριο για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης αποτελεί υπό προϋποθέσεις η τυχόν ασάφεια και ελλειπτικότητα των οικείων όρων της διακήρυξης (βλ. και απόφαση με αρ. 253/2017 ΑΕΠΠ). Ωστόσο, καθίσταται σαφές ότι η πλημμέλεια που αναφέρεται ανωτέρω, θα πρέπει να δημιουργεί αντικειμενικώς αμφισημία σε συγκεκριμένο όρο ή προδιαγραφή άλλως θα πρέπει να είναι ικανή να δημιουργήσει στον επαρκώς ενημερωμένο υποψήφιο δικαιολογημένη αμφιβολία ως προς την ορθή διαμόρφωση της προσφοράς του, κατά τρόπο που να καθίσταται επιβεβλημένη η επίκληση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και συνεπεία αυτής υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τον υποψήφιο ανάδοχο δυνάμει των άρθρων 102 παρ. 5 για διευκρίνιση ή συμπλήρωση της προσφοράς του (βλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 393/2019).

Γ. Διότι, στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία εφαρμόζεται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε από το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, το οποίο επιτρέπει πλέον την υποβολή με τις διευκρινίσεις εγγράφων που δεν υποβλήθηκαν με την προσφορά. 1. Αναφορικά με το άρθρο 102 του ν.

4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε μετά την 9.3.2021 κατόπιν της έκδοσης του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, επισημαίνεται ότι το άρθρο 142 του ν. 4782/2021 που καθορίζει τα χρονικά ορόσημα έναρξης ισχύος των άρθρων που τροποποιούν τον ν. 4412/2016, αναφέρει στην παράγραφο 2 ότι «[η] ισχύς των άρθρων 3, 6 κατά το μέρος που τροποποιεί τις παρ. 1 και 5 του άρθρου 38 του ν. 4412/2016, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 42, 49, 62, 65, 80, 81, 87, 88, 94, 99, 101, 108, εκτός της περ. α' της παρ. 11, 121 και 127 αρχίζει από τη δημοσίευση του παρόντος στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως», ήτοι από την **9.3.2021 και μετά**. Συνεπώς στον νέο ν. 4782/2021 δεν προσδιορίζεται εάν η νέα ρύθμιση του άρθρου 42 αυτού καταλαμβάνει και τις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες. 2. Συναφώς σε σχέση με το ζήτημα της εφαρμογής νέων ρυθμίσεων στον πεδίο των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων επί εκκρεμών διαγωνιστικών διαδικασιών έχει κριθεί ότι το γεγονός ότι ο νομοθέτης δεν όρισε ρητώς ότι η ανωτέρω διάταξη εφαρμόζεται και στους εν εξελίξει διαγωνισμούς - όπως το έκανε στην περίπτωση της παραγράφου 20 του ίδιου άρθρου 45Α, προκειμένου περί των προβλεπομένων στις διακηρύξεις διοικητικών προσφυγών - καθώς και το ότι άλλες διατάξεις του εν λόγω άρθρου εφαρμόζονται μόνο στους διαγωνισμούς που προκηρύσσονται μετά την έναρξη εφαρμογής του νόμου - όπως, κατά λογική αναγκαιότητα, αυτές περί της καταστρώσεως των διακηρύξεων - δεν συνιστούν επιχειρήματα υπέρ της μη εφαρμογής της διατάξεως της περ. ε' της παρ.17 και στους εν εξελίξει διαγωνισμούς, αφού θεμιτή επιδίωξη συνιστά, και γι' αυτούς, η μείωση των περιπτώσεων αποκλεισμού διαγωνιζομένων λόγω μεταβολών στην στελέχωση της ομάδας μελέτης, δεδομένης της μεγάλης διάρκειας των διαδικασιών των διαγωνισμών (όπως λ.χ. ο επίδικος, ο οποίος προκηρύχθηκε το έτος 2011). Τούτο, άλλωστε, δεν αντίκειται στην αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως, όπως κατοχυρώνονται στο εθνικό και το ενωσιακό δίκαιο, αφού αφορά, εξίσου, όλους

τους εκκρεμείς διαγωνισμούς και όλους τους διαγωνιζόμενους, δεν θέτει δε προσκόμματα αλλά, αντιθέτως, διευκολύνει τη συμμετοχή τους σ' αυτούς, καθώς και την ολοκλήρωση των διαγωνισμών. Άλλωστε, δεν προκύπτει ότι, υπό τα δεδομένα του συγκεκριμένου διαγωνισμού, η εφαρμογή της προαναφερθείσας διατάξεως θα ήταν ενδεχομένως αντίθετη στις ανωτέρω αρχές, υπό την έννοια ότι έχει χωρήσει αποκλεισμός, για τον ίδιο λόγο, άλλου συμμετέχοντος στον επίμαχο διαγωνισμό [...]» (ΣΤΕ 2029/2015, σκ. 5). Επομένως, η εν λόγω απόφαση του Δ' Τμήματος του ΣΤΕ προκρίνει τη δυνατότητα εφαρμογής της νεώτερης διάταξης και στους εν εξελίξει διαγωνισμούς, διότι εξυπηρετεί τη θεμιτή επιδίωξη να διευκολύνεται η συμμετοχή στους διαγωνισμούς, παρά το ότι ο νεώτερος νόμος δεν περιέχει ρητή πρόβλεψη ότι καταλαμβάνει και τις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες. Παράλληλα, στη σκέψη 13 της απόφασης του ΣΤΕ 1904/2020, του ιδίου Δ' Τμήματος, σε σχέση με την αντικατάσταση του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016 από το άρθρο 43 παρ. 12, περ. β' του ν. 4605/2019 εκκρεμούσης της εκεί επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας έκρινε ότι: «[ω]στόσο, η διάταξη αυτή δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω, δεδομένου ότι δεν περιέχεται ειδική ρύθμιση στον νόμο ότι η εν λόγω τροποποίηση καταλαμβάνει και εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες (πρβλ. Ε.Α. 129/2018), ρήτρα η οποία έχει τεθεί σε άλλες διατάξεις του ιδίου άρθρου που τροποποιούν διατάξεις του ν. 4412/2016 (βλ. παρ. 7 περ. αε', παρ. 46 περ. β' του άρθρου 43). Εξ άλλου, το πρώτο εδάφιο της αντικατασταθείσας, με τον ν. 4605/2019, παραγράφου 2 του άρθρου 103 εισάγει δυσμενέστερες ρυθμίσεις σχετικά με τη διαδικασία συμπλήρωσης των δικαιολογητικών από τον προσωρινό ανάδοχο σε σχέση με τις προγενέστερες, αφού περιορίζει τη δυνατότητα συμπλήρωσης δικαιολογητικών που δεν υπεβλήθησαν από υπαιτιότητα του προσωρινού αναδόχου, και συνεπώς δεν θα μπορούσε να εφαρμοσθεί, εφ' όσον τούτο δεν ορίζεται ρητώς, και σε ήδη εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, όπως η

προκείμενη (πρβλ. ΣτΕ 2029/2015, Ε.Α. 133/2019)». Επομένως, στην περίπτωση αυτή το Δ΄ Τμήμα του ΣτΕ έκρινε ότι η νεώτερη διάταξη δεν εφαρμόζεται σε εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες από τη στιγμή που κάτι τέτοιο δεν προβλέπεται ρητώς στην τροποποιητική διάταξη. Βέβαια, προκειμένου να καταλήξει στην εν λόγω κρίση, το ΣτΕ συνεκτίμησε ότι η νεώτερη διάταξη ήταν δυσμενέστερη για τους διαγωνιζόμενους, καθώς και ότι άλλες διατάξεις του ν. 4605/2019 ανέφεραν ρητώς ότι καταλαμβάνονται και οι εκκρεμείς διαδικασίες, ενώ το επίμαχο άρθρο 43 παρ. 12, περ. β΄ του ν. 4605/2019 δεν περιείχε τέτοια αναφορά. Από τη συνδυασμένη εφαρμογή αμφοτέρων των ως άνω αποφάσεων του ΣτΕ και λαμβάνοντας υπόψη ότι, στην προκείμενη περίπτωση, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως διαμορφώνεται δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν εισάγει δυσμενέστερες ρυθμίσεις, υπό την έννοια ότι δεν περιορίζει τη δυνατότητα συμμετοχής των διαγωνιζομένων (πρβλ. ΣτΕ 1094/2020), αλλά αντιθέτως παρέχεται μεγαλύτερη ευχέρεια και ευελιξία για την παροχή διευκρινίσεων και συμπληρώσεων επί ήδη υποβληθείσας προσφοράς, είναι πράγματι ευλόγως υποστηρίξιμο ότι στην επίμαχη εκκρεμή διαγωνιστική διαδικασία θα πρέπει να εφαρμοστεί το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 όπως αυτό διαμορφώθηκε μετά την 9.3.2021 κατόπιν της έκδοσης του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, καθώς δια της νέας ρυθμίσεως εξυπηρετείται η θεμιτή επιδίωξη να διευκολύνεται η συμμετοχή στους διαγωνισμούς, όπως αναφέρει και η ΣτΕ 2029/2015 (βλ. ομοίως ΣτΕ ΕΑ 133/2019 σκ. 11 και ΣτΕ ΕΑ 291/2019 σκ. 14). 3. Σύμφωνα, με το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021, που τροποποιεί το άρθρο 102 του ν. 4412/2016: «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.». Σύμφωνα, δε, με την αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021: «Με το άρθρο 42 τροποποιείται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. 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' ουσίαν 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. 3άρθρου 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 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' αναλογίαν και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα». **4. Περαιτέρω, κατά την πρόσφατη νομολογία των Διοικητικών Δικαστηρίων (ΔΕφΠατρών 58/2019) αλλά και της ΑΕΠΠ (βλ. ΑΕΠΠ 587/2020, σκ. 44) είναι δυνατή η εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 (διευκρινίσεις) στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016 (αξιολόγηση δικαιολογητικών κατακύρωσης) Συνεπώς, δοθέντος ότι με το νέο κανονιστικό περιεχόμενο του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 επιτρέπεται η υποβολή με τις διευκρινίσεις εγγράφων που ελλείπουν και μάλιστα, ως εν προκειμένω, εκ των επίμαχων εγγράφων βεβαιώνονται αντικειμενικώς εξακριβώσιμα γεγονότα, καθώς αποτελούν ασφαλιστικές ενημερότητες έργων οι οποίες βεβαιώνονται από την αρμόδια ασφαλιστική αρχή και δεν εξαρτώνται από τη δήλωση βουλήσεως του προσφέροντος, η αναθέτουσα αρχή σε κάθε περίπτωση θα όφειλε να μας καλέσει να τις υποβάλουμε με τις διευκρινίσεις κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Δ. Διότι σε κάθε περίπτωση, εφόσον κριθεί ότι θα έπρεπε να υποβληθούν οι επίμαχες ασφαλιστικές ενημερότητες σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τότε η έλλειψη αυτή δεν θα μπορούσε εν προκειμένω**

να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς μας, αλλά οφείλει η αναθέτουσα αρχή να μας καλέσει κατ' άρθρο 103 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε από το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, να τις συμπληρώσουμε - υποβάλλουμε. 1. Σύμφωνα με το άρθρο 103, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, και θα 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. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω

προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα του προηγούμενου εδαφίου και εντός της προθεσμίας της πρόσκλησης της παρ. 1. Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και όταν η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ'εφαρμογή του πρώτου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 79, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την

αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία μταιώνεται⁵. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παρ. 1 και τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, περί χρόνου συνδρομής όρων συμμετοχής και οφигενών μεταβολών, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, η διαδικασία μταιώνεται. 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών σύμφωνα με όσα

ορίζονται στην παρ. 2, και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παρ. 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. 7. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν, σύμφωνα με όσα ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης και στις διατάξεις του παρόντος». 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 τίθεται σε ισχύ από τις 1/06/2021, ο νομοθέτης επέλεξε να τροποποιήσει το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς περί της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης επί το ευμενέστερον, 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. 2. Αναφορικά με την εφαρμογή του νέου άρθρου 103 του ν. 4412/2016 στις εν εξελίξει διαγωνιστικές διαδικασίες, ως αναλύθηκε και παραπάνω με αφορμή το νέο άρθρο 102, κρίνεται παγίως ότι τούτο εφαρμόζεται και στις εν εξελίξει διαγωνιστικές διαδικασίες, ανεξάρτητα του ότι τούτο δεν προβλέπεται ρητώς από τις οικείες νομοθετικές διατάξεις (ΣτΕ 2029/2015, ΔΕφΑθ 515/2015, ΔΕφΑθ 1064/2017, ΣτΕ 2029/2015, ΣτΕ ΕΑ 133/2019 σκ. 11, 291/2019 σκ. 14). Ειδικότερα, η νομολογία του ανώτατου δικαστηρίου κρίνει ότι κρίσιμο εν προκειμένω κριτήριο για την εφαρμογή της νέας διάταξης στις εν εξελίξει διαγωνιστικές διαδικασίες είναι εάν αυτή θέτει κανόνα επί το ευμενέστερον για τους διαγωνιζόμενους σε σχέση με το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς ή επί το δυσμενέστερο. Εάν θέτει κανόνα επί το ευμενέστερο τότε η διάταξη εφαρμόζεται και στις εν εξελίξει διαγωνιστικές διαδικασίες (ΣτΕ 2029/2015, ΣτΕ ΕΑ 133/2019 σκ. 11, 291/2019 σκ. 14), ενώ αντίθετα εάν θέτει κανόνα επί το δυσμενέστερον δεν εφαρμόζεται στις εν εξελίξει διαγωνιστικές διαδικασίες (ΣτΕ ΕΑ 240/2019 και 241/2019 σκ.

12) 3. Περαιτέρω, κρίσιμος είναι ο χρόνος που θα πρέπει να λαμβάνει χώρα η έναρξη της νέας ευμενέστερης νομοθετικής διάταξης, σε σχέση με την εν εξελίξει διαγωνιστική διαδικασία, προκειμένου να κριθεί εάν αυτή θα εφαρμοστεί ή όχι. Επί τούτου, δε, έχει κρίνει, ήδη το ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο, ότι για την εφαρμογή της νέας νομοθετικής διάταξης δεν απαιτείται αυτή να έχει τεθεί σε ισχύ όταν η επιτροπή του διαγωνισμού εισηγείται και η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει (δια της έγκρισης ή απόρριψης του Πρακτικού της Επιτροπής) επί του ζητήματος που άπτεται η νέα νομοθετική επί το ευμενέστερον πρόβλεψη, αλλά σε κάθε περίπτωση εάν η επίμαχη διάταξη έχει τεθεί σε ισχύ κατά το χρόνο έκδοσης της απόφασης της ΑΕΠΠ, 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). Ειδικότερα 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' όψιν 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, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση για την βεβαίωση της ακριβείας τους». Επίσης έχει κριθεί με την ΣτΕ ΕΑ 291/2019 σκ. 14 και 15 ότι: «Περαιτέρω, εξάλλου, πιθανολογείται σοβαρά ότι, εφόσον οι εν λόγω ρυθμίσεις καταλαμβάνουν και εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, είναι ληπτές υπ' όψιν και από την Α.Ε.Π.Π., όταν η ΑΕΠΠ 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 ακριβείας τους, όπως συνέβη εν προκειμένω». 4. Σύμφωνα με το άρθρο 365 «Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής» παρ. 4 του ν. 4412/2016: «4. Με πράξη του προεδρεύοντος του κλιμακίου ορίζεται η ημέρα και η ώρα εξέτασης της προσφυγής, η οποία δεν μπορεί να απέχει περισσότερο από σαράντα (40) ημέρες από την ημερομηνία κατάθεσης της προσφυγής. Η πράξη αυτή κοινοποιείται το αργότερο δέκα (10) ημέρες πριν από την εξέταση της προσφυγής στον προσφεύγοντα, στην αναθέτουσα αρχή κατά της οποίας ασκείται η προσφυγή και σε εκείνους οι οποίοι έχουν ασκήσει παρέμβαση.».

Σύμφωνα με το άρθρο 367 «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΠΠ» παρ. 1 του ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής». Από τα ανωτέρω άρθρα προκύπτει ότι από την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής στην ΑΕΠΠ, η ημερομηνία εξέτασής της θα πρέπει να ορισθεί εντός σαράντα (40) ημερών από την κατάθεσή της και η απόφαση επί αυτής θα πρέπει να εκδοθεί εντός είκοσι (20) ημερών από την εξέτασή της. Συνεπώς η απόφαση της ΑΕΠΠ εκδίδεται εντός 60 ημερών από την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής. Εν προκειμένω, δοθέντος ότι η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε στις 05/05/2021 και λαμβάνοντας υπόψη περαιτέρω τις προθεσμίες που προβλέπει ο ν. 4412/2016 για υποβολή απόψεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παρέμβασης και υπομνημάτων πριν την εξέτασή της, είναι βέβαιο ότι η απόφασή σας θα εκδοθεί εντός του Ιουλίου 2021. Συνεπώς κατά την έκδοση της απόφασης Σας θα έχει τεθεί σε ισχύ η νέα διάταξη του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 (1/6/2021), την οποία θα πρέπει να εφαρμόσετε, λογίζοντάς την ως το νομοθετικό πλαίσιο που διέπει την υπόψη διαγωνιστική διαδικασία, και ως εκ τούτου, σε περίπτωση που κρίνετε ότι θα έπρεπε να υποβληθούν οι επίμαχες ασφαλιστικές ενημερότητες με ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, θα πρέπει να δεχθείτε ότι η αναθέτουσα αρχή δεν όφειλε να απορρίψει την προσφορά μας, αλλά να μας καλέσει να τις συμπληρώσουμε εντός προθεσμίας 10 ημερών κατά τη ρητή επιταγή του νέου άρθρου 103 του ν. 4412/2016. Ε. Διότι σε κάθε περίπτωση, κατά την έκδοση της απόφασής σας θα έχει τεθεί σε

ισχύ το άρθρο 104 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε με το άρθρο 44 του ν. 4782/2021, που ισχύει από τις 1/6/2021 κατά τη ρητή πρόβλεψη της παρ. 3 του άρθρου 142 του ν. 4782/2021, και σύμφωνα με το οποίο το δικαίωμα συμμετοχής καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς ΜΟΝΟ με την υποβολή του ΕΕΕΣ, και ως εκ τούτου δεν απαιτείται εν προκειμένω να υποβληθούν ασφαλιστικές ενημερότητες έργων σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ως δικαιολογητικά κατακύρωσης. 1. Σύμφωνα με τα ανωτέρω (προς αποφυγή επαναλήψεων), δοθέντος ότι η απόφασή σας μετά βεβαιότητας θα εκδοθεί μετά την 1/6/2021, το νέο κανονιστικό περιεχόμενο του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε με το άρθρο 44 του ν. 4782/2021, εφαρμόζεται στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Σύμφωνα, λοιπόν, με το άρθρο 104 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 44 του ν. 4782/2021: «Άρθρο 104 Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής - Οψιγενείς μεταβολές 1. 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. 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά. 3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής κατά την παρ. 2, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση

συμμετοχής του. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72, περί εγγυήσεων.» Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του νόμου επί του άρθρου αυτού: «Με το άρθρο 44 τροποποιείται το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 ως προς τις μεταβολές που επέρχονται στο πρόσωπο του προσφέροντος οικονομικού φορέα μετά την υποβολή της προσφοράς του και μέχρι την ανάθεση της σύμβασης. Ειδικότερα προβλέπεται, καταρχάς, ότι οι προϋποθέσεις και οι απαιτήσεις συμμετοχής κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, μόνο με την υποβολή του ΕΕΕΣ, ήτοι χωρίς να απαιτείται πλέον η υποβολή άλλων αποδεικτικών μέσων για το χρονικό εκείνο σημείο, ενώ, σε περίπτωση που ο υποψήφιος ανάδοχος δηλώσει αμελλητί στην αναθέτουσα αρχή μεταγενέστερες μεταβολές στο πρόσωπό του, δεν καταπίπτει η εγγύηση συμμετοχής σε βάρος του. Με τις προτεινόμενες διατάξεις μειώνεται το διοικητικό βάρος για τους οικονομικούς φορείς κατά τη φάση υποβολής των προσφορών και αποφεύγεται η επιβολή κυρώσεων σε συνεπείς οικονομικούς φορείς που εγκαίρως ενημερώνουν την αναθέτουσα αρχή για μεταβολές που έχουν επέλθει στο πρόσωπό τους». Ως εκ τούτου και εν προκειμένω, η απόδειξη της ασφαλιστικής ενημερότητας των επίμαχων έργων κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς μας έχει τελεστεί εκ των οικείων δηλώσεων στο ΕΕΕΣ μας, το οποίο υποβλήθηκε ως δικαιολογητικό συμμετοχής και δεν αμφισβητήθηκε, αρκεί δε μόνο αυτό προς απόδειξη των δηλουμένων κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς σύμφωνα με τη ρητή πρόβλεψη του νόμου και την αιτιολογική έκθεση αυτού. **Συνεπώς, δεν απαιτείται κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης να υποβληθούν ασφαλιστικές ενημερότητες για τα επίμαχα έργα εν ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, δοθέντος ότι προς απόδειξη αυτής αρκεί πλέον κατ' άρθρο**

104 του ν. 4412/2016 το υποβαλλόμενο ως δικαιολογητικό συμμετοχής ΕΕΕΣ.

13. Επειδή ο προσφεύγων με το από **08.06.2021** Υπόμνημα του ισχυρίζεται ότι «...2. Η παρεμβαίνουσα εταιρία με την παρέμβασή της συνομολογεί στην σελίδα 6 ότι, αν και διέθετε, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν υπέβαλε ασφαλιστική ενημερότητα για το «Αντιπλημμυρική θωράκιση χειμάρρων για την προστασία των υποδομών περιοχής ..., Υποέργο 1 Αντιπλημμυρική θωράκιση χειμάρρων για την προστασία των υποδομών περιοχής ...». Ισχυρίζεται δε ότι δεν την υπέβαλε γιατί δεν προέκυπτε τέτοια υποχρέωση από τους όρους της διακήρυξης. Ο ισχυρισμός αυτός της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Ειδικότερα: Το άρθρο 104 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ.3 του άρθρου 105.» Περαιτέρω το άρθρο 23.2 της διακήρυξης ορίζει ότι: «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας.» Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ως προς τον χρόνο ισχύος των αναγκαίων δικαιολογητικών το άρθ. 104 του ν. 4412/2016, αλλά και ο όρος 23.2 της διακήρυξης ορίζουν ότι το δικαίωμα συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα στη διαδικασία κρίνεται σωρευτικώς σε τρία χρονικά σημεία, ήτοι στο χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς του, κατά το χρονικό σημείο υποβολής των

δικαιολογητικών προς οριστική κατακύρωση και κατά τη σύναψη της σύμβασης (βλ. ΣτΕ ΕΑ 23/2020, ΔΕφΧαν 38/2019, ΑΕΠΠ 500/2020). Προκειμένου, λοιπόν, ο οικονομικός φορέας να συμμετάσχει νομίμως στον εν λόγω δημόσιο διαγωνισμό και συγκεκριμένα να αποδείξει τη μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του όρου 22.Α.2 της διακήρυξης (αθέτηση των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης), θα πρέπει να αποδείξει ότι είναι φορολογικά και ασφαλιστικά ενήμερος τόσο κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού όσο και κατά τον χρόνο κατακύρωσης αυτού (βλ. ΔΕφΧαν 38/2019, προβλ. ΣτΕ ΕΑ 17/2018, 249/2018). Εν προκειμένω η παρεμβαίνουσα συνομολογεί ότι δεν υπέβαλε ασφαλιστική ενημερότητα για το ανωτέρω αναφερόμενο έργο που να καλύπτει το χρόνο υποβολής των προσφορών. Δεδομένου ότι συνομολογούνται τα ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του προσωρινού αναδόχου όσα δε περί του αντιθέτου αναφέρει η παρεμβαίνουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. 3. Η παρεμβαίνουσα επικαλούμενη το άρθρο 80§12 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 43§7 περ. αδ' του Ν. 4605/2019, ισχυρίζεται ότι οι φορολογικές και ασφαλιστικές ενημερότητες θα πρέπει για το παραδεκτό της προσφοράς να είναι σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών. - 6 - Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και για την απόρριψή του επικαλούμεθα την υπ' αριθμ. 74/2020 *ad hoc* απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης που επικύρωσε την υπ' αριθμ. 500/2020 απόφαση της αρχής Σας και δέχθηκε κατά λέξη για το συγκεκριμένο λόγο τα εξής: «Επειδή, κατά την πιθανολογούμενη έννοια των προεκτιθέμενων διατάξεων του ν. 4412/2016 και της ένδικης διακήρυξης, η ασφαλιστική ενημερότητα που υποβάλλεται ως δικαιολογητικό κατακύρωσης

απαιτείται να καταλαμβάνει και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ώστε να αποδεικνύεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος ήταν ασφαλιστικά ενήμερος και κατά τον εν λόγω χρόνο. Αντίθετη εκδοχή δεν φαίνεται να μπορεί να στηριχθεί στις διατάξεις της παρ. 12 του άρθρου 80 του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι οι διατάξεις αυτές ρυθμίζουν τον χρόνο έκδοσης ή σύνταξης των αναφερόμενων σε αυτές αποδεικτικών μέσων και όχι το περιεχόμενο αυτών, ήτοι το προς απόδειξη γεγονός. Περαιτέρω, ερμηνευτική εκδοχή κατά την οποία ασφαλιστική ενημερότητα εν ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της, η οποία, ωστόσο δεν καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, θεωρείται νόμιμο και επαρκές αποδεικτικό μέσο κατ' εφαρμογή του τελευταίου εδαφίου της παρ. 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 και της όμοιας διάταξης του τελευταίου εδαφίου της περ. 22.Α.2 της παρ. 22.Α του άρθρου 22 της ένδικης διακήρυξης πιθανολογείται σοβαρά ως μη ορθή. Και τούτο, διότι οι προαναφερόμενες όμοιες διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 και της περ. 22.Α.2 της παρ. 22.Α. του άρθρου 22 της ένδικης διακήρυξης (κατά τις οποίες η αθέτηση υποχρεώσεων που αφορούν στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν στοιχειοθετεί λόγο αποκλεισμού όταν ο οικονομικός φορέας εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων, είτε έχοντας υπαχθεί σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους), αν και φαίνεται να συνδέονται με την ουσιαστική κρίση περί συνδρομής ή μη του σχετικού λόγου αποκλεισμού (πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 117/2019), δεν φαίνεται, πάντως, να εισάγουν εξαίρεση στον γενικό κανόνα του άρθρου 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ούτε φαίνεται να εγκαθιδρύουν λόγο απαλλαγής των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας το οποίο θα καλύπτει και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους, ενόψει της ρητής πρόβλεψης της

υποχρέωσης προσκόμισης τέτοιου πιστοποιητικού και της παραπομπής στις διατάξεις του προαναφερόμενου άρθρου 104 του ν. 4412/2016 στις συνδυασμένες υποσημειώσεις της διακήρυξης. Εξάλλου, ούτε το ΕΕΕΣ, το οποίο επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το έχει υποβάλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται από τη διακήρυξη και ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι κατά περίπτωση προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού, αναιρεί την υποχρέωση προσκόμισης των απαιτούμενων από τη διακήρυξη δικαιολογητικών και αποδεικτικών εγγράφων, η οποία εξακολουθεί να υφίσταται και απλώς μετατίθεται χρονικά στο στάδιο μετά την ανακήρυξη του προσωρινού αναδόχου (ΕπΑνΣτΕ 204/2019, 114-115/2019). Ενόψει αυτών και λαμβανομένης, περαιτέρω, υπόψη και της αρχής της τυπικότητας που διέπει τον ένδικο διαγωνισμό, πιθανολογείται ότι συνέτρεχε ο επίμαχος λόγος απόρριψης της προσφοράς της αιτούσας, καθώς αυτή, όπως και η ίδια συνομολογεί, μεταξύ των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν περιέλαβε ασφαλιστική ενημερότητα για το έργο «.....» η οποία να αποδεικνύει ότι ήταν ασφαλιστικά ενήμερη για τον εν λόγω έργο και κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της.» Εν όψει των ανωτέρω ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι αρκεί για το παραδεκτό της προσφοράς η υποβολή ασφαλιστικής ενημερότητας έργου σε ισχύ μόνο κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. 4. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του Ν. 4782/2016 και ισχύει, το οποίο επιτρέπει πλέον την υποβολή με τις διευκρινήσεις εγγράφων που δεν υποβλήθηκαν με την προσφορά. - 8 - Ο λόγος αυτός της προσφυγής είναι απορριπτέος. Ειδικότερα: Το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 που επιτρέπει τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση υποβληθέντων

δικαιολογητικών ακόμη και μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021 εφαρμόζεται μόνο κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής των διαγωνιζομένων έως και το σημείο ανάδειξης του προσωρινού αναδόχου, και όχι κατά το στάδιο αξιολόγησης και ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου στο οποίο εφαρμόζεται μόνο το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 (ΑΕΠΠ 620/2020) που δεν επιτρέπει την πρόσκληση του προσωρινού αναδόχου να συμπληρώσει ή διευκρινίσει δικαιολογητικά που υπέβαλε. Η άνω 620/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ στη σκέψη 40 δέχθηκε κατά λέξη τα εξής: «Όπως όμως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, η δυνατότητα παροχής διευκρινίσεων δια των σχετικών διατάξεων αφορά μόνον το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, κατά δε τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης τυγχάνουν εφαρμογής το άρθρο 103 του ν. 4412/2016 και ο αντίστοιχος όρος 4.2 της διακήρυξης, βάσει των οποίων η ελλιπής υποβολή των απαιτούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης συνεπάγεται τον αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου. Ως εκ τούτου, κατά παράβαση των σχετικών διατάξεων η αναθέτουσα αρχή προσκάλεσε τον προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά κατακύρωσης και ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.» Συνεπώς ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι εν προκειμένω τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 είναι προδήλως εσφαλμένος δεδομένου ότι έχει περαιωθεί το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος. 5. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται επικουρικώς ότι έπρεπε να κληθεί κατ' άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 ως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021 να υποβάλει με τις διευκρινήσεις έγγραφα που παρέλειψε να υποβάλλει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Και ο λόγος αυτός της προσφυγής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Ειδικότερα: Το άρθρο 103§1,4 και 5 του Ν. 4412/2016 ως ίσχυε κατά

το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης και διέπει τον επίμαχο διαγωνισμό όριζε τα εξής: «1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, "εντός 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 τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (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 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης

..... 4. 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. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και

74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, «απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου» και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και το άρθρο 75 η διαδικασία ματαιώνεται.» Η ρύθμιση του άρθρου 4.2 της διακήρυξης καθώς και η αντίστοιχη του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 ως τροποποιήθηκε με το Ν. 4605/2019 και διέπει τον επίμαχο διαγωνισμό λόγω του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης εναρμονίζονται με την υποχρέωση διαφάνειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, καθόσον δια μέσου της διακήρυξης οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό έχουν λάβει έγκαιρα γνώση ότι σε περίπτωση μη προσκόμισης των ανωτέρω απαιτούμενων δικαιολογητικών κατά την κατακύρωση η Αναθέτουσα δεν έχει την υποχρέωση να τους καλέσει να τα συμπληρώσουν, η εν λόγω δε έλλειψη συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς τους, κατά το άρθρο 4.2.γ της διακήρυξης (βλ. σχετικά και Αιτιολογική Έκθεση του ν.4605/2019)». Ο προσωρινός ανάδοχος όφειλε να καταθέσει με το φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σε ισχύ ευρισκόμενα δικαιολογητικά και βεβαιώσεις που να αποδεικνύουν ότι στο πρόσωπό του δεν συνέτρεχαν λόγοι αποκλεισμού και ότι πληρούσε τα κριτήρια επιλογής και κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, το οποίο και δεν έπραξε, χωρίς

να - 11 - υφίσταται ουδεμία υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καλέσει αυτόν σε συμπλήρωση των οικείων δικαιολογητικών, καθόσον δεν προκύπτει ότι ο προσωρινός ανάδοχος είχε αιτηθεί εγκαίρως την έκδοση των μνημονευόμενων δικαιολογητικών, υποβάλλοντας παράλληλα προς την αναθέτουσα αρχή εντός της οριζόμενης προθεσμίας, σχετικώς αποδειχθέν αίτημα παράτασης προθεσμίας υποβολής τους, ως απαιτούν οι ρητές διατάξεις του άρθρου 4.2.γ της διακήρυξης. Περαιτέρω απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι στον επίμαχο διαγωνισμό η διακήρυξη του οποίου δημοσιεύθηκε πριν την 9.3.2021 τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021 που τροποποίησε το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016. Κατ' αρχήν θα πρέπει να επισημάνουμε ότι η ισχύς του άρθρου 43 του Ν. 4782/2021 αρχίζει από 1.6.2021, ήτοι μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης και την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και καταλαμβάνει διαγωνιστικές διαδικασίες οι διακηρύξεις των οποίων δημοσιεύονται μετά την 1.6.2021 και δεν δύναται να εφαρμοσθεί σε εκκρεμείς διαγωνισμούς. Ήδη η ΑΕΠΠ με σχετικές αποφάσεις της έχει κάνει δεκτό ότι το δίκαιο που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία είναι το δίκαιο που ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης. Συγκεκριμένα με την υπ' αριθμ. 998/2021 απόφαση έγινε δεκτό ότι: «40. Επειδή, αλυσιτελώς προβάλλονται ισχυρισμοί περί δυνητικής συμπλήρωσης του εγγράφου από την παρεμβαίνουσα, καθώς κρίσιμος χρόνος για την «αποκρυστάλλωση» του θεσμικού πλαισίου του διαγωνισμού είναι ο χρόνος δημοσίευσης της διακήρυξης (πρβλ. ΣτΕ 129/2019), το περιεχόμενο της οποίας ούτως ή άλλως κατισχύει κάθε διάταξης ως ειδικότερο, ενώ υπό αυτή την έννοια η υποβολή το πρώτον μετά από αίτημα της αναθέτουσας αρχής στοιχείου τεκμηρίωσης του επίμαχου κριτηρίου συνιστά ανεπίτρεπτη τροποποίηση της οικείας προσφοράς (βλ. Δ.Εφ. Χανίων 13/2019 σκ. 14, βλ. Δεφ Χαν 10/2019, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 30/2019, ΑΕΠΠ 702/2019, 668/2019, - 12 - 242/2019, 36/2019, Ε.

Παυλίδου, «οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως του ΣΤΕ», ΕΔΔ, 2 2015, σελ. 249).» Ενώ με την υπ' αριθμ. 891/2021 απόφαση κρίθηκε ότι: «Τούτο, πέραν του ότι αβασίμως πάντως ο προσφεύγων επικαλείται τη νέα διάταξη του άρ. 102 Ν. 4412/2016, όπως αυτό αντικαταστάθηκε με τον Ν. 4782/2021 και τούτο διότι ουδόλως προβλέπεται ότι καταλαμβάνει εκκρεμείς διαδικασίες (δεδομένου ότι η διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και άρα, κατά το πλήρες περιεχόμενο της, πριν την 9-3-2021, όταν δημοσιεύθηκε στην ΕτΚ ο Ν. 4782/2021) ούτε αυτοβούλως και άνευ τέτοιας νομοθετικής πρόβλεψης είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι εφαρμόζεται και επί τέτοιων εκκρεμών διαδικασιών, αφού η τυχόν εφαρμογή του σε αυτές θα αλλοίωνε την ίση μεταχείριση και τη διαφάνεια της διαδικασίας, εξαρτώντας άλλωστε την εφαρμογή κρίσιμης διάταξης περί παραδεκτού προσφοράς με βάση όλως συμπτωματικές και αναγόμενες στη σφαίρα απόλυτης ευχέρειας της αναθέτουσας συνθήκες, όπως άλλωστε αποτελεί ο χρόνος έκδοσης ή κοινοποίησης της προσβαλλομένης πράξης, στοιχεία των οποίων ο χρόνος είναι αδιάφορος για την έναρξη ισχύος του νέου άρ. 102 Ν. 4412/2016 (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 568-570/2021).» Τα ανωτέρω άλλωστε γίνονται δεκτά και από την ΕΑΑΔΗΣΥ που στο με αρ. πρωτ. 2339/16.4.2021 έγγραφο της με θέμα «Διευκρινήσεις ως προς επί μέρους διατάξεις του Ν. 4782/2021» ορίζει ότι: «Εν προκειμένω, επισημαίνεται, όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία τόσο του Δικαστηρίου της Ε.Ε. όσο και των εθνικών Δικαστηρίων, ότι το εφαρμοστέο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης είναι εκείνο που ισχύει κατά τον χρόνο δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης. Από την εν λόγω, νομολογιακά διαμορφωθείσα, γενική αρχή, προκύπτει ότι τυχόν νομοθετικές ή κανονιστικές μεταβολές που εμφιλοχωρούν, ενώ ήδη εξελίσσονται διαδικασίες ανάθεσης, δεν επηρεάζουν τις διαδικασίες αυτές, εκτός και αν έχουν, ρητώς, αναδρομική ισχύ. Εν όψει των ανωτέρω ο ισχυρισμός της

προσφεύγουσας ότι εν προκειμένω τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 43 του Ν. 4782/2016 είναι απορριπτέος. Επειδή η παρούσα είναι νόμιμη, βάσιμη και αληθινή.».

14. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

15. Επειδή, οι διατάξεις της διακήρυξης, οι οποίες διέπουν τον διαγωνισμό, περιέχουν ειδικές ρυθμίσεις που είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέες και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης (βλ. ΣτΕ 1502/2003, ΣτΕ ΕΑ 16/2005, 977/2004, ΔΕφΑθ 2277/2014, ΔΕφΑθ αναστ. 895/2012) ως ειδικότερες και αφορώσες το συγκεκριμένο διαγωνισμό (ΣτΕ 2137/2012). Άλλωστε, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους των υποψηφίων παρεμπόμπουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, ανεξαρτήτως αν οι όροι αυτοί αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου ή σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις.

16. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25

και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

17. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

18. Επειδή, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να

αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Επομένως, κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 41, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 37). Ωστόσο, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51). Ειδικότερα, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και

μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 102 παρ. 3 και του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι, η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ρητά ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Περαιτέρω κρίσιμο κριτήριο για την κρίση περί του συγγνωστού, άρα και συμπληρώσιμου/διορθώσιμου ενός σφάλματος/έλλειψης αποτελεί η τυχόν ασάφεια των οικείων όρων της διακήρυξης όπου σε αυτές τις περιπτώσεις δεν δύναται να οδηγήσει στον κλονισμό των αρχών της διαφάνειας και της αμεροληψίας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων κατ' άρθρο 18 του νόμου 4412/2016, τουναντίον εξυπηρετεί νομίμως το δημόσιο συμφέρον χάριν ανάπτυξης και διατήρησης του ανταγωνισμού. Θα πρέπει δε να σημειωθεί ότι το άρθρο 102 εισήχθη στο ν.4412/2016, κατά τα ρητώς οριζόμενα στην αιτιολογική έκθεση που τον συνοδεύει, προκειμένου «να εξυπηρετηθεί η διάσωση προσφορών οι οποίες πάσχουν από πρόδηλα σφάλματα», ώστε να εξυπηρετηθεί νομίμως το δημόσιο συμφέρον χάριν ανάπτυξης και διατήρησης του ανταγωνισμού (Βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 540/2021 του 7^{ου} κλιμακίου Εισ. Χ. Ζαράρη). Το δε άρθρο 42 του ν. 4782/2021 με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 102 ν. 4412/2016, δεν προβλέπει ρητά εφαρμογή σε εκκρεμείς διαδικασίες (ΕΑ 237/2021 σκ. 17)..

19. Επειδή, εφαρμοστέοι είναι οι όροι της διακήρυξης όπως τους επικαλούνται τα μέρη και αναλυτικά αναφέρθηκαν στην παρούσα.

20. Επειδή ο **προσφεύγων** ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του ήδη παρεμβαίνοντος καθόσον παρέλειψε να καταθέσει ασφαλιστικές ενημερότητες των έργων που εκτελεί που να καλύπτουν το χρόνο υποβολής των προσφορών και συγκεκριμένα για τα έργα «Αντιπλημμυρική θωράκιση χειμάρρων για την προστασία των υποδομών περιοχών ...», «Τσιμεντόστρωση δρόμων εντός του οικισμού της Κοινότητας ...» και «κοπή κλαδιών – αποψίλωση οδικού δικτύου Π.Ε. ... Περιοχής ...» (βλ. σκ. 10 της παρούσας) .

Η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της συνομολογεί τα πραγματικά περιστατικά και αποδέχεται τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος (βλ. σκ. 11 της παρούσας).

Ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι δεν προκύπτει από τη διακήρυξη υποχρέωση προς προσκόμιση των επίμαχων εγγράφων εξάλλου για τα 2 πρώτα ως άνω έργα η απογραφή του έργου και άρα η υποχρέωση και δυνατότητα για έκδοση ασφαλιστικής ενημερότητας έλαβε χώρα σε μεταγενέστερο χρόνο αυτού της υποβολής της προσφοράς του, για το δε τρίτο έργο διαθέτει ασφαλιστική ενημερότητα την οποία και δεν κατέθεσε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, επικαλούμενος ότι δεν προκύπτει τοιαύτη υποχρέωση από τα έγγραφα της σύμβασης, αλλά και ότι είναι ασαφής ως προς την επίμαχη προσκόμιση, καταθέτει δε σχετική ασφαλιστική ενημερότητα το πρώτον ενώπιον της ΑΕΠΠ. Επικαλείται επίσης, ότι εν προκειμένω θα πρέπει να εφαρμοστεί το άρθρο 42 ν. 4782/2021 που τροποποίησε το αρ. 102 ν. 4412/2016, ομοίως επικαλείται σχετική νομολογία της Επιτροπής Αναστολής

επί της προγενέστερης τροποποίησης του ν. 4412/2016 με το ν. 4605/2019 και προβάλλει ισχυρισμούς αναφορικά με το ότι σε περίπτωση που το νέο καθεστώς είναι ευμενέστερο τότε ακόμη και εάν δεν προβλέπεται ρητά η αναδρομική εφαρμογή του, δύναται νομίμως να εφαρμοστεί αλλά και ότι κρίσιμος χρόνος σε αυτές τις περιπτώσεις είναι ο χρόνος εκδόσεως της αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π.

Ο προσφεύγων με το οικείο Υπόμνημα του ισχυρίζεται ότι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι αβάσιμοι και υπεραμύνεται επί της μη αναδρομικής εφαρμογής των διατάξεων του ν. 4782/2021 σε εκκρεμείς διαδικασίες επικαλούμενος και *ad hoc* έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ, σε συνέχεια δημοσίευσης του ως άνω νόμου.

21. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 23.2 της διακήρυξης, προκύπτει ότι το δικαίωμα καθώς και οι προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται σε διακριτά στάδια, ήτοι κατά την υποβολή των προσφορών, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όπου απαιτείται και κατά τη σύναψη της σύμβασης. Εξάλλου, «...από τις προπαρατεθείσες διατάξεις της διακήρυξης, ερμηνευόμενες ενόψει των διατάξεων του ν. 4412/2016 και του συστήματος ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και κατακύρωσης που θεσπίζεται, συνάγεται ότι κατά το στάδιο της κατακύρωσης υποβάλλονται από τον προσωρινό ανάδοχο, μεταξύ άλλων, πιστοποιητικά ότι είναι φορολογικά και ασφαλιστικά ενήμερος σε δύο χρόνους, της υποβολής της προσφοράς και της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Τούτο, σε αντιδιαστολή προς το στάδιο της υποβολής της προσφοράς, κατά το οποίο οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ε.Ε.Ε.Σ., το οποίο παρέχει προκαταρκτική απόδειξη των αναφερομένων εγγράφων και

δικαιολογητικών σχετικά με τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τα κριτήρια επιλογής (πρβλ. Δεφ ΠΕιρ. Ν193/2019 σκ.8, ΕΑ ΣΤΕ 27/2018 σκ. 8, 99/2018, σκ. 9)». «Ερμηνευτική εκδοχή κατά την οποία ασφαλιστική ενημερότητα εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής αυτής, που, ωστόσο, δεν καλύπτει το χρόνο υποβολής της προσφοράς, θεωρείται σύμφωνα με τη διακήρυξη νόμιμο και επαρκές αποδεικτικό μέσο, δεν τυγχάνει ορθή. Και τούτο, διότι ο σχετικός όρος της ένδικης διακήρυξης, ο οποίος επιβάλλει, για την απόδειξη της μη συνδρομής του σχετικού λόγου αποκλεισμού, την προσκόμιση αντίστοιχου πιστοποιητικού που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις μήνες πριν από την υποβολή του, φαίνεται να ρυθμίζει το χρόνο έκδοσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης στα οποία ο όρος αυτός αναφέρεται και όχι το περιεχόμενο των δικαιολογητικών αυτών, ήτοι το αποδεικτέο γεγονός και δεν φαίνεται να εισάγει εξαίρεση στον γενικό κανόνα του άρθρου 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016 που αποτυπώνεται στον όρο 23.2 της διακήρυξης ούτε φαίνεται να εγκαθιδρύει λόγο απαλλαγής των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης δικαιολογητικών κατακύρωσης κατά τον κανόνα αυτόν (βλ. Δ.Εφ.Θεσ/κης 104/2020, 175/2020).

Εν προκειμένω, ουδόλως ορίζεται στο ν. 4412/2016 αρ.79, ότι το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ αποτελεί απόδειξη των δηλούμενων εκ μέρους του εκάστοτε συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, αλλά ρητά προβλέπεται ότι αποτελεί ΠΡΟΑΠΟΔΕΙΞΗ, η δε απόδειξη δηλωθέντων στοιχείων που συνέτρεχαν κατά το χρόνο υποβολής προσφοράς, από ουδεμία διάταξη διέπυσε την επίμαχη διαδικασία, προκύπτει ή δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι καταλύεται και λαμβάνει χώρα εκ του περισσού, ούτε βέβαια, επακολούθως, είναι αδιάφορη η απόδειξη της ασφαλιστικής ενημερότητας του εκάστοτε προσφέροντος κατά το χρόνο

υποβολής της προσφοράς του, απορριπτόμενων των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος ότι «δεν απαιτείται κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης να υποβληθούν ασφαλιστικές ενημερότητες για τα επίμαχα έργα εν ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, δοθέντος ότι προς απόδειξη αυτής αρκεί πλέον κατ' άρθρο 104 του ν. 4412/2016 το υποβαλλόμενο ως δικαιολογητικό συμμετοχής ΕΕΕΣ». Σε αντίθετη περίπτωση η διάταξη του άρ. 23.2 της διακήρυξης (εννοιολογικά ταυτόσημη με του άρθρου 104 παρ.1) περί ελέγχου συνδρομής -εν προκειμένω- των λόγων αποκλεισμού και κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς, **θα απέμενε κενή περιεχομένου, ως και οι διατάξεις περί οψιγενών μεταβολών.**

Ειδικότερα, σύμφωνα με τους όρους 22 Α.2 και 23.3 (β) της διακήρυξης, ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει ως δικαιολογητικό κατακύρωσης κατ' άρθρο 4.2 προς απόδειξη ότι δεν συντρέχει ως προς το πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού σχετικά με την αθέτηση υποχρεώσεων αναφορικά με την καταβολή ασφαλιστικών εισφορών, μεταξύ άλλων, και ασφαλιστική ενημερότητα των έργων που εκτελεί. Επομένως, εκ των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει εναργώς ότι κατά κανόνα ο εκάστοτε προσωρινός ανάδοχος οφείλει να υποβάλει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ασφαλιστική ενημερότητα που να καλύπτει και την ημερομηνία υποβολής προσφορών, απορριπτόμενων και των οικείων ισχυρισμών του περί ασάφειας της οικείας υποχρέωσης.

22. Επειδή, αναφορικά με τις ασφαλιστικές ενημερότητες των έργων, «Τσιμεντόστρωση δρόμων εντός του οικισμού της Κοινότητας ...» και «κοπή κλαδιών – αποψίλωση οδικού δικτύου Π.Ε. ... Περιοχής ...» λεκτέα είναι τα εξής: Επειδή, η προθεσμία απογραφής ενός έργου στον ΕΦΚΑ, δύναται να διενεργηθεί και την επομένη της υπογραφής της σχετικής σύμβασης, ήτοι από

την 5.12.2020 και 10.12.2021 αντίστοιχα δοθέντος ότι σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου οι οικείες συμβάσεις υπογράφηκαν στις 05.12.2020 και 09.12.2020. Επομένως, μέχρι και την υποβολή της προσφοράς του ο ήδη παρεμβαίνων (14.12.2020) εδύνατο να προβεί στην απογραφή τους στον κατά τόπο αρμόδιο ΕΦΚΑ και να λάβει την έκδοση σχετικής ασφαλιστικής ενημερότητας, προκειμένου να την προσκομίσει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία ώστε να συμμορφωθεί με τους όρους της διακήρυξης, απορριπτόμενων των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος ότι η απογραφή ήταν αδύνατη ως προς τα έργα που έχει αναλάβει προγενέστερα της ημερομηνίας αυτής (ad hoc 370/2019 σκ. 54, 1577/2020 σκ.26) και γενόμενων δεκτών των ισχυρισμών του προσφεύγοντος και της αναθέτουσας αρχής . Το δε γεγονός ότι, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία δεν προβλέπεται προθεσμία απογραφής ως προς τα οικοδομικοτεχνικά έργα δεν μπορεί να οδηγήσει στην παράβλεψη, εν προκειμένω, του άρθρου 23.3 β της διακήρυξης, καθώς, ο παρεμβαίνων είχε λάβει γνώση της διακήρυξης και είχε σκοπό να συμμετάσχει στον εν θέματι διαγωνισμό, επομένως, όφειλε και εδύνατο κατά το χρόνο πριν την υποβολή της προσφοράς του, να εκδώσει την αιτούμενη από τη διακήρυξη ασφαλιστική ενημερότητα (ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ 370/2019). Εν πάσει περιπτώσει, στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, και βάσει της αρχής της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης, οι προσφορές αξιολογούνται, κρίνονται, τυγχάνουν αποδεκτές ή απορρίπτονται και δη σε κάθε στάδιο της διαδικασίας, επί τη βάση όσων ο προσφέρων απέδειξε και προσκόμισε και **μάλιστα με τα μέσα που όρισε η διακήρυξη**. Συνεπώς, γίνονται δεκτοί ο ισχυρισμοί του προσφεύγοντος απορριπτόμενων των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος (ad hoc ΑΕΠΠ 1577/2020).

23. Επειδή, δεδομένης της αποδοχής των ως άνω ισχυρισμών του προσφεύγοντος που στηρίζουν αυτοτελώς την απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, παρίσταται αλυσιτελής η εξέταση των προβαλλόμενων ισχυρισμών επί του έργου «Αντιπλημμυρική θωράκιση χειμάρρων για την προστασία των υποδομών περιοχών ...», περί της μη κατάθεσης εκ μέρους του ασφαλιστικής ενημερότητας του έργου κατά το χρόνο κατάθεσης της προσφοράς του, καθώς η τυχόν αποδοχή του ουδόλως δύναται να μεταβάλει τις έννομες συνέπειες της αποδοχής του πρώτου (βλ. κατ' αναλογία ΣΤΕ 308/2021). Εξάλλου, δεν δύνανται να γίνουν δεκτά έγγραφα τα οποία υποβλήθηκαν το 1^{ov} ενώπιον της ΑΕΠΠ και δεν είχαν υποβληθεί με την προσφορά ως ρητά απαιτείτο από τη διακήρυξη (βλ. ΣΤΕ 7μ. 827/2019, σκ. 28 και ad hoc απόφαση ΑΕΠΠ 1480/2020, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου), ούτε όμως είχαν δηλωθεί στο ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος, ως ευχερώς εδύνατο, ώστε να τα αναζητήσει η αναθέτουσα αρχή από βάση δεδομένων η οποία τηρείται δωρεάν σε κράτος μέλος κατ' αρ. 23.2 της διακήρυξης.

24. Επειδή, αναφορικά με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος περί αναδρομικής εφαρμογής των διατάξεων του ν. 4412/2021 που αφορούν σε τροποποίηση των αρ. 102 και 103 ν. 4412/2016, αναφέρονται τα κάτωθι: Η μη ρητή θέσπιση μεταβατικής διάταξης ή/και πρόβλεψης περί των εκκρεμών υποθέσεων, δημιουργεί έρεισμα μη εφαρμογής των οικείων διατάξεων (βλ. ΑΕΠΠ 1496/2021 Εισ. Ε. Μιχολίτση και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) δοθέντος ότι η διακήρυξη έχει δημοσιευθεί το 2020 (βλ. σκ. 2 της παρούσας), **όπου δε ο νομοθέτης επιθυμούσε αναδρομικότητα το εξέφρασε ρητά, όπως στη διάταξη των παρ. 9 , αλλά και 4 και 6 του άρθρου 140 «Μεταβατικές διατάξεις Μέρους Α» του ιδίου νόμου 4782/2021. Ειδικότερα, κρίσιμος χρόνος για την αποκρυστάλλωση του οικείου θεσμικού πλαισίου διενέργειας της**

διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η ημερομηνία δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης (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, Επιμέλεια : Ευαγγελία – Ελισάβετ Κουλουμπίνη, Σύμβουλος ΕΛΣυν, Ηλίας Μάζος, Σύμβουλος Επικρατείας, Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος Κλιμακίου ΑΕΠΠ, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019 «Ζητήματα Διαχρονικού δικαίου στον Ν. 4412/2016», Νικόλαος Νικολάκης, σελ 57- 62). Από την εν λόγω, διαμορφωθείσα, γενική αρχή, προκύπτει ότι τυχόν νομοθετικές ή κανονιστικές μεταβολές που εμφολοχωρούν, ενώ ήδη εξελίσσονται διαδικασίες ανάθεσης, δεν επηρεάζουν τις διαδικασίες αυτές, εκτός και αν έχουν, **ρητώς**, αναδρομική ισχύ (βλ. ΕΑ 237/2021 σκ.12 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, το με αρ. 2339/ 16.04.2021 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ Θέμα: «Διευκρινίσεις ως προς επιμέρους διατάξεις του ν. 4782/2021 (Α' 36). Τροποποίηση του ν. 4412/ 2016 και άλλες διατάξεις». (σελ. 10)]. Περαιτέρω, όταν ένας συνετός και ενημερωμένος επιχειρηματίας είναι σε θέση να προβλέψει τη λήψη μέτρου δυναμένου να θίξει τα συμφέροντά του, όπως η απόρριψη της προσφοράς του κατ' άρθρο 4.2 της διακήρυξης, σε περίπτωση μη κατάθεσης των απαιτούμενων εγγράφων, δεν μπορεί να επικαλεστεί την αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης όταν ληφθεί το μέτρο αυτό (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση Irish Farmers Association κ.λπ., σκέψη 25) και τούτο για λόγους ασφάλειας δικαίου. Εξάλλου, επισημαίνεται, ότι η ίδια η διάταξη της διακήρυξης (αρ. 4.2.γ) μνημονεύει ρητά και απερίφραστα την υποχρέωση του οικονομικού φορέα να αιτηθεί παράταση του χρόνου υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης εφόσον αιτιολογημένα εμποδίζεται στην έγκαιρη προσκόμισή τους, η, δε, παρέλευση της δεκαήμερης προθεσμίας άνευ υποβολής του σχετικού αιτήματος δημιουργεί αυτοδίκαια απώλεια του δικαιώματός του για υποβολή εκ των υστέρων ελλειπόντων

δικαιολογητικών, ακόμη και με την συναίνεση της αναθέτουσας, η οποία οφείλει **κατά δέσμια** αρμοδιότητα να απορρίψει την οικεία προσφορά (ΔεφΠατ 7/2020, 8/2019, ΑΕΠΠ 788/2021).

31. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

32. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να απορριφθεί η παρέμβαση, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό και συγκεκριμένα ως προς την αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος και να επιστραφεί το παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27.10.2021 και εκδόθηκε στις 12.11.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αναστασία Ρουμελιώτη