

## ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

### ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

#### 2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ

#### ΑΠΟΦΑΣΗ ΥΠ' ΑΡΙΘΜΟΝ 114 / 2017

Το 2<sup>ο</sup> Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, συνεδρίασε στην έδρα της Αρχής στις 24 Οκτωβρίου 2017, δυνάμει της Πράξης του Προέδρου του, με αριθμό 20/2017 με την εξής σύνθεση: Στυλιανό Μαυρίδη, Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη μέλος και Εισηγητή, και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, μέλος.

Για να εξετάσει την από 28-09-2017 Προδικαστική Προσφυγή (με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 110/28-9-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙ/20/28-9-2017 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στη ..... Αττικής (οδός ..... αρ....) και εκπροσωπείται νόμιμα από τον Πρόεδρο του ΔΣ και Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτής ..... (εφεξής Προσφεύγουσα) κατά της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ Α.Ε.» (εφεξής «ΔΕΗ» ή Αναθέτων Φορέας ή ΑΦ).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα ζητεί α) να τροποποιηθεί ή ακυρωθεί το με ΑΡ/ΗΜ:ΕΚ 34089/11856/18-09-2017 έγγραφο του Αναθέτοντος Φορέα που γνωστοποιεί την Απόφαση της Επιτροπής Αποσφράγισης και Τυπικής Αξιολόγησης Προσφορών του Δημόσιου Ανοικτού Διαγωνισμού (αριθμ. πρωτ.: ΔΥΠ-611717) με Αντικείμενο: «Προμήθεια Γράσων» με σφραγισμένες προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια γράσων για τις ανάγκες της ΔΕΗ συνολικού προϋπολογισμού ανερχόμενου σε ένα εκατομμύριο τετρακόσιες τριάντα μία χιλιάδες τριακόσια είκοσι πέντε Ευρώ (1.431.325,00 €) χωρίς ΦΠΑ της ΔΕΗ, σύμφωνα με την οποία γίνεται δεκτή η προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα που υπέβαλε προσφορά με την επωνυμία «.....» και β) να αποκλειστεί η προσφορά του εν λόγω έτερου οικονομικού φορέα από τις περαιτέρω διαδικασίες του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Νικολάου Σαββίδη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 (εφεξής Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ή Κανονισμός) και τα άρθρα 363 παρ. 2 και 376 παρ.2 του Ν. 4412/2016 (ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ ελληνικού δημοσίου, συνολικού ποσού 7.156,63 Ευρώ, με κωδικό e-Παραβόλου 166677555957 1127 0079), δεδομένου ότι ο προϋπολογισμός της προμήθειας ανέρχεται σε ένα εκατομμύριο τετρακόσιες τριάντα μία χιλιάδες τριακόσια είκοσι πέντε Ευρώ (1.431.325,00 €) χωρίς ΦΠΑ, παράβολο που πληρώθηκε εμπρόθεσμα και δεσμεύτηκε αρμοδίως, σύμφωνα με την με ΑΠ:350/28-9-2017 βεβαίωση της αρμόδιας υπαλλήλου της ΑΕΠΠ ότι ήλεγξε και δέσμευσε το πιο πάνω παράβολο.

2. Επειδή, κατ' ορθή ερμηνεία του Νόμου και του δικογράφου της υπό κρίση Προσφυγής, α) προς εξέταση χωρεί μόνον το αίτημα για ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, σύμφωνα με τα άρθρα 345 παρ. 1 και 367 παρ. 2 Ν. 4412/2016, καθώς στην Α.Ε.Π.Π. δεν έχει κατά Νόμο δοθεί αρμοδιότητα τροποποίησης, παρά μόνον ακύρωσης εν όλω ή εν μέρει των πλησσομένων από τους Προσφεύγοντες Πράξεων, β) προσβαλλόμενη πράξη εν προκειμένω δεν είναι το με ΑΡ/ΗΜ:ΕΚ 34089/11856/18-09-2017 έγγραφο του Αναθέτοντος Φορέα, που γνωστοποιεί στους οικονομικούς φορείς που συμμετείχαν στον διαγωνισμό, μάλιστα κατά τους όρους του άρθρου 300 Ν. 4412/2016, προς γνώση τους και για τις νόμιμες συνέπειες, την Απόφαση της Επιτροπής Αποσφράγισης και Τυπικής Αξιολόγησης Προσφορών του διαγωνισμού για τις προσφορές που στο 1<sup>ο</sup> στάδιο του διαγωνισμού γίνονται τυπικά δεκτές και για αυτές που απορρίπτονται και για τους λόγους απόρριψής τους, γιατί το έγγραφο αυτό στερείται εκτελεστότητας (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 92/2014, σκέψη 5, 373/2013, σκ. 3, 323/2012 κ.α.), καθώς έχει χαρακτήρα γνωστοποίησης μίας πράξης, αλλά η ίδια η Απόφαση της ως άνω Επιτροπής του Αναθέτοντος Φορέα, που κατ' ορθή επισκόπηση των περιεχόμενων στον φάκελο εγγράφων εμπεριέχεται στο Πρακτικό Νο 1 της 18-09-2017 της ως άνω Επιτροπής, το σκεπτικό και διατακτικό της οποίας γνωστοποιήθηκε στους οικονομικούς φορείς που συμμετείχαν στον διαγωνισμό με το με ΑΡ/ΗΜ:ΕΚ 34089/11856/18-09-2017 έγγραφο του Αναθέτοντος Φορέα (εφεξής προσβαλλόμενη πράξη), η οποία στα πλαίσια του υπό κρίση διαγωνισμού κάνει τυπικά δεκτές τις προσφορές εκτός της δικής της και του άλλου οικονομικού φορέα που υπέβαλε προσφορά για τον υπό κρίση

διαγωνισμό με την επωνυμία «.....» και απέρριψε ως τυπικά μη αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....».

3. Επειδή, η Προσφεύγουσα εταιρεία κατά της προσβαλλόμενης άσκησε, δια του νόμιμου εκπροσώπου της, ..... του....., Προέδρου του ΔΣ και Διευθύνοντος Συμβούλου αυτής (βλ. την με Αριθ.Πρωτ.: 944022/10-10-2017 Ανακοίνωση καταχώρισης στην Υπηρεσία ΓΕΜΗ του τμήματος Μητρώου του Βιοτεχνικού Επιμελητηρίου Αθήνας του από 10-10-2017 Πρακτικού Δ.Σ. και της της αυτής ημερομηνίας Πρακτικού Γενικής Συνέλευσης της Προσφεύγουσας, όλα δημοσιευμένα και αναρτημένα στα ηλεκτρονικά τηρούμενα στοιχεία δημοσιότητας της προσφεύγουσας στο ΓΕΜΗ), με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της. Ήδη με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή η Προσφεύγουσα, η οποία υπέβαλε προσφορά για τον υπόψη διαγωνισμό και δια της προσβαλλόμενης έγινε δεκτή και εγκρίθηκε η συμμετοχή της στα περαιτέρω στάδια του διαγωνισμού, βάλλει κατά του σκέλους αυτής, με το οποίο γίνεται δεκτή, πλην της δικής της, και η προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» που επίσης υπέβαλε και με την προσβαλλόμενη έγινε δεκτή η προσφορά του και εγκρίθηκε η συμμετοχή του στα περαιτέρω στάδια του διαγωνισμού, επικαλούμενη ότι α) το υπό του έτερου οικονομικού φορέα υποβληθέν Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (εφεξής ΕΕΕΣ) δεν έφερε τις υπογραφές όλων των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου, ούτε του Διευθύνοντα Συμβούλου αυτής, αλλά έχει υπογραφεί από τρίτο πρόσωπο αυτής, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης (6.2.4) και του άρθρου 73 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, β) ο ως άνω οικονομικός φορέας παρέλειψε να υποβάλει την προβλεπόμενη στην παρ. 6.2.4.1 της διακήρυξης υπεύθυνη δήλωση και γ) την προβλεπόμενη στην παρ. 6.2.4.1 της διακήρυξης υπεύθυνη δήλωση υπό του έτερου οικονομικού φορέα έπρεπε να έχει υπογράψει ο νόμιμος εκπρόσωπός του (Πρόεδρος ΔΣ ή Διευθύνων Σύμβουλος αυτής) και όχι τρίτο πρόσωπο.

4. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης αυτής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (την 25-07-2017 με αρ. 2017/S 141-291272) των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της

κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 αντικατασταθέντος προσφάτως με το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116). Σημειωτέον, ότι, παρά τις διατάξεις των άρθρων της παρ. 1 του αρ. 296 Ν. 4412/2016, οι οποίες εφαρμόζονται στον υπόψη διαγωνισμό, δεδομένου ότι ο Αναθέτων Φορέας και ο διαγωνισμός υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016, η διακήρυξη δεν δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ. Το ζήτημα αυτό, ωστόσο, δεν εξετάζεται περαιτέρω, στα πλαίσια της υπό κρίση Προσφυγής, κατά τις διατάξεις της παρ. 1 του αρ. 345 και του αρ. 360 Ν. 4412/2016, καθόσον δεν εγείρεται σχετικό παράπονο για βλάβη της από την Προσφεύγουσα.

5. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι, όπως προκύπτει από την περιεχόμενη στον φάκελο τηλεμοιοτυπία (FAX/ΔΥΠ/34089/11856/18.09.2017), η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στην Προσφεύγουσα την 18-09-2017 και η τελευταία άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ στις 28-09-2017, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας. Σημειωτέον, ότι το γεγονός της εμπρόθεσμης άσκησης της υπό κρίση προσφυγής κατά τα άνω δεν αμφισβητήθηκε από τον Αναθέτοντα Φορέα, ούτε εξάλλου λάβαμε γνώση αν υφίστατο άλλη μορφή επικοινωνίας μεταξύ Αναθέτοντα Φορέα και οικονομικών φορέων που συμμετείχαν στον υπόψη διαγωνισμό, ούτε ο διαγωνισμός διενεργείται στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), ηλεκτρονικά, παρά τα οριζόμενα στις διατάξεις των αρ. 258 Ν. 4412/2016, ούτε μας γνωρίστηκε από τον Αναθέτοντα Φορέα ότι ο διαγωνισμός διενεργείται σε δικό του διαδικτυακό τόπο, στον οποίο λειτουργούν δικά του ηλεκτρονικά μέσα επικοινωνίας, σύμφωνα με τις απαιτήσεις των παραγράφων 1 έως 6 και 8 του παραπάνω άρθρου και το άρθρο 259 Ν. 4412/16, αναλογικά εφαρμοζόμενο, στον οποίο άλλωστε και αν υπάρχει, δεν μας δόθηκε και ποτέ πρόσβαση, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 9 του Π.Δ. 39/2016, αναλογικά εφαρμοζόμενο, ώστε να δυνάμεθα να ελέγξουμε αυτεπαγγέλτως το βάσιμο της ημερομηνίας και του περιεχομένου των μεταξύ ΑΦ και Οικονομικών Φορέων επικοινωνιών, ούτε μας γνωρίστηκε ως εφαρμοζόμενη τυχόν υπάρχουσα κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, καθώς και του αρμόδιου κατά περίπτωση εποπτεύοντος Υπουργού, με την οποία να έχει χορηγηθεί

στον Αναθέτοντα Φορέα η δυνατότητα παρέκκλισης από την υποχρέωση εκτέλεσης των επικοινωνιών, καθώς και των ανταλλαγών πληροφοριών, στα πλαίσια διαγωνιστικών διαδικασιών, δυνάμει του δευτέρου βιβλίου του Ν. 4412/16, μέσω του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. Το ζήτημα αυτό, ωστόσο, δεν εξετάζεται περαιτέρω, στα πλαίσια της υπό κρίση Προσφυγής, κατά τις διατάξεις της παρ. 1 του αρ. 345 και του αρ. 360 Ν. 4412/2016, καθόσον δεν εγείρεται σχετικό παράπονο για βλάβη της από την Προσφεύγουσα.

6. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 η Προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη α) την τροποποίηση, άλλως την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, ήτοι του Πρακτικού Νο1 της 18-09-2017 της Επιτροπής Αποσφράγισης και Τυπικής Αξιολόγησης Προσφορών του υπό κρίση διαγωνισμού και της σε αυτό περιεχόμενης Απόφασης της ως άνω Επιτροπής, το σκεπτικό και διατακτικό της οποίας γνωστοποιήθηκε στους οικονομικούς φορείς που συμμετείχαν στον διαγωνισμό με το με ΑΡ/ΗΜ:ΕΚ 34089/11856/18-09-2017 έγγραφο του Αναθέτοντος Φορέα και ιδίως κατά το σκέλος αυτής, με το οποίο γίνεται τυπικά δεκτή, πλην της δικής της, και η προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» που επίσης υπέβαλε και με την προσβαλλόμενη έγινε δεκτή η προσφορά του και εγκρίθηκε η συμμετοχή του στα περαιτέρω στάδια του διαγωνισμού και β) τον αποκλεισμό της προσφοράς του εν λόγω έτερου οικονομικού φορέα από τις περαιτέρω διαδικασίες του διαγωνισμού, επομένως ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό της προσφοράς του έτερου οικονομικού φορέα στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού.

Επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

7. Επειδή, σύμφωνα με το Ν. 1468/1950 (ιδρυτικός νόμος ΔΕΗ), αλλά και το Π.Δ. 333/2000 που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του Ν. 2773/1999 (μετατροπή της σε ανώνυμη εταιρεία), η ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΑΕ έχει κύριο σκοπό της την κατασκευή και εκμετάλλευση υδροηλεκτρικών και θερμοηλεκτρικών εργοστασίων στην χώρα, την εγκατάσταση εθνικού δικτύου για την μεταφορά της παραγόμενης ηλεκτρικής ενέργειας και την διάθεσή της, επομένως στον υπό κρίση διαγωνισμό εφαρμόζονται οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 (άρθρα 222 έως 338), σύμφωνα με τις διατάξεις του άρ. 229 του πιο πάνω Νόμου (άρθρο 9 της Οδηγίας 2014/25), δεν συνιστά δε Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις

διατάξεις του άρθρου 223 του Νόμου (άρθρο 3 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), αλλά Αναθέτοντα Φορέα. Ο αναθέτων Φορέας, εξάλλου, περιλαμβάνεται στις ανώνυμες εταιρείες του Κεφ. Β' του Ν. 3429/2005, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5 του αρ. 1 του Νόμου αυτού, καθόσον ως γνωστόν οι μετοχές του εισήχθησαν στο Χρηματιστήριο Αθηνών το έτος 2001 και έκτοτε διαπραγματεύονται στην κύρια αγορά του, έκτοτε δε και μέχρι σήμερα το Ελληνικό Δημόσιο εξακολουθεί να συμμετέχει στο μετοχικό του κεφάλαιο, επομένως στον υπό κρίση διαγωνισμό δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 279, 281, 302, 315 έως 317, 326 έως 333, του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 (άρθρα 222 έως 338), καθώς και των παρ. 4,5 και 6 του άρθρου 1, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 7 του άρθρου 222 του ίδιου Νόμου (άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ). Κατά τα λοιπά, στον υπό κρίση διαγωνισμό εφαρμοστέες είναι οι λοιπές διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 (άρθρα 222 έως 338) και η διακήρυξη του διαγωνισμού.

8. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του αρ. 305 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό. Συνεπώς, οι Αναθέτοντες Φορείς μπορούν να χρησιμοποιούν άλλους κανόνες και κριτήρια, αρκεί αυτοί να είναι σαφείς και πλήρεις και να προβλέπονται στην διακήρυξη, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 281 του Ν. 4412/2016. Το άρθρο 73, εξάλλου, του Ν. 4412/2016 προβλέπει ότι: « ...  
*1. Οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης όταν αποδεικνύουν, με την επαλήθευση που προβλέπεται στα άρθρα 79 έως 81 ή είναι γνωστό στην αναθέτουσα αρχή με άλλο τρόπο, ότι υπάρχει εις βάρος του τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους: α) συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 2 της απόφασης-πλαίσιο 2008/841/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 24ης Οκτωβρίου 2008, για την καταπολέμηση του οργανωμένου εγκλήματος(ΕΕ L 300 της 11.11.2008 σ.42), β) δωροδοκία, όπως ορίζεται στο άρθρο 3 της σύμβασης περί της καταπολέμησης της διαφθοράς στην οποία ενέχονται υπάλληλοι των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ή των κρατών-μελών της Ένωσης (ΕΕ C 195 της 25.6.1997, σ. 1) και στην παράγραφο 1 του άρθρου 2 της απόφασης-πλαίσιο 2003/568/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 22ας Ιουλίου 2003, για την καταπολέμηση της δωροδοκίας στον ιδιωτικό τομέα (ΕΕ L 192 της 31.7.2003, σ. 54), καθώς και όπως ορίζεται στην κείμενη νομοθεσία ή στο εθνικό δίκαιο του οικονομικού*

φορέα, γ) απάτη, κατά την έννοια του άρθρου 1 της σύμβασης σχετικά με την προστασία των οικονομικών συμφερόντων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (EE C 316 της 27.11.1995, σ. 48), η οποία κυρώθηκε με το ν. 2803/2000 (Α΄ 48), δ) τρομοκρατικά εγκλήματα ή εγκλήματα συνδεδεμένα με τρομοκρατικές δραστηριότητες, όπως ορίζονται, αντιστοίχως, στα άρθρα 1 και 3 της απόφασης-πλαίσιο 2002/475/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 13ης Ιουνίου 2002, για την καταπολέμηση της τρομοκρατίας (EE L 164 της 22.6.2002, σ. 3) ή ηθική αυτουργία ή συνέργεια ή απόπειρα διάπραξης εγκλήματος, όπως ορίζονται στο άρθρο 4 αυτής, ε) νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες ή χρηματοδότηση της τρομοκρατίας, όπως αυτές ορίζονται στο άρθρο 1 της Οδηγίας 2005/60/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Οκτωβρίου 2005, σχετικά με την πρόληψη της χρησιμοποίησης του χρηματοπιστωτικού συστήματος για τη νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και τη χρηματοδότηση της τρομοκρατίας (EE L 309 της 25.11.2005, σ. 15), η οποία ενσωματώθηκε στην εθνική νομοθεσία με το ν. 3691/2008 (Α΄ 166), στ) παιδική εργασία και άλλες μορφές εμπορίας ανθρώπων, όπως ορίζονται στο άρθρο 2 της Οδηγίας 2011/36/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 5ης Απριλίου 2011, για την πρόληψη και την καταπολέμηση της εμπορίας ανθρώπων και για την προστασία των θυμάτων της, καθώς και για την αντικατάσταση της απόφασης-πλαίσιο 2002/629/ΔΕΥ του Συμβουλίου (EE L 101 της 15.4.2011, σ. 1), η οποία ενσωματώθηκε στην εθνική νομοθεσία με το ν. 4198/2013 (Α΄ 215). Η υποχρέωση αποκλεισμού οικονομικού φορέα εφαρμόζεται επίσης όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά ιδίως: αα) στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.), τους διαχειριστές, ββ) στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον Διευθύνοντα Σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου.». Περαιτέρω, η παρ. 1 του αρ. 79 περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) προβλέπει ότι: «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω

οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις:  
α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν,  
β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77...». Η παρ. 3 του ίδιου άρθρου, επιπλέον προβλέπει ότι: «3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή.» Η παρ. 5 ωστόσο του ίδιου άρθρου προβλέπει «5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας.».

Κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων α) το ΕΕΕΣ δύναται να ζητείται από τους αναθέτοντες φορείς του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων η συνολική προϋπολογισθείσα αξία των οποίων είναι ανώτερη από τα όρια των περιπτ. (α) και (β) του άρθρου 235 του Ν. 4412/2016, β) συνιστά προκαταρκτική απόδειξη μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016 γ) αποτελεί υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), αντικαθιστώντας την υποχρέωση των οικονομικών φορέων να προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τα πιστοποιητικά που αποδεικνύουν μεταξύ άλλων τη μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016, δ) σύμφωνα με τις οδηγίες που παρέχονται από το Παράρτημα Ι του Εκτελεστικού Κανονισμού 2016/7, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες περισσότερα από ένα φυσικά πρόσωπα είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ενός οικονομικού φορέα ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό, κάθε άτομο ενδέχεται να πρέπει υπογράψει το ίδιο ΕΕΕΣ, σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον οικονομικό φορέα συμπεριλαμβανομένων των διατάξεων περί προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Η υποχρέωση υπογραφής, αφορά ιδίως τα άτομα που αναφέρονται στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 για τις εταιρικές μορφές της Ο.Ε, Ε.Ε, Ε.Π.Ε και Α.Ε., (βλ. Απόφαση 66/2017 ΑΕΠΠ και τις στην σκέψη 9 αυτής παραπομπές), ε) παρά την σχετική συζήτηση που έχει ξεκινήσει σχετικά με το διοικητικό βάρος που μπορεί να γεννά η υποχρέωση υπογραφής του ΕΕΕΣ από όλα τα πιο πάνω πρόσωπα που αναφέρονται ανωτέρω και την πρόταση για ειδική νομοθετική μεταρρύθμιση που επιβάλλεται προκειμένου να είναι δυνατόν να



παρέχεται εξουσιοδότηση στο νόμιμο εκπρόσωπο νομικού προσώπου να υπογράψει το ΕΕΕΣ και για λογαριασμό των λοιπών ως άνω προσώπων (βλ. υπ' αριθ. 3367/29-5-2027 έγγραφο Δ/σης Νομικών Υπηρεσιών Γενικής Δ/σης Συμβάσεων Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με θέμα «Υπογραφή ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ», μέχρι σήμερα, δεν υπάρχει στο εθνικό νομοθετικό πλαίσιο, σχετική διάταξη, που να παρέχει τέτοια δυνατότητα, απεναντίας, λόγω του αμιγώς προσωποπαγούς χαρακτήρα της ποινικής ευθύνης, για την οποία παρέχονται πληροφορίες στα σχετικά έντυπα (ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ), σε αντίστοιχο ζήτημα που είχε τεθεί για την υπεύθυνη δήλωση που υπέβαλαν οι προσφέροντες, στο πλαίσιο του ήδη καταργηθέντος Κανονισμού Προμηθειών του Δημοσίου (Π.Δ. 118/2007), έχει κριθεί ότι «... την υπεύθυνη δήλωση πρέπει να την υπογράψει ο ίδιος ο δηλών και δεν επιτρέπεται η υπογραφή της από τρίτα πρόσωπα που είναι εφοδιασμένα με ειδικό ή γενικό πληρεξούσιο, διαφορετικά, πιθανολογήθηκε σοβαρώς ότι δεν είναι νόμιμη (ΔΕφΑθ 618/2013). Τούτο προκύπτει, ... και από το σκοπό του νόμου ... που συνίσταται στη διευκόλυνση του διοικούμενου από τη συλλογή αποδεικτικών στοιχείων και στην ταχύτερη διεκπεραίωση των υποθέσεων του με την ανάληψη όμως της ποινικής ευθύνης για τυχόν ανακρίβεια του περιεχομένου της δήλωσης (άρθρ. 22 παρ. 6 ν. 1599/1986.)»

9. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση η διακήρυξη του υπόψη διαγωνισμού, στο άρθρο 3.1.2 του Τεύχους 1 αυτής, περί μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού, προβλέπει ότι: «Κάθε οικονομικός φορέας αποκλείεται από τη συμμετοχή στη 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 σύμπραξης φυσικών ή νομικών προσώπων) ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων: Α. όταν υπάρχει εις βάρος του προσφέροντος τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση βάσει της ενωσιακής ή εθνικής νομοθεσίας, που αναφέρεται αναλυτικά στην παράγραφο 6.2.4.1 του Τεύχους 2 της παρούσας Διακήρυξης, για έναν από τους ακόλουθους λόγους: Α.1 συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση, Α.2 διαφθορά, δωροδοκία, Α.3 απάτη, Α.4 τρομοκρατικά εγκλήματα ή εγκλήματα συνδεδεμένα με τρομοκρατικές δραστηριότητες ή ηθική αυτουργία ή συνέργεια ή απόπειρα διάπραξης εγκλήματος, Α.5 νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες ή χρηματοδότηση της τρομοκρατίας, Α.6 παιδική εργασία και άλλες μορφές εμπορίας ανθρώπων. Ο οικονομικός φορέας αποκλείεται επίσης όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. ...», στο δε άρθρο

6.2.4.1 του Τεύχους 2 αυτής ότι σε βάρος του υποψηφίου αναδόχου δεν πρέπει να υπάρξει αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση, για έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους λόγους: «α. συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 2 της απόφασης-πλαίσιο 2008/841/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 24ης Οκτωβρίου 2008, για την καταπολέμηση του οργανωμένου εγκλήματος (L 300 της 11.11.2008 σελ. 42), β. δωροδοκία, όπως ορίζεται στο άρθρο 3 της σύμβασης περί της καταπολέμησης της διαφθοράς στην οποία ενέχονται υπάλληλοι των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ή των κρατών-μελών της Ένωσης (EE C 195 της 25.6.1997, σελ. 1) και στην παράγραφο 1 του άρθρου 2 της απόφασης-πλαίσιο 2003/568/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 22ας Ιουλίου 2003, για την καταπολέμηση της δωροδοκίας στον ιδιωτικό τομέα (EE L 192 της 31.7.2003, σελ. 54), καθώς και όπως ορίζεται στην κείμενη νομοθεσία ή στο εθνικό δίκαιο του οικονομικού φορέα, γ. απάτη, κατά την έννοια του άρθρου 1 της σύμβασης σχετικά με την προστασία των οικονομικών συμφερόντων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (EE C 316 της 27.11.1995, σ. 48), η οποία κυρώθηκε με το ν. 2803/2000 (Α` 48), δ. τρομοκρατικά εγκλήματα ή εγκλήματα συνδεδεμένα με τρομοκρατικές δραστηριότητες, όπως ορίζονται, αντιστοίχως, στα άρθρα 1 και 3 της απόφασης-πλαίσιο 2002/475/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 13ης Ιουνίου 2002, για την καταπολέμηση της τρομοκρατίας (EE L 164 της 22.6.2002, σελ. 3) ή ηθική αυτουργία ή συνέργεια ή απόπειρα διάπραξης εγκλήματος, όπως ορίζονται στο άρθρο 4 αυτής, ε. νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες ή χρηματοδότηση της τρομοκρατίας, όπως αυτές ορίζονται στο άρθρο 1 της Οδηγίας 2005/60/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Οκτωβρίου 2005, σχετικά με την πρόληψη της χρησιμοποίησης του χρηματοπιστωτικού συστήματος για τη νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και τη χρηματοδότηση της τρομοκρατίας (EE L 309 της 25.11.2005, σελ. 15), η οποία ενσωματώθηκε στην εθνική νομοθεσία με το ν. 3691/2008 (Α` 166), στ. παιδική εργασία και άλλες μορφές εμπορίας ανθρώπων, όπως ορίζονται στο άρθρο 2 της Οδηγίας 2011/36/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 5ης Απριλίου 2011, για την πρόληψη και την καταπολέμηση της εμπορίας ανθρώπων και για την προστασία των θυμάτων της, καθώς και για την αντικατάσταση της απόφασης-πλαίσιο 2002/629/ΔΕΥ του Συμβουλίου (EE L 101 της 15.4.2011, σ.1), η οποία ενσωματώθηκε στην εθνική νομοθεσία με το ν. 4198/2013 (Α` 215). ... Σε περίπτωση συμμετοχής νομικού προσώπου, το ως άνω δικαιολογητικό αφορά: i. τους Διαχειριστές, όταν το νομικό πρόσωπο είναι Ο.Ε, Ε.Ε ή Ε.Π.Ε. ή ΙΚΕ, ii. τον Πρόεδρο του Δ.Σ., το Διευθύνοντα Σύμβουλο και τα λοιπά μέλη του Δ.Σ., όταν το νομικό πρόσωπο είναι Α.Ε., iii.

σε κάθε άλλη περίπτωση νομικού προσώπου, τους νομίμους εκπροσώπους του και iv. τον Πρόεδρό του, όταν ο προσφέρων είναι συνεταιρισμός.» Επειδή περαιτέρω, για την απόδειξη ανυπαρξίας των ανωτέρω, η διακήρυξη, στο άρθρο 6.2.4 του Τεύχους 2 αυτής, προβλέπει την υποβολή ΕΕΕΣ από τους προσφέροντες, το οποίο ο Αναθέτων Φορέας έχει συντάξει προσαρμοσμένο σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης του Διαγωνισμού και έχει παραγάγει αυτό σε μορφή συμπιεσμένων αρχείων XML και PDF, αρχεία που αναρτώνται χωριστά στο χώρο του διαγωνισμού της Διακήρυξης στην ιστοσελίδα της ΔΕΗ Α.Ε., τα οποία δύνανται να χρησιμοποιήσουν οι οικονομικοί φορείς για να συντάξουν το ΕΕΕΣ, στο οποίο αφού συμπληρώσουν τα κατάλληλα πεδία σύμφωνα με το συνημμένο στη διακήρυξη υπόδειγμα ΕΕΕΣ και παράγουν/εκτυπώσουν την απάντησή τους σε μορφή αρχείου pdf, συμπεριλαμβάνουν αυτό στο Φάκελο Α της προσφοράς τους, υπογεγραμμένο από τον εξουσιοδοτημένο εκπρόσωπο ενός εκάστου προσφέροντος (Μέρος VI αυτού).

10. Επειδή, από την γραμματική διατύπωση της αμέσως πιο πάνω πρόβλεψης της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού, προκύπτει, χωρίς αμφιβολία, διαφοροποίηση από τις προβλέψεις του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016, όπως αναλύθηκαν στην σκέψη 8 της παρούσας περί υπογραφής του ΕΕΕΣ όχι από εξουσιοδοτημένο εκπρόσωπο, αλλά από όλα τα μέλη του ΔΣ στο παράδειγμα της Ανώνυμης εταιρείας, γεννάται εν προκειμένω το νομικό ζήτημα αν είναι η αμέσως πιο πάνω πρόβλεψη της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού νόμιμη και, εφόσον δεν είναι, αν δεσμεύει τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στον διαγωνισμό.

11. Επειδή, σύμφωνα με όσα αναλυτικά εκτέθηκαν στην σκέψη 8 της παρούσας, το ΕΕΕΣ που αποτελεί υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), αντικαθιστώντας την υποχρέωση των οικονομικών φορέων να προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τα πιστοποιητικά που αποδεικνύουν μεταξύ άλλων τη μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016, δεν επιτρέπεται να υπογράφεται από τρίτα πρόσωπα που είναι εφοδιασμένα με ειδικό ή γενικό πληρεξούσιο, αντίθετα πρέπει να υπογράφεται από όλα τα άτομα που αναφέρονται στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 για τις εταιρικές μορφές της Ο.Ε., Ε.Ε., Ε.Π.Ε και Α.Ε., (βλ. Απόφαση 66/2017 ΑΕΠΠ και τις στην σκέψη 9 αυτής παραπομπές). Επομένως ο σχετικός όρος της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού δεν είναι νόμιμος, όσα αντίθετα δε υποστηρίζει ο Αναθέτων Φορέας στις από 16-10-2017 Απόψεις του είναι αβάσιμα.

12. Επειδή, ωστόσο, οι διατάξεις της Διακήρυξης υπερισχύουν των διατάξεων του αρ. 79 Ν. 4412/2016, καθώς οι πρώτες δεν παραπέμπουν ευθέως στις δεύτερες, είναι δε ειδικότερες και αφορώσες το συγκεκριμένο διαγωνισμό, εφαρμόστηκαν δε για όλους τους διαγωνιζόμενους, χωρίς διάκριση, ενώ, αντίθετα με τα όσα προβάλλει η Προσφεύγουσα, η τυχόν απόρριψη της προσφοράς έτερου οικονομικού φορέα, παρά την υποβολή του ΕΕΕΣ, κατά τα ανωτέρω, θα ερχόταν σε αντίθεση με ρητό σχετικό όρο της Διακήρυξης και, κατά συνέπεια, με την αρχή της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή τους, καθώς και την εντεύθεν απορρέουσα αρχή της τήρησης ενιαίου μέτρου κρίσης μεταξύ των διαγωνιζομένων κατά την αξιολόγηση των προσφορών τους (πρβλ. ΣΤΕ 804/2010 κ.α., ΣΤΕ, ΕΑ 689/2011, 311/2009 κ.α.). Δεν μπορεί, εξάλλου, να κριθεί άκυρη πράξη, στο στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, που στηρίχτηκε σε όρο της διακήρυξης αντίθετο προς διατάξεις εθνικής νομοθεσίας, όταν κατά μείζονα λόγο έχει κριθεί ότι δεν είναι αφ' εαυτής άκυρη ή ακυρωτέα η σύμβαση που καταρτίστηκε με βάση όρο της διακήρυξης αντίθετο προς τις διατάξεις του ενωσιακού δικαίου, αφού η ακυρότητα του σχετικού όρου δεν θίγει την ίδια τη σύμβαση που καταρτίστηκε πριν ο όρος να ακυρωθεί ή αναλόγως να αναγνωρισθεί δικαστικά η ακυρότητά του (βλ. ΑΠ 1727/2014). Πράγματι, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο την αρχή που διενεργεί τον διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζόμενους ... Ενόψει αυτών, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος ... υποβάλλει τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 19/2011, ΣΤΕ 1329/2008 Η παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά (ΟΛΣΤΕ 2137/1993), σε κάθε περίπτωση δε, οι σχετικοί περιορισμοί πρέπει να είναι πρόσφοροι για την υλοποίηση του σκοπού που επιδιώκουν και να μην υπερβαίνουν το αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού μέτρο, αφού διαφορετικά παρεμποδίζεται δυσανάλογα το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, που εντάσσεται στους επιδιωκόμενους από τους κοινοτικούς κανόνες σκοπούς (πρβλ. σχετ. ΔΕΚ αποφάσεις της 19.5.2009, C-538/07, Assitur και της 16.12.2008, C-213/07, Μηχανική). Εξάλλου, ούτε η Προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ούτε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι η Προσφεύγουσα προσέβαλε τον υπό όψη όρο της διακήρυξης ως παράνομο ούτε αρνήθηκε να υποβάλει υπεύθυνη δήλωση

ότι αποδέχεται ανεπιφύλακτα τους όρους της διακήρυξης, ώστε να διατηρεί το έννομο συμφέρον της για την προσβολή του όρου ως παρανόμου. Σε κάθε περίπτωση ο σκοπός της διακήρυξης και του νόμου περί μη συνδρομής των προβλεπόμενων στο άρθρο 3.1.2 του Τεύχους 1 της διακήρυξης στο πρόσωπο των μελών της διοίκησης κάθε οικονομικού φορέα που υποβάλει προσφορά στον υπόψη διαγωνισμό επί ποινή αποκλεισμού ικανοποιείται από την δυνατότητα του Αναθέτοντα Φορέα να ζητήσει από όλους τους Οικονομικούς Φορείς και αυτοί να τα προσκομίσουν επί ποινή αποκλεισμού οποτεδήποτε κατά την διάρκεια του διαγωνισμού, πλέον της υποβολής του ΕΕΕΣ το σύνολο των σχετικών πιστοποιητικών που προβλέπει το άρθρο 6.2.4.1 του Τεύχους 2 της διακήρυξης. Μάλιστα, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 6.2.4.2. του Τεύχους 2 της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού *«Μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των προσφορών και τον καθορισμό της σειράς μειοδοσίας, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 8 του παρόντος τεύχους, συμπεριλαμβανομένων και της ολοκλήρωσης της διαδικασίας κλήρωσης, σε περίπτωση πλειόνων μειοδοτών λόγω ισοδυναμίας/ισοτιμίας των προσφορών, καθώς και της εκδίκασης τυχόν προσφυγών, από την αρμόδια Επιτροπή προσκαλείται ο προσφέρων για τον οποίο πρόκειται να προταθεί να γίνει κατακύρωση, εντός προθεσμίας κατά μέγιστο είκοσι (20) ημερών από τη σχετική ειδοποίηση, που του αποστέλλεται εγγράφως με τηλεμοιοτυπία (FAX) ή ηλεκτρονικά, να προσκομίσει τα αποδεικτικά της παραγράφου 6.2.4.1.»*, δηλαδή τα πιστοποιητικά νομιμοποίησης και μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού. Συνεπώς και για την Προσφεύγουσα και για τον έτερο οικονομικό Φορέα, η διακήρυξη, προβλέπει εν τέλει προ της κατακύρωσης και την προσκόμιση των πιστοποιητικών που λόγω της προαποδεικτικής λειτουργίας του ΕΕΕΣ δεν προσκομίζονται με την υποβολή της προσφοράς, ώστε σε καμία περίπτωση δεν κινδυνεύουν τα συμφέροντα του Αναθέτοντος Φορέα, ούτε το δημόσιο συμφέρον. Επομένως, σύμφωνα με τα παραπάνω, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής είναι αβάσιμος.

13. Επειδή, εξάλλου, για τους λόγους που αναπτύσσονται στην αμέσως παραπάνω σκέψη, ήτοι ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη διακήρυξη (ΕΑ του ΣτΕ 18, 19/2011,

3703/2010, 1616, 254/2008). Καθόσον, επομένως από την γραμματική διατύπωση της διακήρυξης στο άρθρο 6.2.4.1. του Τεύχους 2 αυτής που προβλέπει ότι «Οι διαγωνιζόμενοι δεσμεύονται να προσκομίσουν επί ποινή αποκλεισμού σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας τους ζητηθεί από τη ΔΕΗ Α.Ε., όλα ή μέρος των σχετικών δικαιολογητικών και στοιχείων που αναφέρονται στις ως άνω δηλώσεις και στο ΕΕΕΣ, εντός ευλόγου προθεσμίας και όπως αυτά εξειδικεύονται παρακάτω: ...», προκύπτει ότι δεν προβλέπεται η προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης, απλώς τονίζεται ότι αν δεν προσκομίσουν τα στο εν λόγω άρθρο αναφερόμενα πιστοποιητικά όταν τους ζητηθούν οι διαγωνιζόμενοι θα αποκλειστούν, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, αν δεν προσκόμισε τέτοια υπεύθυνη δήλωση. Αν, αντίθετα, ο Αναθέτων Φορέας απέκλειε διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα εξαιτίας μη προσκόμισης τέτοιας υπεύθυνης δήλωσης, η πράξη του αυτή, όπως βάσιμα προβάλλει ο αναθέτων φορέας στις από 16-10-2017 Απόψεις του, θα αντίκειται στην αρχή της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης, όπως στην σκέψη 12 της παρούσας αναλύεται. Είναι επομένως αβάσιμος και ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

14. Επειδή, περαιτέρω, στα περιεχόμενα έγγραφα του Φακέλου Α που πρέπει να υποβάλει κάθε οικονομικός φορέας στον υπό κρίση διαγωνισμό, στο άρθρο 6.2.2 του Τεύχους 2 της διακήρυξης προβλέπεται να προσκομίζεται: «6.2.2 Υπεύθυνη Δήλωση (ΥΔ) του ν. 1599/1986. Με την ως άνω ΥΔ ο διαγωνιζόμενος όταν είναι νομικό πρόσωπο θα δηλώνει ότι : i. είναι εγγεγραμμένος στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο (Γ.Ε.ΜΗ.) με αριθ. μερίδας ..... και τηρεί όλες τις υποχρεώσεις δημοσιότητας σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία και ειδικότερα το Ν. 3419/2005 ή σε περίπτωση αλλοδαπών προσώπων στο αντίστοιχο μητρώο, όπως ισχύει. ii. μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου ή διαχειριστές του νομικού προσώπου είναι: ..... iii. νόμιμος εκπρόσωπος του προσφέροντος νομικού προσώπου είναι ..... iv. Το νομικό πρόσωπο νομίμως:iv.1 αποφάσισε να συμμετάσχει στο Διαγωνισμό ....., προκειμένου να συναφθεί η υπόψη Σύμβαση iv.2 όρισε τον/τους ..... να υπογράψουν την προσφορά iv.3 όρισε τον ..... ως αντίκλητο, ο οποίος πρέπει να είναι κάτοικος ....., και να εξουσιοδοτείται να παραλαμβάνει τα έγγραφα που έχουν σχέση με τη διεξαγωγή της Διαδικασίας. Ο ορισμός αντικλήτου είναι υποχρεωτικός μόνο για τις περιπτώσεις που ο διαγωνιζόμενος δεν έχει έδρα στην περιφέρεια όπου διενεργείται η διαδικασία. Ο ορισμός του μπορεί να γίνει και μετά την υποβολή της προσφοράς κατόπιν αιτήματος της Επιτροπής, αίτημα το οποίο ο

Διαγωνιζόμενος υποχρεούται να ικανοποιήσει αμελλητί. iv.4 όρισε τον/τους ..... να παρίστανται ως εκπρόσωποί του κατά την αποσφράγιση των προσφορών, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παράγραφο 7.2 του παρόντος τεύχους. Όταν ο διαγωνιζόμενος είναι φυσικό πρόσωπο η ως άνω ΥΔ θα καλύπτει τις παραγράφους i, iv.3 και εάν δεν παρίσταται αυτοπροσώπως στην αποσφράγιση και την iv.4 εφόσον το επιθυμεί.». Από την γραμματική διατύπωση του εν λόγω όρου δεν προκύπτει το πρόσωπο που καλείται να υπογράψει την εν λόγω υπεύθυνη δήλωση, για λογαριασμό του νομικού προσώπου, αορίστως δε προβάλλει η Προσφεύγουσα τον ισχυρισμό ότι αφορά αυστηρά και μόνον το Νόμιμο Εκπρόσωπο του έτερου οικονομικού Φορέα με την επωνυμία ..... γιατί αυτός αποφασίζει να συμμετέχει στον υπόψη διαγωνισμό και ορίζει έτερα πρόσωπα της εταιρείας του για διάφορες υπευθυνότητες για την εκτέλεση της Σύμβασης. Απεναντίας, οι ανώνυμες εταιρείες, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 18 του Ν. 2190/1920, όπως τροποποιηθεί και ισχύει εκπροσωπούνται επί δικαστηρίου και εξωδίκως υπό του Διοικητικού αυτής Συμβουλίου, ενεργούντος συλλογικώς, το Διοικητικό Συμβούλιο δε σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 22 του ίδιου Νόμου είναι αρμόδιο ν' αποφασίζει πάσα πράξη αφορώσα εις την διοίκηση της εταιρείας εις την διαχείρισιν της περιουσίας αυτής και εις την εν γένει επιδίωξιν του σκοπού της εταιρείας. Σύμφωνα, τέλος, με την παρ. 3 του πιο πάνω άρθρου, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει «επιτρέπεται το καταστατικό να ορίζει θέματα για τα οποία το διοικητικό συμβούλιο μπορεί να αναθέτει τις εξουσίες του διαχείρισης και εκπροσώπησης σε ένα ή περισσότερα πρόσωπα, μέλη του ή μη. ... Τα πρόσωπα αυτά μπορούν, εφόσον δεν το απαγορεύει το καταστατικό και προβλέπεται από τις αποφάσεις του διοικητικού συμβουλίου, να αναθέτουν περαιτέρω την άσκηση των εξουσιών που τους ανατέθηκαν ή μέρους τούτων σε άλλα μέλη ή τρίτους. Κατά την έννοια των πιο πάνω διατάξεων η Ανώνυμη Εταιρεία δύναται με Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου αυτής να ορίσει πρόσωπο μέλος του ή τρίτο να ασκήσει οιαδήποτε εξουσία διαχείρισης ή εκπροσώπησης, όπως π.χ. την υποβολή προσφοράς σε διαγωνισμό σύναψης δημόσιας σύμβασης προμήθειας.

15. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου η Ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» μεταξύ των δικαιολογητικών του Φακέλου Α της προσφοράς για τον υπό κρίση διαγωνισμό υπέβαλε και το από 11 Αυγούστου 2017 Πρακτικό Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου αυτής, σύμφωνα με το οποίο το Διοικητικό Συμβούλιο έλαβε απόφαση για την συμμετοχή της εταιρείας στον υπό κρίση διαγωνισμό και μεταξύ άλλων

εξουσιοδότησε τον ..... του .... και της ..... και με τα στο άνω Πρακτικό λοιπά στοιχεία ταυτότητας, όπως α) καταρτίσει και υπογράψει για λογαριασμό της εταιρείας προσφορά για τη συμμετοχή της εταιρείας στον υπό κρίση διαγωνισμό, β) υποβάλει την εν λόγω προσφορά για λογαριασμό της εταιρείας ή/και εξουσιοδοτήσει άλλους υπαλλήλους της εταιρείας για την υποβολή της εν λόγω προσφοράς και γ) όπως υπογράψει το ΕΕΕΣ κατά τα αναφερόμενα στην διακήρυξη. Επειδή, δεν χωρεί αμφιβολία ότι στις εξουσίες που ανατέθηκαν στον πιο πάνω εκπρόσωπο της εταιρείας περιλαμβάνεται και η υπογραφή της προβλεπόμενης στο άρθρο 6.2.2 του τεύχους 2 της διακήρυξης υπεύθυνης δήλωσης, και ως μην αναφέρεται ρητά. Αφού του ανατέθηκε το μείζον, ή καλύτερα το όλον, ήτοι η κατάρτιση, δηλαδή η σύνταξη, η συλλογή, εν γένει η παραγωγή και υπογραφή του συνόλου των πρωτοτύπων και μη εγγράφων της εταιρείας που απαρτίζουν όλους τους προβλεπόμενους φακέλους δικαιολογητικών, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς της εταιρείας, εγγράφων δηλαδή που γεννούν σημαντικές οικονομικές υποχρεώσεις σε αυτήν και ενέχουν έννομες συνέπειες, μεταξύ των οποίων και το ΕΕΕΣ, δεν μπορεί να εξαιρεθεί ένα μικρό μέρος του συνόλου και για την ακρίβεια μόνον η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση που ούτε οικονομικές υποχρεώσεις γεννά, ούτε κάποια έννομη συνέπεια για την εταιρεία έχει και πάντως δεν εξαιρείται ρητά. Εξάλλου, εν αμφιβολία, ο Αναθέτων Φορέας μπορούσε οποτεδήποτε κατά την διάρκεια του διαγωνισμού να επιβεβαιώσει τα στοιχεία νομιμοποίησης της εταιρείας, αλλά και να ζητήσει διευκρίνιση ή άρση της αμφιβολίας από τον οικονομικό φορέα, ιδίως εάν επρόκειτο να αποκλείσει την προσφορά του για τον προβαλλόμενο λόγο, αφού η διευκρίνιση αυτή αφορούσε σε κάθε περίπτωση τα νομιμοποιητικά του στοιχεία, δεν θα είχε ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς, ούτε θα προσέδιδε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. Ούτε εξάλλου, η εν λόγω αιτίαση μπορεί να χαρακτηριστεί παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης που καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007), ούτε η διακήρυξη για την περίπτωση αυτή χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, ώστε οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς να οδηγεί σε απόρριψη της (αντίθετο επιχείρημα από την Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Είναι επομένως αβάσιμος και ο τρίτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής.

16. Επειδή, επομένως με την Απόφασή της, όπως εμπεριέχεται στο Πρακτικό Νο 1 της 18-09-2017 και γνωστοποιήθηκε στους οικονομικούς



φορείς που συμμετείχαν στον διαγωνισμό με το με ΑΡ/ΗΜ:ΕΚ 34089/11856/18-09-2017 έγγραφο του Αναθέτοντα Φορέα, η Επιτροπή Αποσφράγισης και Τυπικής Αξιολόγησης Προσφορών του Δημόσιου Ανοικτού Διαγωνισμού (αριθμ. πρωτ.: ΔΥΠ-611717) με Αντικείμενο: «Προμήθεια Γράσων» με σφραγισμένες προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια γράσων για τις ανάγκες της ΔΕΗ συνολικού προϋπολογισμού ανερχόμενου σε ένα εκατομμύριο τετρακόσιες τριάντα μία χιλιάδες τριακόσια είκοσι πέντε Ευρώ (1.431.325,00 €) χωρίς ΦΠΑ, δεν έσφαλε κατά το σκέλος που, πέραν της Προσφεύγουσας, κάνει δεκτή και την προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα που υπέβαλε προσφορά με την επωνυμία «.....». Σύμφωνα, τέλος, με το άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4440/2016, το παράβολο που κατατίθεται για το παραδεκτό της άσκησης της Προδικαστικής Προσφυγής καταπίπτει σε περίπτωση απόρριψης της Προσφυγής.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

#### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

1. Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.
2. Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 24-10-2017 και δημοσιεύτηκε την 02-11-2017.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2<sup>ΟΥ</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ**

**ΣΤΥΛΙΑΝΟΣ Δ. ΜΑΥΡΙΔΗΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΪΔΟΥ**

Εκδόθηκε στον ίδιο ως άνω τόπο στις 02-11-2017.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2<sup>ΟΥ</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ**

Δυνάμει της από 01-11-2017 Απόφασης της Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π. περί αναπλήρωσης του παραιτηθέντος μέλους του 2<sup>ου</sup> Κλιμακίου, Στυλ. Δ. Μαυρίδη (ΦΕΚ

Τ.Υ.Ο.Δ.Δ. 534/27-10-2017) και της με αρ. 2/02-11-2017 Πράξης του Προέδρου Α.Ε.Π.Π. περί ορισμού νέου Προέδρου 2<sup>ου</sup> Κλιμακίου.

**ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΪΔΟΥ**