

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 28 Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.03.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/243/14.03.2018 της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «.....».

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ΧΑΪΔΑΡΙΟΥ» και κατά

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας με την επωνυμία «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του «ΔΗΜΟΥ ΧΑΪΔΑΡΙΟΥ» κατά το μέρος που απορρίφθηκε η Προσφορά της στο Α' Στάδιο Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών, ώστε να συνεχίσει στην επόμενη Β' Φάση του Ανοίγματος Οικονομικών Προσφορών, για τον ηλεκτρονικό, υπό Α/Α ΕΣΗΔΗΣ, δημόσιο Διαγωνισμό «Προμήθειας Γάλακτος για το εργατοτεχνικό προσωπικό του Δήμου Χαϊδαρίου για το έτος 2018» (Διακήρυξη 37202/27.12.2017), προϋπολογισμού €83.664,37 (συμπεριλαμβανομένου δικαιώματος προαίρεσεως €3.946,25), χωρίς ΦΠΑ 13%.

Με την από 19.03.2018 Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της κρινόμενης Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει, πως έχει δεσμευθεί, εξοφληθεί και προσκομιστεί το αναλογούν υπ' αριθμ. ηλεκτρονικό/e-παράβολο ποσού εξακοσίων ευρώ (€600) υπέρ Ελληνικού Δημοσίου σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64) [εφεξής Κανονισμός].

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. Διακήρυξη του Δημάρχου Χαϊδαρίου προκηρύχθηκε ανοιχτός, κάτω των ορίων, ηλεκτρονικός, υπό Α/Α ΕΗΔΗΣ:, δημόσιος Διαγωνισμός για την ανάθεση της «Προμήθειας γάλακτος για το εργατοτεχνικό προσωπικό του Δήμου Χαϊδαρίου για το έτος 2018», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και προϋπολογισμό €83.664,37 (συμπεριλαμβανομένου δικαιώματος προαίρεσης €3.946,25) χωρίς ΦΠΑ 13% [εφεξής η Διακήρυξη]. Στον Διαγωνισμό αυτόν συμμετείχαν η αιτούσα «.....» καταθέτοντας την από Προσφορά με ηλεκτρονικό αριθμ., η παρεμβαίνουσα «.....» την από Προσφορά της, ο «.....» την από Προσφορά του και η «.....» την από Προσφορά της Επί του Α' Σταδίου Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών, μετά την αποσφράγιση των αντίστοιχων Προσφορών, από το απόσπασμα της υπ' αριθμ. απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (τακτική συνεδρίαση με αριθμ. 5/2018) του Δήμου Χαϊδαρίου [εφεξής η προσβαλλόμενη απόφαση ΟΕ], προκύπτει πως η ορισθείσα, δυνάμει της υπ' αριθμ. 253/2017 απόφασης της ΟΕ του Δήμου, Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης των

Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού του άρθρου 221 παρ. 1 Ν. 4412/2016 [εφεξής Επιτροπή Διαγωνισμού]: Α) Απέρριψε την Προσφορά της αιτούσας εταιρείας καθώς, όπως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση (σελ. 4): «Κατατέθηκαν μόνο τα δικαιολογητικά της συμμετάσχουσας εταιρείας και δεν υποβλήθηκαν τα νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και εκπροσώπησης των εταιριών “.....” και “.....” όπως προβλέπεται στις παρ. 2.4.2.5. τμήμα Α΄ και στην 2.4.3.1. [της επίμαχης Διακήρυξης]» αποκλείοντάς την από το επόμενο Β΄ Στάδιο του Διαγωνισμού. Β) Ενώ για την παρεμβαίνουσα εταιρεία «.....» διαπίστωσε πως (σελ. 4): «Υποβλήθηκαν όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, η προσφορά γίνεται δεκτή και η εταιρεία συνεχίζει στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού», όμως, ακολούθως, κατά την αξιολόγηση της υποβληθείσας Προσφοράς της κατά το τεχνικός σκέλος κρίθηκε πως (ίδια σελ.): «Το πιστοποιητικό ανάλυσης γάλακτος αναφέρεται μόνο σε μικροοργανισμούς και κολοβακτηρίδια και είναι ελλιπές. Δεν είναι δυνατό να αξιολογηθεί η ποιότητα του προϊόντος επειδή δεν αναφέρονται στοιχεία όπως διάρκεια ζωής, πρόσθετες χρωστικές ουσίες, επεξεργασία με έκθεση σε υψηλή θερμοκρασία, περιεκτικότητα σε λίπος και πρωτεϊνικές ουσίες κ.λ.π. όπως αναφέρεται στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι, ΤΜΗΜΑ Β΄). Για τους ανωτέρω λόγους η προσφορά ΑΠΟΡΡΙΠΤΕΤΑΙ (παράγραφος 2.4.6. τμήμα β και η) και η εταιρεία δεν συνεχίζει στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού που είναι η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών». Γ) Για δε τις λοιπές δύο προσφέρουσες επιχειρήσεις αποφάσισε τελικώς την απόρριψη των Προσφορών τους για τους λόγους που αναφέρονται (σελ. 4). Τις ανωτέρω κρίσεις είχε εισηγηθεί η ορισθείσα, ως άνω, Επιτροπή Διαγωνισμού η οποία συνέταξε και υπέγραψε το υπ’ αριθμ. πρωτ. οικ. Πρακτικό της, όπως αυτό εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση της Ο.Ε., η οποία τελικώς αποφάσισε (σελ. 5 αυτής): «την απόρριψη των προσφορών και την κήρυξη του Διαγωνισμού άγονου λόγω μη κανονικών-απαράδεκτων Προσφορών και την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς τροποποίηση των όρων της Διακήρυξης».

3. Επειδή, κατά της επίμαχης απόφασης Ο.Ε. προσέφυγε μόνο η αιτούσα καταθέτοντας δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 14.03.2018, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της αιτούμενη την ακύρωσή της και, συγκεκριμένα: 1) Ως προς το 1ο σκέλος της Προσφυγής της, επικαλούμενη, κατά σειρά, τις Διατάξεις των άρθρων 2.4.2.5., 2.4.3.1.-2. και 2.2.8., 2.2.9. της επίμαχης Διακήρυξης, το άρθρο 2 παρ. 12 Ν. 4412/2016, την ΑΕΠΠ Α51/2017 σκέψη 16, αιτιάται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης πως εσφαλμένα απέρριψε την Προσφορά της με το αιτιολογικό πως: «δεν έχουν κατατεθεί τα νομιμοποιητικά έγγραφα των εταιρειών “.....” και “.....” στις τεχνικές ικανότητες των οποίων έχει δηλώσει ότι στηρίζεται», υποστηρίζοντας πως (σελ. 4 της Προφυγής): «ουδεμία ασάφεια ή αμφιβολία δημιουργείτο ως προς το ότι η υποχρέωση υποβολής νομιμοποιητικών εγγράφων αφορούσε στους προσφέροντες και ως εκ τούτου εσφαλμένως έχει απορριφθεί η προσφορά της επιχείρησής [της] από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού». 2) Ως προς το 2ο σκέλος της, πως (σελ. 5 ομοίως): «η αξιολόγηση της Προσφοράς [της] δεν έχει πραγματοποιηθεί ορθώς από την αναθέτουσα αρχή, καθώς αναφέρεται ότι δεν έχει αξιολογηθεί η τεχνική Προσφορά [της]. Συγκεκριμένα, αναφέρεται στο εν λόγω Πρακτικό [της Επιτροπής Διαγωνισμού] ότι ενώ αποσφραγίστηκαν –όπως έπρεπε– οι ηλεκτρονικοί φακέλοι των συμμετασχόντων, η τελική αξιολόγηση φαίνεται να έγινε σύμφωνα με τους φακέλους οι οποίοι υποβλήθηκαν στο Πρωτόκολλο του Δήμου. Η Διακήρυξη πράγματι όριζε την υποβολή τριών χωριστών φακέλων (Δικαιολογητικά Συμμετοχής, Τεχνική Προσφορά και Οικονομική Προσφορά) όμως ο εν λόγω διαγωνισμός (όπως και όλοι οι ανοιχτοί ηλεκτρονικοί διαγωνισμοί) είναι σε δύο στάδια: α) αξιολόγηση Δικαιολογητικών Συμμετοχής- Τεχνικής Προσφοράς και β) αξιολόγηση Οικονομικής Προσφοράς. Άλλωστε, μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος ΕΣΗΔΗΣ δεν είναι εφικτός ο διαχωρισμός των Δικαιολογητικών Συμμετοχής από την Τεχνική Προσφορά, καθώς ο

φάκελος είναι ένας. Επιπλέον, τα δικαιολογητικά τα οποία προσκομίζονται εγγράφως στο Πρωτόκολλο του Δήμου είναι συγκεκριμένα (εξαιρούνται για παράδειγμα τα ΦΕΚ ή όσα έχουν συνταχθεί από τον ίδιο τον οικονομικό φορέα και φέρουν την ψηφιακή υπογραφή του, όπως οι υπεύθυνες δηλώσεις, κτλ) και άρα ελλιπή σε σχέση με αυτά που υποβάλλονται ηλεκτρονικά. Επομένως, η Επιτροπή όφειλε να εξετάσει τον ηλεκτρονικό φάκελο “Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά” στο σύνολό του».

4. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης, ήτοι της απόφασης Ο.Ε. περί αποκλεισμού (μεταξύ άλλων) της αιτούσας, που έχει εκδοθεί επί δημόσιου Διαγωνισμού προμήθειας προϋπολογισμού €83.664,37 (συμπεριλαμβανομένου δικαιώματος προαίρεσεως €3.946,25) χωρίς ΦΠΑ 13%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στα άρθρα 345 Ν. 4412/2016 και 1 α) Π.Δ. 39/2017 για την καθ’ ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ενώ συντρέχει επιπρόσθετα η κατά χρόνο αρμοδιότητα της Αρχής όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 α) Ν. 4412/2016 αντικατασταθέν με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α’ 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε με την καταχώριση της αντίστοιχης Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 38 Ν. 4412/2016, μετά τις 26.6.2017 όπως αποδεικνύεται από τον ΑΔΑΜ: που έλαβε.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα επιχείρηση στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της Ο.Ε., καθώς από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, όπως ομολογεί η αιτούσα, την 07.03.2018, ώστε η κατ’ αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 14.03.2018, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

6. Επειδή, η αιτούσα στρέφεται κατά του διαγωνιστικού αποκλεισμού της, ασκώντας την Προδικαστική Προσφυγή με άμεσο, προσωπικό και ενεστώς

έννομο συμφέρον (ΣΤΕ (Γ΄ Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ΄ Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε΄ Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς, όπως υποστηρίζει δραστηριοποιείται επιχειρηματικά στον τομέα που υπάγεται η ζητούμενη προμήθεια, συμμετείχε στον επίμαχο Διαγωνισμό καταθέτοντας την Προσφορά 87485, και πλέον μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης της Ο.Ε., υφίσταται βλάβη όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017 (βλ. και σκέψη 12).

7. Επειδή, μολονότι η παρεμβαίνουσα καταθέτει την από 19.03.2018 Παρέμβασή της εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 7 Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση σε αυτή της Προδικαστικής Προσφυγής η οποία έγινε την 16.03.2018, πάντως, άνευ εννόμου συμφέροντος αιτιάται η παρεμβαίνουσα καθώς, πλέον μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης Ο.Ε., κατά τα όσα έχουν ήδη αναφερθεί (σκέψη 2) έχει ήδη αποκλειστεί από τη (τελικώς κηρυχθείσα άγωνα) διαγωνιστική διαδικασία, αποκλεισμό τον οποίο εξάλλου δεν έχει προσβάλλει με (αυτοτελή) Προδικαστική Προσφυγή, και, όπως παγίως γίνεται δεκτό από τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, έχει πλέον καταστεί τρίτη (ΣΤΕ ΕΑ 1317/2009, (Δ΄ Τμήμα) 2817/2008, Επταμ. 474/2006), έτσι ώστε οι αιτιάσεις της παρεμβαίνουσας να μην ακουστός.

8. Επειδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη που διέπει τον κρίσιμο δημόσιο Διαγωνισμό προμήθειας αποτελώντας το κανονιστικό πλαίσιο αυτού και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΣΤΕ ΕΑ: 16-17/2011, 348/2010 και 613/2009), οριζόταν στα: α) ΑΡΘΡΑ 2.4.2.5.: «Ο χρήστης - οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του Συστήματος, όπως περιγράφεται παρακάτω: ... Α) Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη “Δικαιολογητικά Συμμετοχής” ο οποίος πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα αναφερόμενα στο άρθρο 2.4.3 της παρούσης έγγραφα. α) το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016. ... γ) νομιμοποιητικά έγγραφα. ... β) ΑΡΘΡΟ 2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου

“Δικαιολογητικά Συμμετοχής” 2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: i. το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016. ... iii. Απόδειξη της νόμιμης σύστασης και εκπροσώπησης, στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο, προσκομίζει τα κατά περίπτωση νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, συγκρότηση Δ.Σ. σε σώμα, σε περίπτωση Α.Ε., κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του διαγωνιζομένου). ... Πώς υποβάλλεται το Τ.Ε.Υ.Δ. από τους οικονομικούς φορείς: ... Εφόσον ο υποψήφιος οικονομικός φορέας επικαλείται τη δάνεια εμπειρία άλλων οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της παρούσας προμήθειας πρέπει να μεριμνά ώστε να υποβάλει μαζί με το δικό του Τ.Ε.Υ.Δ. και χωριστό Τ.Ε.Υ.Δ. δεόντως συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο από τους τρίτους φορείς, στους οποίους στηρίζεται. Το Τ.Ε.Υ.Δ. υπογράφεται, σε περίπτωση Φυσικού Προσώπου από τον ίδιο, επί Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης (Ε.Π.Ε.) και Προσωπικών Εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε. και Ι.Κ.Ε.) από τους διαχειριστές τους ή πρόσωπο ειδικώς εξουσιοδοτημένο απ’ αυτούς, επί Ανώνυμων Εταιρειών (Α.Ε.) από τον νόμιμο εκπρόσωπο της Εταιρείας (δηλ. από Φυσικό Πρόσωπο το οποίο σύμφωνα με το καταστατικό εκπροσωπεί και δεσμεύει την Εταιρεία) ή πρόσωπο ειδικώς εξουσιοδοτημένο με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Εταιρείας, τα Φυσικά Πρόσωπα που ασκούν διοίκηση σε κάθε άλλη περίπτωση και τα αντίστοιχα κατά το δίκαιο της αλλοδαπής επιχείρησης πρόσωπα. ... 2.4.3.2. Η Τεχνική Προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή, του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι “Ενιαίες Τεχνικές Προδιαγραφές” της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς, πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει, ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ. i. Τα απαιτούμενα από την παράγραφο 2.2.7. πιστοποιητικά

διασφάλισης ποιότητας, τόσο του οικονομικού φορέα όσο και σε περίπτωση που δεν τα παράγει ο ίδιος του παραγωγού που τον προμηθεύει. ... iii. Την απαιτούμενη δήλωση ή υπεύθυνες δηλώσεις των παραγωγών με τις οποίες θα δηλώνουν τη δέσμευση τους καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης για την προμήθεια του είδους που παράγουν ...». γ) ΑΡΘΡΟ 2.2.8. «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων. Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της παραγράφου 2.2.6, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. (άρθρο 78 παρ.1 του ν. 4412/2016)». δ) ΑΡΘΡΟ 2.2.9 «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής. 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών. ... Σε περίπτωση που ο προσφέρων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων (δάνεια ικανότητα, π.χ. ανθρώπινους πόρους ή οχήματα για τη διανομή), οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή χωριστού εντύπου Τ.Ε.Υ.Δ. ...».

9. Επειδή, σύμφωνα με την ΑΕΠΠ Α51/2017, σκέψη 16, την οποία επικαλείται ειδικώς η προσφεύγουσα προς υποστήριξη των ισχυρισμών της (σελ. 6-7 αυτής): «... η έννοια του “οικονομικού φορέα” είναι ευρύτερη και αντιδιαστέλλεται από αυτήν του “προσφέροντος”, κατ’ άρθρο 2 παρ. 1 περ. 11 και 12 αντίστοιχα Ν. 4412/2016, κατά την οποία η έννοια του προσφέροντος δεν ταυτίζεται με την έννοια του οικονομικού φορέα αλλά αποτελεί έννοια είδους, ήτοι υποκατηγορία αυτής. Άλλωστε, γι’ αυτό το λόγο η έννοια του οικονομικού φορέα έχει ως σημείο αναφοράς την ευρύτερη οικεία αγορά και όχι τον εν θέματι διαγωνισμό. Συνεπώς, όπου στον Ν. 4412/2016 και σε οιαδήποτε διάταξη νόμου ή εν γένει θεσπίζουσα κανόνα δικαίου, επιβάλλεται μια υποχρέωση ή προβλέπεται μια συμπεριφορά ή μια συνέπεια για

“(οικονομικούς) φορείς” αυτή καταλαμβάνει μεν αλλά δεν εξαντλείται στους “προσφέροντες”, αντίθετα εκτείνεται και σε κάθε άλλη κατηγορία “οικονομικού φορέα”, όπως οι υπεργολάβοι και ιδίως οι τρίτοι φορείς του άρθρου 78 Ν. 4412/2016».

10. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους.

11. Επειδή, από τον ηλεκτρονικό φάκελο της υπόθεσης προκύπτει, όπως εξάλλου παραδέχεται η ίδια, πως η αιτούσα κατά τη διαμόρφωση της υποβληθείσας Προσφοράς της, υπέβαλε μεν (ως όφειλε) ξεχωριστά ΤΕΥΔ τόσο για την ίδια όσο και για τις δύο δανείζουσες την εμπειρία τους (σε αυτή) εταιρίες “.....” και “.....”, πλην όμως, για αμφότερες τις τελευταίες, δεν προσκόμισε τα στοιχεία νομιμοποίησής-εκπροσώπησής τους. Όμως, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω (σκέψη 8), η Διακήρυξη, υπό το φως της πληρέστερης εκπλήρωσης του δημοσίου συμφέροντος, ρητά όριζε στο άρθρο 2.4.3.1. πως μαζί με το ΤΕΥΔ κάθε οικονομικού φορέα που δανείζει την εμπειρία του στον προσφέροντα, θα πρέπει υποχρεωτικά να υποβάλλονται τα νομιμοποιητικά έγγραφα-στοιχεία εκπροσώπησης που αποδεικνύουν πως ο υπογράφων και δανείζων την εμπειρία του οικονομικός φορέας έχει την εξουσία-νομιμοποιείται να δεσμεύει τον φορέα αυτόν [βλ. ειδικώς τις φράσεις: «... ΤΕΥΔ δεόντως συμπληρωμένο υπογεγραμμένο από τους τρίτους φορείς στους οποίους στηρίζεται· «...από τους διαχειριστές τους ή πρόσωπο ειδικώς εξουσιοδοτημένο απ’ αυτούς...»·

«... από τον νόμιμο εκπρόσωπο της Εταιρείας (δηλ. από Φυσικό Πρόσωπο το οποίο σύμφωνα με το καταστατικό εκπροσωπεί και δεσμεύει την Εταιρεία) ή πρόσωπο ειδικώς εξουσιοδοτημένο με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Εταιρείας»], ανεξάρτητα εάν είναι φυσικό ή νομικό πρόσωπο (και ανεξάρτητα του εταιρικού τύπου του τελευταίου). Πράγματι, λοιπόν, από τη στιγμή που η διεξάγουσα τον επίμαχο Διαγωνισμό προμήθειας Επιτροπή διέγνωσε την έλλειψη αυτή, όφειλε, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να απορρίψει την Προσφορά της αιτούσας. Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί ο 1ος λόγος ακύρωσης.

12. Επειδή, όσον αφορά τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς της αιτούσας περί παράνομης διάσπασης των διαγωνιστικών σταδίων της επίμαχης προμήθειας όπως ορίζονται από τον Ν. 4412/2016, κατά τα όσα εκτίθενται επί λέξει ανωτέρω (σκέψη 3) –ανεξαρτήτως, πάντως, πως τυγχάνουν αόριστοι αφενός, αφετέρου η αιτούσα δεν επικαλείται βλάβη ως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017 (βλ. και σκέψη 6), ειδικώς (ήτοι πέρα του γενικού διαγωνιστικού αποκλεισμού της) εξ αυτής της υποτιθέμενης παράνομης διαγωνιστικής διάσπασης–, όπως εξάλλου επισημαίνεται από τις από 22.03.2018 Απόψεις της Νομικής Υπηρεσίας του Δήμου, από την ανάγνωση του αντίστοιχου Πρακτικού όπως επικυρώθηκε από την προσβαλλόμενη απόφαση Ο.Ε. [βλ. χαρακτηριστικά σελ. 3-4 αυτής υπό 3. «.. οι προσφορές αποσφραγίσθηκαν και συγκεκριμένα αποσφραγίσθηκαν οι υποφάκελοι “Δικαιολογητικά συμμετοχής-Τεχνική προσφορά” των προσφορών...»· υπό 6. «Στη συνέχεια η Επιτροπή προέβη σε έλεγχο του περιεχομένου του ηλεκτρονικού φακέλου “Δικαιολογητικά συμμετοχής-Τεχνική προσφορά”· υπό 8. «Η Επιτροπή μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, προχώρησε στην αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών για τις εταιρίες που γίνονται αποδεκτές στο στάδιο αυτό»] δεν αποδεικνύεται πως έγινε ανεπίτρεπτη διάσπαση, κατά το επίμαχο Α΄ Στάδιο του κρίσιμου Διαγωνισμού, της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής από την εκτίμηση των Προσφορών κατά το τεχνικό σκέλος τους, πριν η ορισθείσα

Επιτροπή του Διαγωνισμού προχωρήσει στο επόμενο Β΄ Στάδιο του Ανοίγματος των Οικονομικών Προσφορών, το οποίο ουδέποτε έγινε ώστε να αποφασιστεί η κήρυξη του επίμαχου Διαγωνισμού ως άγονου. Πράγματι, όσον αφορά την αιτούσα, εφόσον στη Προσφορά της διαπιστώθηκαν οι ανωτέρω ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά συμμετοχής, τις οποίες εξάλλου παραδέχτηκε, η ορισθείσα Επιτροπή Διαγωνισμού δεν όφειλε, στο ίδιο διαγωνιστικό Στάδιο Α΄, να εξετάσει ακολούθως την υποβληθείσα Προσφορά της ως προς το τεχνικό σκέλος της. Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί και ο 2ος λόγος ακύρωσης.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη και η Παρέμβαση ως απαράδεκτη.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παραβόλο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 289/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28.03.2018 και εκδόθηκε στις 16.04.2018.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Νεκτάριος Μερτινός