

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 5 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 1.11.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1535/2.11.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην ..., οδός ... αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ..., ... βαθμού (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στην ..., οδός ... αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της με αριθμό **360/2022** απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του, ποσού 14.520,00€.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, το με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο, ποσού 3.650,00€, το οποίο υπολογίζεται ως ποσοστό 0,50% επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, δηλαδή επί του ποσού των 725.806,45€. Δεδομένου ότι, το νόμιμο παράβολο υπολογιζόμενο ως ανωτέρω ανέρχεται στο ποσό των 3.629,03€, το επιπλέον του νομίμου καταβληθέν ποσό (20,96€) είναι σε κάθε περίπτωση και ανεξαρτήτως έκβασης της προσφυγής επιστρεπτέο.

2. Επειδή δυνάμει της με αρ. πρωτ. .../30.11.2022 διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την ανάθεση του έργου με τίτλο «...», εκτιμώμενης αξίας 725.806,45€, χωρίς Φ.Π.Α. (και 900.000,00€ με Φ.Π.Α.), με κριτήριο

ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Αντικείμενο του έργου είναι η, με τη Στην τεχνική έκθεση του έργου αναφέρονται οι διαμορφώσεις που θα εκτελεστούν. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ.) στις 30/11/2021 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ υπό τον συστημικό αριθμό

3. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 της διακήρυξης, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 16/12/2021 και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης αυτών η 20/12/2021. Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορά, πέντε (5) οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων. Με την με αριθμό 19/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκε το 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού και αναδείχθηκε ο προσφεύγων προσωρινός ανάδοχος με προσφερόμενη μέση έκπτωση 38,23% και με συνολική δαπάνη κατά την προσφορά του 451.306,66€ (πλέον ΦΠΑ). Εν συνεχεία, η Επιτροπή του διαγωνισμού με το με αρ. πρωτ. 8126/8.2.2022 έγγραφό της κάλεσε τον προσφεύγοντα να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προβλέπονται στα άρθρα 23.2 και 23.10 της διακήρυξης και στην παρ. 1 του άρθρου 103 του ν.4412/2016. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ο προσφεύγων ανταποκρίθηκε στην άνω πρόσκληση και υπέβαλε προσηκόντως και εμπροθέσμως, στις 17/2/2022, μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Τούτων δοθέντων, με την με αριθμό 125/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, ο προσφεύγων αναδείχθηκε οριστικός ανάδοχος κατ' έγκριση του οικείου 2^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής του διαγωνισμού. Η άνω απόφαση οριστικής κατακύρωσης κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στις 21/4/2022. Ακολούθως, στις 7/6/2022, η Επιτροπή του διαγωνισμού κοινοποίησε σε όλους τους συμμετέχοντες τη με αριθ. 36/2022 Πράξη του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης και τέλος, στις 16/6/2022, κάλεσε τον προσφεύγοντα να υποβάλλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών την υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 105 παρ. γ του ν. 4412/2016, στην οποία θα δηλώνεται ότι δεν έχουν επέλθει στο

πρόσωπό του οψιγενείς μεταβολές, κατά την έννοια του άρθρου 104 του ν. 4412/2016, προκειμένου να διαπιστωθεί ότι δεν έχουν εκλείψει οι προϋποθέσεις συμμετοχής του άρθρου 21 της διακήρυξης, ότι εξακολουθούν να πληρούνται τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22 της διακήρυξης και ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του ίδιου άρθρου. Σε απάντηση της άνω πρόσκλησης ο προσφεύγων υπέβαλε, στις **24/6/2022**, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την με ίδια ημερομηνία Υπεύθυνη Δήλωσή του ηλεκτρονικώς υπογεγραμμένη στην οποία δηλώνει ότι έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα ότι η εταιρεία έχει αθετήσει τις φορολογικές της υποχρεώσεις και συνεπώς δεν είναι φορολογικά ενήμερη σύμφωνα με την παρ. Α2 του άρθρου 22 της διακήρυξης. Επιπλέον, κατά την ίδια ως άνω ημερομηνία ο προσφεύγων κατέθεσε απόσπασμα (αποδεικτικό εκτύπωσης) από την ηλεκτρονική πλατφόρμα της ΑΑΔΕ με ημερομηνία 24/6/2022, στο οποίο αναφέρεται ότι δεν μπορεί να εκδοθεί αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας για την εταιρεία. Σε συνέχεια της άνω εξέλιξης, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την ήδη προσβαλλόμενη με αριθμό 360/2022 απόφασή της, δυνάμει της οποίας, αφού ελήφθη υπόψη το από 6/10/2022 πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού, το υπ' αριθ. πρωτ. 45511/19.7.2022 έγγραφο της Νομικής Υπηρεσίας του Δήμου και η υπ' αριθ. πρωτ. 63893/7.10.2022 εισήγηση της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών, αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, η έγκριση της κατάπτωσης της με αρ. πρωτ. 13-12 2021/e -133406 εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του ποσού 14.520€ και η συνέχιση του διαγωνισμού με την ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου του δεύτερου κατά σειρά μειοδότη. Κατά της τελευταίας με αριθμό 360/2022 εκτελεστής απόφασης της αναθέτουσας αρχής, στρέφεται ο προσφεύγων αιτούμενος την ακύρωσή της και δη μόνο κατά το σκέλος αυτής με το οποίο αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του για τους λόγους που αναπτύσσονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

4. Επειδή η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της (έργο), της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν.

4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 24/10/2022 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 1/11/2022, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση, ενώ επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι ψηφιακά υπογεγραμμένη.

6. Επειδή ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του. Τούτο, διότι η πράξη της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίζεται η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής που έχει καταθέσει διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας για τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, αποτελεί πράξη βλαπτική για τα συμφέροντα του διαγωνιζομένου, η οποία, αν και δεν συνδέεται πλέον με την ανάθεση της σύμβασης, εντάσσεται ωστόσο στην διαγωνιστική διαδικασία και αποτελεί συνέπεια της συμμετοχής του οικονομικού φορέα στον διαγωνισμό και της αποδιδόμενης σε αυτόν παράβασης των υποχρεώσεών του ως διαγωνιζομένου (πρβλ. ΣτΕ 901/1999, 964-6/1998 Ολομ. Ε.Α. 253/2020, 211/2020). Συνεπώς, για την έννομη προστασία του θιγόμενου οικονομικού φορέα κατά της απόφασης περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, ως πράξης εντασσόμενης στη διαγωνιστική διαδικασία, είναι εφαρμοστέες οι διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 περί έννομης προστασίας κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων. Κατ' ακολουθίαν, κατά της σχετικής πράξεως της αναθέτουσας αρχής ασκείται παραδεκτως και με έννομο συμφέρον προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ (πρβλ. **ΣτΕ ΕΑ 690/2021**).

7. Επειδή στις 2/11/2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του π.δ. 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθ. 2168/2022 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου ορίστηκε μεταξύ άλλων Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλλει τις απόψεις της επί της προσφυγής.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε εμπροθέσμως στην ΕΑΔΗΣΥ στις 10/11/2022 τις με αρ. πρωτ. 72146/10.11.2022 απόψεις της επί της προσφυγής, αιτούμενη παραλλήλως την απόρριψή της. Τις άνω απόψεις της, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε σε όλους τους συμμετέχοντες ομοίως στις 10/11/2022.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν, και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

11. Επειδή ο προσφεύγων, με τον μόνο λόγο της προσφυγής, ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατά το σκέλος με το οποίο αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του. Ειδικότερα, ο προσφεύγων, επικαλούμενος τα άρθρα 103 παρ. 5 και 104 του ν. 4412/2016, όπως ισχύουν μετά την τροποποίησή τους με το ν. 4782/2021, καθώς και αποφάσεις της ΑΕΠΠ (1814/2021, 1154/2021), ισχυρίζεται ότι μη νομίμως αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής του επιστολής συμμετοχής, ενώ σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, ενημέρωσε *αμελλητί* την αναθέτουσα αρχή για τις οφισγενείς μεταβολές που επήλθαν, και συγκεκριμένα για την αθέτηση των φορολογικών υποχρεώσεων της εταιρείας που έχουν ως αποτέλεσμα να μην είναι φορολογικά ενήμερη, όπως απαιτείται κατά το άρθρο 22.Α2 της διακήρυξης. Ο προσφεύγων προβάλλει περαιτέρω ότι η αναθέτουσα αρχή δεν αμφισβητεί τη μεταβολή που επήλθε στις προϋποθέσεις συμμετοχής της εταιρείας, τις οποίες είχε δηλώσει ότι πληροί κατά το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 (και τις οποίες πράγματι πληρούσε τόσο κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου), ούτε την αμελλητί και προσήκουσα ενημέρωσή της περί του γεγονότος αυτού, άρα παρανόμως, και αντίθετα με τα προβλεπόμενα στα άρθρα 103 και 104 του ν. 4412/2016, ως ισχύουν,

αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του. Τέλος, κατά τον επικουρικό ισχυρισμό του προσφεύγοντος, η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα ως ανατιολόγητη, αφού ουδέν στοιχείο πραγματικό ή νομικό σημειώνεται που να δικαιολογεί τη μη εφαρμογή της παρ. 3 του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 στην προκειμένη περίπτωση.

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις υποβληθείσες απόψεις, κατόπιν παράθεσης αναλυτικού ιστορικού, αντιτείνει ότι ο προσφεύγων δεν ενημέρωσε αμελλητί, εγκαίρως και προσηκόντως την αναθέτουσα αρχή, ως όφειλε, σύμφωνα με τα άρθρα 103 παρ. 5 και 104 του ν. 442/2016. Προς επίρρωση των ισχυρισμών της προβάλλει ότι στο πλαίσιο άλλου διαγωνισμού της ίδιας αναθέτουσας αρχής (με τίτλο ...), ο προσφεύγων, που είχε αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος, είχε εκδώσει και προσκομίσει νέα φορολογική ενημερότητα και συγκεκριμένα είχε υποβάλει το με αρ. πρωτ. .../8-4-2022 πιστοποιητικό, που ισχύει μέχρι τις 8/6/2022. Εν όψει των ανωτέρω, κατά τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, ο προσφεύγων γνώριζε ότι τουλάχιστον από τις 9/6/2022 έχει λήξει η φορολογική του ενημερότητα και όφειλε να ειδοποιήσει κατά το χρόνο εκείνο «αμελλητί» την αναθέτουσα αρχή, κι όχι να αναμένει την πρόσκλησή της περί «οφειγνών μεταβολών». Τέλος, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι η με αριθ. 36/2022 πράξη Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου κοινοποιήθηκε προς όλους τους συμμετέχοντες ήδη από τις 7/6/2022, συνεπώς ο προσφεύγων ήταν σε αναμονή της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής ήδη από 7/6/2022.

13. Επειδή, στο ν. 4412/2016, προβλέπεται μεταξύ άλλων, στο **άρθρο 104** με τίτλο «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής - Οφειγνείς μεταβολές» (όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 44 του ν. 4782/2021, με έναρξη ισχύος την 1/6/2021 και εφαρμόζεται στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία), ότι *«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», και στο **άρθρο 105** με τίτλο «Κατακύρωση - σύναψη σύμβασης» (όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 45 του ν. 4782/2021, με έναρξη ισχύος την 1/6/2021 και εφαρμόζεται στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία) ότι: «.....3. Η απόφαση κατακύρωσης καθίσταται οριστική, εφόσον συντρέξουν οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η απόφαση κατακύρωσης έχει κοινοποιηθεί, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην παρ. 2, β) σε συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία άνω των ορίων του άρθρου 118, περί απευθείας ανάθεσης, και των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ για τις συμβάσεις ενεργειών τεχνικής βοήθειας του άρθρου 119, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής ή σε περίπτωση άσκησης, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ και σε περίπτωση άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ, εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης, με την επιφύλαξη της χορήγησης προσωρινής διαταγής, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 4 του άρθρου 372, περί δικαστικής προστασίας στο πεδίο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης, γ) έχει ολοκληρωθεί επιτυχώς ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 324 έως 327 του ν. 4700/2020 (Α' 127), εφόσον απαιτείται, και δ) **ο προσωρινός ανάδοχος έχει υποβάλλει έπειτα από σχετική πρόσκληση, υπεύθυνη δήλωση, που υπογράφεται σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 79Α, περί υπογραφής Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, στην οποία δηλώνεται ότι, δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οσιγενείς μεταβολές κατά την έννοια του άρθρου 104 και μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης.** 4. Μετά από την οριστικοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο να προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού,

θέτοντάς του προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδικής πρόσκλησης. 5. Η σύμβαση θεωρείται συναφθείσα με την κοινοποίηση της πρόσκλησης της παρ. 4 στον ανάδοχο».

14. Επειδή, η διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011, ΣΤΕ 3669/2015, 5022/2012), προβλέπει στο άρθρο **4.2.(δ)**, όπου αναπαράγεται το περιεχόμενο του άρθρου 104 παρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016, τα εξής: «Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση μέχρι τη σύναψη της σύμβασης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η προσκομισθείσα, σύμφωνα με το άρθρο 15 της παρούσας, εγγύηση συμμετοχής» και στο άρθρο **4.2.(ε)**, όπου αναπαράγεται το περιεχόμενο του άρθρου 105 του ν. 4412/2016 ότι: «ε) Η απόφαση κατακύρωσης καθίσταται οριστική, εφόσον συντρέξουν οι ακόλουθες προϋποθέσεις: i. η απόφαση κατακύρωσης έχει κοινοποιηθεί, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ii. παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής ή σε περίπτωση άσκησης, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ και σε περίπτωση άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ, εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης, με την επιφύλαξη της χορήγησης προσωρινής διαταγής, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 4 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, iii. έχει ολοκληρωθεί επιτυχώς ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 324 έως 327 του ν. 4700/2020, εφόσον απαιτείται, και iv. ο προσωρινός ανάδοχος έχει υποβάλλει, έπειτα από σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, μέσω της λειτουργικότητας της “Επικοινωνίας” του υποσυστήματος, υπεύθυνη δήλωση, που υπογράφεται σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 79Α του ν. 4412/2016, στην οποία δηλώνεται ότι, δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οψιγενείς μεταβολές, κατά την έννοια του άρθρου 104 του ίδιου νόμου, και μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης. Η υπεύθυνη δήλωση ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή και

μνημονεύεται στο συμφωνητικό. Εφόσον δηλωθούν οψιγενείς μεταβολές, η δήλωση ελέγχεται από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η οποία εισηγείται προς το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο».

15. Επειδή, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις, το δικαίωμα, οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται και ελέγχονται σε τρία (3) διακριτά χρονικά σημεία, και συγκεκριμένα: α) κατά την υποβολή της προσφοράς με το ΕΕΕΣ, β) κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών του άρθρου 80 από τον προσωρινό ανάδοχο και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης της περίπτωσης δ' (προφανώς εκ παραδρομής αναφέρεται στο κείμενο του νόμου η περίπτωση γ') της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016, δηλαδή κατά τον χρόνο που η απόφαση κατακύρωσης αποστέλλεται στον προσωρινό ανάδοχο, προκειμένου αυτός να υποβάλει υπεύθυνη δήλωση στην οποία δηλώνεται ότι δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια του άρθρου 104 και μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης. Αν επέλθουν οψιγενείς μεταβολές στις προϋποθέσεις που ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει ότι πληροί *μέχρι τη σύναψη της σύμβασης* (βλ. και άρθρο 105 παρ. 3 στοιχ. δ' του ν. 4412/2016), ο τελευταίος οφείλει να ενημερώσει «αμελλητί» την αναθέτουσα αρχή σχετικά. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής, που είχε προσκομιστεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016. Τέλος, ρητά ορίζεται πλέον στον νόμο (παρ. 5 άρθρου 105 του ν. 4412/2016) και στα οικεία άρθρα της διακήρυξης ότι η σύμβαση θεωρείται συναφθείσα, αφού συντρέξουν οι προϋποθέσεις της παρ. 4 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016 με την αποστολή της πρόσκλησης προς τον οριστικό ανάδοχο για την υπογραφή σύμβασης, πράγμα το οποίο δεν προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού να έχει συμβεί στην προκείμενη περίπτωση. Άρα, εφόσον *μέχρι τη σύναψη της σύμβασης*, επέλθουν οψιγενείς μεταβολές στο πρόσωπο του αναδόχου και υπό την προϋπόθεση της έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής περί τούτου,

ναι μεν απορρίπτεται η προσφορά του, πλην όμως αποφεύγεται η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του.

16. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, στην προκειμένη περίπτωση από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης γίνονται δεκτά τα ακόλουθα: Ο προσφεύγων, ο οποίος αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος, προσκόμισε κατόπιν οικείας πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής εμπροθέσμως και προσηκόντως, στις 17/2/2022, τα προβλεπόμενα στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016 δικαιολογητικά κατακύρωσης, μεταξύ των οποίων και τα ακόλουθα πιστοποιητικά φορολογικής ενημερότητας: **α)** το με αρ. πρωτ. 72750104/6.12.2022 πιστοποιητικό της ΑΑΔΕ με ισχύ έως την 6^η/2/2022 και **β)** το με αρ. πρωτ. 73301622/9.2.2022 πιστοποιητικό της ΑΑΔΕ με ισχύ έως την 9^η/4/2022, αποδεικνύοντας με τον τρόπο αυτό ότι δεν συνέτρεχε στο πρόσωπό του ο προβλεπόμενος στο άρθρο 22.Α.2^α) της διακήρυξης, λόγος αποκλεισμού (αθέτηση υποχρεώσεων όσον αφορά την καταβολή φόρων) και δη τόσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του (16/12/2021) όσο και κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου (17/2/2022). Τούτο, άλλωστε, ουδόλως αμφισβητείται από την αναθέτουσα αρχή, αφού μάλιστα με την με αριθμό 125/2022 απόφασή της, κατ' έγκριση του 2^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής του διαγωνισμού, έγιναν δεκτά τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσφεύγοντος και ο τελευταίος αναδείχθηκε οριστικός ανάδοχος. Ωστόσο, σε συνέχεια του διενεργηθέντος προσυμβατικού ελέγχου και της αποστολής προς τον προσφεύγοντα της πρόσκλησης για την υποβολή της υπεύθυνης δήλωσης του άρθρου 105 παρ. 3 δ' περί οψιγενών μεταβολών, ο τελευταίος δήλωσε ότι έχουν επέλθει στο πρόσωπό του «οψιγενείς» μεταβολές και συγκεκριμένα ότι η εταιρεία έχει αθετήσει τις φορολογικές της υποχρεώσεις με αποτέλεσμα να μην είναι φορολογικά ενήμερη σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 22.Α (2^α) της διακήρυξης. Πρέπει να επισημανθεί ότι, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή απηύθυνε στον προσφεύγοντα πρόσκληση για την υποβολή της επίμαχης δήλωσης περί οψιγενών μεταβολών στις 16/6/2022 και ο τελευταίος απάντησε στις **24/6/2022**, ήτοι εντός της ταχθείσας με την άνω πρόσκληση δεκαήμερης προθεσμίας, δηλώνοντας τις επελθούσες οψιγενείς μεταβολές και υποβάλλοντας συγχρόνως το με ημερομηνία 24/6/2022 αποδεικτικό

εκτύπωσης από την πλατφόρμα της ΑΑΔΕ, το οποίο πιστοποιεί την αδυναμία έκδοσης φορολογικής ενημερότητας κατά την ημερομηνία αυτή (24/6/2022). Άρα, εκ των υποβληθέντων εγγράφων του προσφεύγοντος γίνεται δεκτό ότι ο τελευταίος ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή «αμελλητί», δηλαδή άνευ υπαιτίου καθυστέρησης και αμέσως μετά την εκ μέρους του γνώση περί της συνδρομής λόγων αποκλεισμού, που δεν υπήρχαν κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του αλλά και κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η έγκαιρη και προσήκουσα ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής προκύπτει από την ημερομηνία έκδοσης (24/6/2022) του αποδεικτικού εκτύπωσης της ΑΑΔΕ περί αδυναμίας έκδοσης φορολογικής ενημερότητας, αφού δεν αποδεικνύεται, τουλάχιστον από τα στοιχεία της υπόθεσης, προγενέστερη γνώση εκ μέρους του προσφεύγοντα, ώστε να του καταλογιστεί υπαίτια καθυστέρηση και μη έγκαιρη ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής. Τούτων δοθέντων, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι και αναπόδεικτοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι σε έτερο διαγωνισμό της, ο προσφεύγων είχε εκδώσει και προσκομίσει φορολογική ενημερότητα με ισχύ έως τις 8/6/2022, καθώς το γεγονός αυτό δεν δύναται βασίμως να αποδείξει ότι μετά τις 9/6/2022 ο προσφεύγων γνώριζε ότι δεν ήταν φορολογικά ενήμερος. Ούτε, επίσης, η κοινοποίηση της Πράξης του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στις 7/6/2022 και η αναμονή σύναψης της σύμβασης αποδεικνύουν άνευ ετέρου ότι ήδη κατά το χρόνο εκείνο (7/6/2022), ο προσφεύγων τελούσε σε γνώση της αδυναμίας έκδοσης φορολογικής ενημερότητας, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής. Ενόψει των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο προσφεύγων, συμμορφούμενος με ό,τι ο νόμος και η διακήρυξη προβλέπει, ειδοποίησε αμελλητί την αναθέτουσα αρχή όταν απώλεσε το προσόν συμμετοχής και η οικεία δήλωσή του ήταν κατά το χρόνο υποβολής της (24/6/2022) αληθής και αποδεικνυόμενη από τα προσκομισθέντα έγγραφα. Κατόπιν της άνω εκ μέρους του ειδοποίησης, ο προσφεύγων απαλλάχθηκε από οποιαδήποτε άλλη έναντι της αναθέτουσας αρχής υποχρέωσή του, προκειμένου να μην καταπέσει η εγγυητική συμμετοχής του. Επομένως, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών του προσφεύγοντα και κατ' απόρριψη των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής, μη νομίμως η τελευταία αποφάσισε την

Αριθμός απόφασης: 1813 /2022

κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του και το συναφές κεφάλαιο της προσβαλλομένης είναι ακυρωτέο.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμό 360/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, μόνο κατά το μέρος αυτής με το οποίο αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφεύγοντος.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθμό 360/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά το σκεπτικό, ήτοι κατά το μέρος αυτής που ορίζει την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφεύγοντος.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος από τον προσφεύγοντα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 5 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 27 Δεκεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ