

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και
Πουλοπούλου Αγγελική, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 3-4-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
315/4-4-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και
διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως
εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την
ακύρωση της σε αυτόν κοινοποιηθείσας από 2-4-2018 με αρ.
Φ.830/ΑΔ.6902.Σ.1222/29-3-2018 Απόφασης της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος
έκρινε ως αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής των έτερων διαγωνιζομένων
1. «.....» και 2. «.....» και εν τέλει κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός
στον πρώτο ως άνω διαγωνιζόμενο στη διαδικασία Διαπραγμάτευσης χωρίς
Προηγούμενη Δημοσίευση Προκήρυξης υπ' αρ. με αρ. πρωτ.
..... «.....», διαδικασία που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την
22-3-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ (CPV:) εκτιμώμενης άνευ
ΦΠΑ αξίας 151.360,00 ευρώ.. Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Πρόεδρο-
Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 760,00 ευρώ), που φέρει την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» και πληρώθηκε δια εμβάσματος Τράπεζας της ήδη από 3-4-2018.

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 3-4-2018 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 2-4-2018, από 29-3-2018 και δημοσιευθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ την 2-4-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ Απόφασης της αναθέτουσας περί Κατακύρωσης Διαπραγμάτευσης Χωρίς Δημοσίευση Προκήρυξης Διαγωνισμού, για, η οποία κατ' επικύρωση του Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας-Αξιολόγησης Προσφορών, έκρινε ως αποδεκτά τα δικαιολογητικά των ως άνω δύο έτερων διαγωνιζομένων και περαιτέρω ανακήρυξε ως ανάδοχο και κατακύρωσε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στον μειοδότη «.....». Ήτοι δια της προσβαλλομένης περατώθηκε το σύνολο των σταδίων του διαγωνισμού έως και την ίδια την κατακύρωση, απομένει δε για την ολοκλήρωση της διαδικασίας μόνο η κατ' άρ. 105 παρ. 5 Ν. 4412/2016 υπογραφή της σύμβασης με τον ήδη ως άνω ανακηρυχθέντα ανάδοχο. Ο δε προσφεύγων του οποίου ομοίως η προσφορά έγινε αποδεκτή, τόσο στο στάδιο δικαιολογητικών-τεχνικής προσφοράς, όσο και στο στάδιο οικονομικής προσφοράς, πλην όμως κατετάγη ως τρίτος μειοδότης, δηλαδή μετά, κατά σειρά, από τον νυν ανακηρυχθέντα ανάδοχο και περαιτέρω τον έτερο διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα «.....», βάλλει κατά της αποδοχής των προσφορών αμφοτέρων των ως άνω διαγωνιζομένων και μάλιστα όσον αφορά την έγκρισή τους ήδη κατά το στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών-τεχνικής προσφοράς. Η δε αναθέτουσα με το από 4-4-2018 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου δια του οποίου αιτείται άρση του αυτοδίκαιου κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016, κωλύματος, αιτιάται λόγους δημοσίου

συμφέροντος, άμεσο και επείγοντα κίνδυνο που συνέχεται με την επιβίωση του πληθυσμού των υπό σίτιση φιλοξενουμένων και ότι η σύναψη της σύμβασης πρέπει να ολοκληρωθεί ως και 5-4-2018. Ειδικότερα, ο προσφεύγων επικαλείται με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, κατ' άρ. 4 παρ. 1 στοιχ. δ' της διακήρυξης απαιτούνταν τα νομιμοποιητικά των προσφερόντων, περί των οποίων προκύπτει ότι δεσμεύουν τα οικεία φυσικά πρόσωπα με την υπογραφή της προσφοράς τον ανά περίπτωση μετέχοντα, ενώ ο νυν ανάδοχος «.....» δεν προσκόμισε έγγραφο από το οποίο να προκύπτει συγκεκριμένη εξουσιοδότηση προς ορισμένο φυσικό πρόσωπο για την υπογραφή όλων των απαιτούμενων εγγράφων της προσφοράς της στο πλαίσιο του συγκεκριμένου διαγωνισμού. Εν προκειμένω δε, ο Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος του ως άνω νυν αναδόχου που υπογράφει την οικεία προσφορά, δεν έχει λάβει ρητή και σαφή εξουσιοδότηση για υπογραφή των εγγράφων της προσφοράς. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της αποδοχής του διαγωνιζομένου «.....», κατά το ίδιο άρ. 4 παρ. 1 στοιχ. δ' της διακήρυξης, οι προσφέροντες οφείλουν να προσκομίσουν υπεύθυνη δήλωση ότι θα προβούν στην αντικατάσταση υπεργολάβου ή φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, όταν μετά από επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του. Υπό το στοιχ. ε του ίδιου όρου προβλέπεται ότι *«Στην περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων φορέων, καθώς επίσης εφόσον το τμήμα της σύμβασης που πρόκειται να ανατεθεί υπό τη μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους υπερβαίνει σε ποσοστό 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης τότε συνυποβάλλονται οι ανώτερω υπεύθυνες δηλώσεις και για τις υπόψη οντότητες σύμφωνα με τις οποίες βεβαιώνεται ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού»*. Εν προκειμένω, ο παραπάνω διαγωνιζόμενος παρότι με την από 28.3.2018 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της, δηλώνει ότι θα προβεί στην αντικατάσταση του υπεργολάβου του ή τρίτου οικονομικού φορέα στο οποίο τις ικανότητες θα στηριχθεί, από την οποία κατά τον προσφεύγοντα, προκύπτει ότι θα χρησιμοποιήσει υπεργολάβο ή θα στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, δεν

προσκομίζει τις υπεύθυνες δηλώσεις αυτού και ούτως, σε κάθε περίπτωση, δημιουργείται εύλογη σύγχυση σε σχέση με τη χρήση υπεργολάβου ή τρίτου οικονομικού φορέα. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων βάλλει κατά του διαγωνιζομένου «.....», επί τη βάση ότι, κατ' άρ. 5 παρ. 1^α στοιχ. 1, παρότι απαιτείτο να προσκομιστεί με την προσφορά κατάσταση προσωπικού με στοιχεία επί του αριθμού, την ειδικότητα, την προϋπηρεσία, τις βάρδιες και τις ώρες παροχής υπηρεσιών, πλην όμως εν προκειμένω, η υποβληθείσα από τον ως άνω έτερο διαγωνιζόμενο, δεν περιείχε τα ως άνω ειδικότερα στοιχεία και ως εκ τούτου δεν είναι πλήρης. Η δε αναθέτουσα με τις από 10-4-2018 Απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ προβάλλει ότι όπως προκύπτει από το πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ και το οικείο πρακτικό ΔΣ ανάθεσης καθηκόντων του πρώτου ως άνω οικονομικού φορέα και νυν αναδόχου, νομίμως εκπροσωπήθηκε για την υπογραφή της προσφοράς του από τον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλό του, όσον αφορά δε τον δεύτερο οικονομικό φορέα, ότι δεν επικαλείται πρόθεση χρήσης υπεργολάβου ή στήριξη σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα και ότι απλά αντέγραψε το καθορισθέν από το άρ. 4 παρ. 1δ της διακήρυξης περιεχόμενο της εκεί προβλεπόμενης υπευθύνου δηλώσεως και ότι η κατάσταση προσωπικού, σε συνδυασμό με τα αναφερόμενα στη μέθοδο επόπτευσης, ελέγχου παρασκευής μεταφοράς και παράδοσης συσσιτίου που περιέλαβε στην τεχνική προσφορά του καλύπτουν τα ζητούμενα του άρ. 5 παρ. 1^α(1) της διακήρυξης.

3. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού λόγω κατεπείγοντος κατ' άρ. 32 και 107 παρ. 1 και 3Ν. 4412/2016 ως και άρ. 96 Ν. 4368/2016, η δε πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος απεστάλη την ίδια ημέρα με την ανάρτηση στο ΚΗΜΔΗΣ, δηλαδή την 22-3-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και η πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος της αναρτήθηκε την 22-3-2018, η δε διακήρυξη αυτής συνιστά και τη διακήρυξη, κατ' επανάληψη των οικείων όρων, εντός του πλαισίου την νυν προκείμενης διαδικασίας. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου

αποστολής της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος, στο πεδίο εφαρμογής 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. Περαιτέρω, η Προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 13-3-2018, η δε λήγουσα τη μη εργάσιμη ημέρα 24-3-2018 παρεκτάθη για την επομένη εργάσιμη ημέρα 26-3-2018, ΔΕφΠατρ Ασφ. Ν39/2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο της προσφεύγουσας. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού δια της προσβαλλόμενης απεκλείσθη από τον διαγωνισμό και έτσι προδήλως ευνοείται από την αντίστοιχη ακύρωσή της. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

4. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ήτοι καθ' ο μέρος ο προσφεύγων στρέφεται κατά της αποδοχής του πρώτου έτερου μετέχοντος και ήδη αναδόχου προκύπτει ότι το άρθρο 4 παρ. 1 της διακήρυξης ορίζει ότι «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει:...ζ. Τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης του προσφέροντος ή του υποψήφιου νομικού προσώπου, από τα οποία θα προκύπτει με σαφήνεια ότι το/τα φυσικό/ά πρόσωπο/α που υπογράφει/ουν τα έγγραφα της προσφοράς, δεσμεύει/ουν με την υπογραφή του/τους τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα στο πλαίσιο της παρούσας διαπραγμάτευσης. η. Παραστατικό εκπροσώπησης, αν οι οικονομικοί φορείς συμμετέχουν με αντιπρόσωπο τους». Εν προκειμένω, όπως συνομολογεί ο προσφεύγων ο ως άνω διαγωνιζόμενος υπέβαλε το με αρ. πρωτ. 775442/20-3-2017 Πιστοποιητικό Ανακοίνωσης στο ΓΕΜΗ του από 8-2-2017 πρακτικού ΔΣ του σύμφωνα με το οποίο το ΔΣ του συγκροτήθηκε με Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο τον Περαιτέρω, με το ως άνω Πιστοποιητικό απέδειξε τα δικαιώματα εκπροσώπησης και συνεπώς τη νομιμοποίηση υπογραφόντων την προσφορά του, αφού ο ως άνω Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος

κατέχει εκ του ΔΣ την αρμοδιότητα γενικής εκπροσώπησης και δέσμευσης του οικονομικού φορέα και την εξουσιοδότηση όπως με μόνη την υπογραφή του ενεργεία και δεσμεύει αυτόν για κάθε συναλλαγή με φυσικό ή νομικό πρόσωπο ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου στην ημεδαπή ή την αλλοδαπή, μεταξύ των οποίων και να καταρτίζει συμβάσεις, εφόσον το οικονομικό αντικείμενο αυτών δεν υπερβαίνει το 15% του προϋπολογισμένου κύκλου εργασιών που αφορά και να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα δικαστικώς και εξωδίκως, υποβάλλοντας αιτήσεις, ενστάσεις και προδικαστικές προσφυγές καθώς και ένδικα βοηθήματα και μέσα και γενικά να προβαίνει σε κάθε τι που είναι κατά την κρίση του αναγκαίο για την προάσπιση των δικαιών της εταιρείας, χωρίς κανένα περιορισμό. Στην ως άνω εκπροσωπευτική εξουσία του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου, ανήκει, ως προκύπτει από τα ως άνω, προεχόντως και η υποβολή προσφορών σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες πάντως, σημειωτέον, δεν συνιστούν «κατάρτιση σύμβασης», αλλά, κατά τις ΑΚ 185-188, πρόταση προς κατάρτιση σύμβασης (το δε τυχόν ζήτημα της νομιμοποίησης κατά αυτή καθαυτή υπογραφή της σύμβασης πέραν του ότι δεν προβάλλεται από τον προσφεύγοντα, κείται εξάλλου εκτός πεδίου της παρούσας εξέτασης, η οποία αφορά την προσφορά και τη συμμετοχή του ως άνω οικονομικού φορέα στο προσυμβατικό στάδιο και όχι τη με εισέτι έχουσα λάβει χώρα υπογραφή της σύμβασης). Κατά το δε άρθρο 8ο του Καταστατικού του προβλέπεται ότι *“Συγκρότηση Διοικητικού Συμβουλίου: Το Διοικητικό Συμβούλιο αμέσως μετά την εκλογή του συνέχεται και συγκροτείται σε σώμα, εκλέγοντας τον πρόεδρο και τον αντιπρόεδρό του. Το Διοικητικό Συμβούλιο μπορεί να εκλέγει έναν διευθύνοντα σύμβουλο από τα μέλη του και μόνο καθορίζοντας συγχρόνως και τις αρμοδιότητές του. Ο πρόεδρος του διοικητικού συμβουλίου διευθύνει τις συνεδριάσεις. Τον πρόεδρο όταν απουσιάζει ή κωλύεται, αναπληρώνει σε όλη την έκταση των αρμοδιοτήτων του ο αντιπρόεδρος και αυτόν όταν κωλύεται μετά από απόφαση του διοικητικού συμβουλίου ο διευθύνων σύμβουλος.”* και κατά το άρθρο 12^ο προβλέπεται περαιτέρω *«Ανάθεση Αρμοδιοτήτων Διοικητικού Συμβουλίου σε Συμβούλους ή Τρίτους: Το Διοικητικό Συμβούλιο μπορεί, με απόφαση που λαμβάνεται με*

αυξημένη πλειοψηφία τριών τετάρτων (3/4) των μελών του που είναι παρόντα ή/και εκπροσωπούνται, να αναθέτει την άσκηση όλων ή μερικών από τα δικαιώματά του και τις εξουσίες του, που σχετίζονται με την διοίκηση, διαχείριση και εκπροσώπηση της Εταιρείας σε ένα ή περισσότερα πρόσωπα ανεξάρτητα αν τα πρόσωπα αυτά είναι ή δεν είναι μέλη του και σε κάθε περίπτωση υπό την εποπτεία του Διοικητικού Συμβουλίου και με την επιφύλαξη των ορίων και των περιορισμών στους οποίους αυτό υπόκειται. Ο τίτλος και η ανατεθείσα αρμοδιότητα καθενός από τα πρόσωπα αυτά καθορίζεται πάντοτε με την απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου για τον διορισμό τους.». Με το δε Πρακτικό 500 του ΔΣ του, της 26-3-2018, εγκρίθηκε η συμμετοχή του στην προκείμενη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και εξουσιοδοτήθηκαν οι υπάλληλοι του, και να υποβάλουν και να καταθέσουν την προσφορά του στον ως άνω διαγωνισμό, να εκπροσωπήσουν τον οικονομικό φορέα κατά την αποσφράγιση των φακέλων σε κάθε στάδιο της διαδικασίας, καθώς και να υπογράψουν ή υποβάλουν κάθε απαραίτητο έγγραφο και να προβούν σε κάθε σχετική νόμιμη ενέργεια για τη συμμετοχή του στη διαδικασία, όσο και για την τυχόν περίπτωση κατακύρωσης και γενικά για τις ανάγκες του διαγωνισμού κατά τους όρους της διακήρυξης.

5. Επειδή, ως προς τις ανώνυμες εταιρείες από τις διατάξεις των άρθρ. 18 παρ. 1 και 2 και 22 παρ. 1 και 3 του κ.ν. 2190/1920, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν προκύπτει, ότι η ανώνυμη εταιρεία, που αποτελεί νομικό πρόσωπο, εκπροσωπείται δικαστικά και εξώδικα από το διοικητικό συμβούλιο αυτής, το οποίο ενεργεί συλλογικά και είναι αρμόδιο ν' αποφασίζει για κάθε πράξη που αφορά την διοίκηση της εταιρείας, την διαχείριση της περιουσίας της και γενικά την επιδίωξη του σκοπού της (εκτός από εκείνες τις πράξεις που υπάγονται στην αρμοδιότητα της γενικής συνέλευσης). Η ως άνω οργανική εκπροσώπηση της ανώνυμης εταιρείας μπορεί να ανατεθεί, εν όλω ή εν μέρει, σε ένα ή περισσότερα μέλη του ΔΣ ή στους διευθυντές της ή σε τρίτους με απόφαση του ΔΣ, εφόσον, βέβαια, το επιτρέπει το καταστατικό. 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. Τα πρόσωπα αυτά είναι υποκατάστατα του Δ.Σ. και ενεργούν ως όργανα εκπροσώπησης του νομικού προσώπου της εταιρείας, εκφράζοντας πρωτογενώς την βούλησή του, και αντλούν την εξουσία τους από το νόμο και το καταστατικό (ΑΠ). Η υποκατάσταση αυτή του Δ.Σ. από μέλος του ή από τρίτο πρόσωπο διαφέρει από τις σχέσεις της πληρεξουσιότητας και της εντολής (άρθ. 216 επ. και 713 επ. ΑΚ), καθόσον ο πληρεξούσιος και ο αντιπρόσωπος δεν αποτελούν όργανα εκφράζοντα την βούληση του νομικού προσώπου, αλλά ενεργούν ως αντιπρόσωποί του σε πράξεις που αποφασίσθηκαν από το Δ.Σ. ή υποκατάστατα αυτού όργανα (ΑΠ). Σε κάθε περίπτωση η σχετική απόφαση του Δ.Σ. ή των ως άνω οργάνων δεν είναι απαραίτητο να διατυπώνεται πανηγυρικά, αλλά αρκεί να προκύπτει απ' αυτήν βούληση του Δ.Σ. ή των προαναφερομένων οργάνων, ώστε να εκπροσωπηθεί γενικά η εταιρεία και δη κατά την κατάρτιση δικαιοπραξίας από άλλο πρόσωπο (ΑΠ,). Πάντως, η υποκατάσταση δημιουργεί παράλληλη αρμοδιότητα καθ' όσον άλλωστε το Δ.Σ. δεν δύναται να στερηθεί ούτε εν μέρει ούτε πρόσκαιρα τις εκ του νόμου αρμοδιότητές του ως ex lege αναντικατάστατου οργάνου. Εξάλλου (βλ., Διευθύνων σύμβουλος Α.Ε....., ΧρΙΔ 2007, ό.π., σελ. 276-279), ειδικά στην περίπτωση του διοριζόμενου τρίτου- μη μέλους του Δ.Σ. που θα μπορούσε να ασκεί όλες τις εξουσίες του Δ.Σ. (και ιδίως κατόπιν στερήσεως του ίδιου του Δ.Σ. από τις αρμοδιότητές του) θα επερχόταν ολοκληρωτική σύγκρουση με την αρχή της αυτονομίας του νομικού προσώπου, δεδομένου ότι η υλοποίηση του του εταιρικού σκοπού θα μεταφερόταν εκτός Δ.Σ. Λόγω, λοιπόν, της συντρέχουσας αρμοδιότητας του Δ.Σ. με τα πρόσωπα αυτά, αν για οποιονδήποτε λόγο εκλείψουν τα τελευταία, δε δικαιολογείται η επέμβαση του άρ. 69 ΑΚ καθ' ότι σε κάθε περίπτωση υφίσταται αρμόδιο όργανο για τη διενέργεια των συγκεκριμένων αρμοδιοτήτων (δηλαδή το δ.σ ως κύριο διοικητικό όργανο της Α.Ε. κατά νομική αναγκαιότητα). Ακόμα, όμως, και εν περιπτώσει που το καταστατικό επιβάλλει στο Δ.Σ. την εκλογή υποδεέστερου οργάνου χωρίς να επέρχονται επιπτώσεις στη διοίκηση της α.ε., θα ισχύσουν οι

διατάξεις περί ευθύνης Δ.Σ. δεδομένου ότι συντρέχει υπαιτιότητα. Επιπλέον, σύμφωνα με τη νέα διάταξη του άρθρου 22 παρ. 3 εδ. 3 επιτρέπεται ο διορισμός υποϋποκατάστατων εφόσον αφ' ενός δεν απαγορεύεται από το καταστατικό και αφ' ετέρου προβλέπεται από το Δ.Σ. είτε με την απόφασή του με την οποία διόρισε τον αρχικό υποκατάστατο είτε με οποιαδήποτε άλλη, χωρίς όμως από αυτήν να συνάγεται, άνευ ρητής και σαφούς σε κάθε περίπτωση αντίθετης μνείας, ότι η τυχόν συντρέχουσα οργανική εξουσία των καταρχήν υποκατάστατων παύει, αλλά αντίθετα συντρέχει συγχρόνως οργανική εξουσία και των υποκατάστατων και των υποϋποκατάστατων, εκτός και αν η καταρχήν απονομή των καθ' υποκατάσταση εξουσιών προκύπτει ρητά ότι ανακαλείται ή παύει, δεδομένου εξάλλου ότι κατά τα ως άνω η ανάθεση σε υποκατάστατους και προφανώς και υποϋποκατάστατους ουδόλως στερεί από το ΔΣ την πρωτογενή αρμοδιότητά του, την οποία δύναται να ασκεί συντρεχόντως μετά των κάθε είδους υποκατάστατων του και κατ' αποτέλεσμα και με συντρέχοντες περισσότερους υποκατάστατους με διαφορετικό χρόνο διορισμού και εν μέρει επικαλυπτόμενο κύκλο αρμοδιοτήτων. Πάντως, με τη θέση των υποκατάστατων προσώπων της διοίκησης της Α.Ε. δεν θα πρέπει να συγχέεται εκείνη του πληρεξουσίου ή του εντολοδόχου. Τα πρόσωπα αυτά δεν αποτελούν όργανα της διοίκησης της εταιρίας, αλλά προβαίνουν σε εκτέλεση των πράξεων που τους ανατίθενται αρμοδίως από το Δ.Σ. ή τα υποκατάστατα όργανα διοίκησης της εταιρίας, στα οποία έχει δοθεί η σχετική εξουσία (ΑΠ, ΕφΘεσ). Ενεργούν πάντοτε στο πλαίσιο της αντίστοιχης πληρεξουσιότητας ή της εντολής, ενώ δεν έχουν εξουσία αντίθετης ενέργειας. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, δεν πρόκειται στην ουσία για μεταβίβαση εξουσιών, αλλά για ανάθεση εκτέλεσης ήδη ειλημμένης αρμοδίως απόφασης της Α.Ε.. Για την έννομη θέση των προσώπων αυτών δεν προβλέπεται ειδική ρύθμιση, οπότε εφαρμόζονται αντίστοιχα οι διατάξεις του κοινού δικαίου περί πληρεξουσιότητας και εντολής. Τα πρόσωπα αυτά δεν αντλούν την εξουσία τους από το καταστατικό, όπως συμβαίνει με τα υποκατάστατα πρόσωπα, αλλά από τη σχετική εξουσιοδοτική απόφαση του Δ.Σ. της Α.Ε., με την οποία είτε τους απονέμονται απευθείας οι εξουσίες αυτές είτε εκχωρείται στα υποκατάστατα

όργανά της η εξουσία διορισμού πληρεξουσίων προσώπων. Ως εκ τούτου, η απόφαση αυτή είναι μεν οπωσδήποτε αναγκαία, ωστόσο δεν απαιτείται να έχει πανηγυρική διατύπωση. Είναι αρκετό να προκύπτει από αυτή, έστω και κατά τρόπο ερμηνευτικό, η βούληση του Δ.Σ. ή του υποκατάστατου οργάνου για τη διενέργεια των πράξεων από άλλο πρόσωπο. Η απόφαση δε αυτή, αποτελεί την κατά 216, 217 ΑΚ αναγκαία μονομερή δήλωση βούλησης προς παροχή της εξουσίας αντιπροσωπευσης, από το νομικό πρόσωπο της Α.Ε. στον πληρεξούσιο. Όσον αφορά στην έκταση της πληρεξουσιότητας, αυτή είναι δυνατόν να καταλαμβάνει τη διενέργεια τόσο μεμονωμένων πράξεων όσο και ορισμένου κύκλου ή ομάδας συναφών πράξεων, στο πλαίσιο της τρέχουσας λειτουργίας και της επιχειρηματικής δραστηριότητας της Α.Ε. Σχετικά με τη παροχή γενικής πληρεξουσιότητας, ενόψει και της διάταξης του άρθρου 67 εδ. β' ΑΚ, έχουν διατυπωθεί επιφυλάξεις και υφίσταται διχογνωμία, αν αυτή είναι συμβατή με τη συγκεκριμένη διάταξη και κατά νόμο επιτρεπτή ή όχι. Ως κριτήριο θα πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να λαμβάνεται, αν η παροχή γενικής πληρεξουσιότητας λειτουργεί στην ουσία της ως υποκατάσταση και δεν περιορίζεται στην εκτέλεση ήδη ειλημμένων αποφάσεων και τη διενέργεια ήδη αποφασισθεισών πράξεων. Με την επιφύλαξη της ανά περίπτωση θετικής εκτίμησης κατά την εφαρμογή του ως άνω κριτηρίου, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η παροχή γενικής πληρεξουσιότητας είναι επιτρεπτή και έγκυρη, καθώς το πληρεξούσιο, έστω και γενικό, δεν συνιστά καθ' εαυτό την έννοια της υποκατάστασης. Αντίθετα, πρόκειται για «παροχή εκούσιας απλώς αντιπροσωπευτικής εξουσίας, η οποία ούτε αντιτίθεται ούτε καταλύει την εξουσία εκπροσώπησης της πρώτης μορφής (εκπροσώπηση)», ενώ σε καμία περίπτωση η διοίκηση της εταιρίας δεν περιέρχεται έτσι σε θέση τρίτου. Τα ως άνω όμως προϋποθέτουν την απονομή γενικής εξουσίας στους τρίτους, ενώ στην περίπτωση ειδικής εξουσιοδότησης εκτέλεσης συγκεκριμένων ενεργειών, είναι σαφές ότι πρόκειται ούτως ή άλλως για αντιπροσώπους της ανώνυμης εταιρείας. Η απόφαση του Δ.Σ. ή των υποκατάστατων οργάνων της εταιρίας, με την οποία παρέχεται η πληρεξουσιότητα ή η εντολή, συνιστά προαπαιτούμενο για την παροχή τους. Στο πλαίσιο, τέλος, της ως άνω παροχής

πληρεξουσιότητας, θεωρείται ότι κάθε υπάλληλος της Α.Ε., που ασκεί πάντως τα καθήκοντά του σε «εξωτερική» δραστηριότητα της εταιρίας, όταν καταρτίζει δικαιοπραξία, ενεργεί ως άμεσος αντιπρόσωπος αυτής. Αυτό γίνεται δεκτό υπό τον όρο ότι οι εξωτερικές εκδηλώσεις της δράσης του, οι οποίες πάντως αφορούν σε συναλλαγές του είδους της επιχειρηματικής δραστηριότητας της εταιρίας και εμφανίζονται στους τρίτους εν γνώσει, κατ' εντολή ή κατ' ανοχή του Δ.Σ. ή των υποκατάστατων οργάνων του, παρέχουν την εντύπωση και δημιουργούν την πεποίθηση ότι έχει ανατεθεί σε αυτόν κύκλος εργασιών, που περιλαμβάνει και τη συγκεκριμένη δικαιοπραξία (ΑΠ,, 112/2008,,,,). Στην περίπτωση αυτή θεωρείται ότι η γνώση και η ανοχή, και πολύ περισσότερο η εντολή, του Δ.Σ. ή των υποκατάστατων οργάνων του αρκούν, ώστε να συνάγεται χωρίς αμφιβολία η παροχή αντίστοιχα από αυτά της πληρεξουσιότητας για την εκτέλεση των εν λόγω δικαιοπραξιών. Πολλώ δε μάλλον, αυτά ισχύουν όταν υφίσταται και ειδική εξουσιοδότηση με απόφαση του Δ.Σ. προς τους υπαλλήλους αυτούς για τη διενέργεια συγκεκριμένων πράξεων. Εξάλλου, η εξουσία του αντιπροσώπου στην περίπτωση εκουσίας αντιπροσώπευσης, ως εν προκειμένω, έχει παρακολουθηματικό χαρακτήρα και δεν αποστερεί τον κύριο των υποθέσεων της εξουσίας να προβεί ο ίδιος στην ενέργεια με την οποία επιφόρτισε τον αντιπρόσωπο και συνεπώς δεν μεταβιβάζει στον τελευταίο την εξουσία, αλλά του παρέχει συντρέχουσα εξουσία (..... ΑΚ-ΓΕΝΙΚΕΣ ΑΡΧΕΣ, αρ. 211). Από αυτό έπεται ο αντιπροσωπευόμενος μπορεί να καθιστά πληρεξουσίου του πλείονα πρόσωπα, ακόμη και δια πλειόνων πράξεων και δη και διαδοχικώς (πολλαπλή πληρεξουσιότητα), σε αυτή δε την περίπτωση, αν προβλέπει η σχετική πράξη παροχής της πληρεξουσιότητας ότι οι αντιπρόσωποι δεσμεύουν τον αντιπροσωπευόμενο συλλογικά, δηλαδή με σύμπραξη μεταξύ τους, πρόκειται για συλλογική πληρεξουσιότητα, άλλως, αν δηλαδή αυτό δεν προκύπτει, πρόκειται για πληρεξουσιότητα εις ολόκληρο και συνεπώς και μόνος του ο ένας από τους τυχόν περισσοτέρους ορισθέντες, με πλείονες και ετεροχρονισμένες πράξεις, δύναται να δεσμεύει εγκύρωσ τον αντιπροσωπευόμενο (....., ΑΚ-ΓΕΝΙΚΕΣ ΑΡΧΕΣ, άρ. 216-217), υπό την

επιφύλαξη βέβαια στο πλαίσιο των ανωνύμων εταιριών, του άρ. 7α Ν. 2190/1920.

6. Επειδή, εν προκειμένω, πάντως, με τον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο έχοντα νομίμως την αρμοδιότητα για τη δέσμευση του νομικού προσώπου και την υποβολή προσφορών, τους δύο δε υπαλλήλους ειδικώς εξουσιοδοτούμενους για την υποβολή προσφοράς στην προκείμενη διαδικασία και των αναγκαίων εγγράφων για αυτήν, ουδόλως προκύπτει, βάσει και του γράμματος του οικείου πρακτικού του οικονομικού φορέα, ότι ανακλήθηκε και υπό οιαδήποτε έννοια έπαυσε η σχετική, γενικού μάλιστα χαρακτήρα, οργανική εξουσία που είχε δοθεί στον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο, ώστε αυτός να μην δύναται πλέον να υπογράψει την προσφορά. Αντίθετα, μάλιστα, ο μόνος υποβληθείς στις αναγκαίες κατά το άρ. 7α παρ. 1 περ. γ' Ν. 2190/1920 αρμόδιος προς τούτο εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα, παραμένει ο ως άνω Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος, χωρίς η αρμοδιότητά του αυτή να παύει από το γεγονός περαιτέρω εξουσιοδότησης να ασκήσουν τις οικείες αρμοδιότητες οι ως άνω υπάλληλοι. Περαιτέρω, ουδόλως καν προκύπτει ότι οι υπάλληλοι αυτοί εξουσιοδοτήθηκαν ή τους δόθηκε εν γένει αρμοδιότητα σύνταξης και υπογραφής αυτής καθαυτής της προσφοράς ούτως ή άλλως, παρά μόνος προς τούτο αρμόδιος παραμένει, ως προς τούτο έχων υποκατάστατη εκ του ΔΣ αρμοδιότητα, ο Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος. Αυτά ισχύουν είτε στην περίπτωση που οι ως άνω υπάλληλοι θεωρηθούν υποϋποκατάστατοι, αφού η ιδιότητά τους αυτή ουδόλως μόνη της αίρει την οικεία εξουσία του υποκατάστατου Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου, ελλείψει σχετικής μνείας στο οικείο πρακτικό είτε θεωρηθούν ως απλοί πληρεξούσιοι ή εντολοδόχοι, αφού ουδόλως προκύπτει παύση της οικείας εξουσίας ή παροχή της οικείας πληρεξουσιότητας ή εντολής κατ' αποκλειστικό τρόπο, που τυχόν αναιρεί την οργανική εξουσία που παρεσχέθη στον ως άνω Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο. Πάντως, ουδόλως μπορεί να προκύψει στη συγκεκριμένη περίπτωση ότι οι υπάλληλοι αυτοί ορίστηκαν ως υποκατάστατοι του Δ.Σ. αφού το περιεχόμενο της δοθείσας σε αυτούς

“εξουσιοδότησης” (όπως ρητά αναφέρει το οικείο πρακτικό) ήταν ειδικό και συγκεκριμένο και αφορούσε, δεδομένου ότι η προκείμενη διαδικασία ήταν έγγραφη και όχι ηλεκτρονική και συνεπώς ενέπλεκε προσωπική παρουσία κατά την υποβολή προσφορών και την αποσφράγισή τους, την “εκπροσώπηση” (όπως πάλι ρητά αναφέρει το πρακτικό) του οικονομικού φορέα και την εκτέλεση των διαδικαστικών ενεργειών που απαιτούνταν για την υποβολή της προσφοράς και την παρακολούθηση της διαδικασίας, ως και την κατοχύρωση των συμφερόντων του οικονομικού φορέα κατά τη συγκεκριμένη διαδικασία, χωρίς από κανένα σημείο να προκύπτει ότι ανατέθηκε στους υπαλλήλους αυτούς οργανική αρμοδιότητα του Δ.Σ. και ιδιότητα οργάνου της εταιρίας, παρά μόνο η ιδιότητα του αντιπροσώπου του οικονομικού φορέα στη συγκεκριμένη και ειδική διαδικασία. Ούτε προκύπτει από το πρακτικό αυτό ότι ανατέθηκε σε αυτούς αποφασιστικού χαρακτήρα αρμοδιότητα, ουδόλως δε περί συντάξεως και καταρτίσεως της ίδιας της προσφοράς, αρμοδιότητα που παραμένει στο ΔΣ ως και τον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτού, όπως προκύπτει και από το πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ. Επομένως, ορίστηκαν ως απλοί αντιπρόσωποι του οικονομικού φορέα και ουδόλως στερεί ο ειδικός, συγκεκριμένος και περιορισμένου χαρακτήρα ορισμός τους αυτός την οικεία οργανική εξουσία που έχει ήδη ανατεθεί στον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο. Πολλώ δε μάλλον, αφού δια του πρώτου λόγου της προσφυγής δεν τίθεται ζήτημα τυχόν νομιμοποίησης προσφοράς υποβληθείσας από υπαλλήλους αντί από όργανο της εταιρίας, αλλά αντιστρόφως, η μη έχουσα κανένα έρεισμα στην πάγια νομοθεσία περί ανωνύμων εταιριών, αιτίαση ότι ο δια εξουσιοδότησεως ορισμός υπαλλήλου της εταιρίας ως αντιπροσώπου σε συγκεκριμένη διαδικασία, στερεί την οργανική εξουσία που έχει ανατεθεί δια νομίμως δημοσιευμένης στο ΓΕΜΗ και δεσμεύουσας την εταιρία έναντι τρίτων, απόφασης του ΔΣ, στον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτού. Επιπλέον, εν προκειμένω η συμμετοχή στην προκείμενη διαδικασία εγκρίθηκε από το αρμόδιο διαχειριστικό όργανο του οικονομικού φορέα δια του ως άνω πρακτικού 500, συνεπώς και εν τοις πράγμασι δεν υφίσταται ζήτημα έλλειψης νομιμοποίησης της προσφοράς του και αμφιβολίας ως προς τη δέσμευση του

νομικού προσώπου από αυτήν, ιδίως δε εν όψει ότι σε κάθε περίπτωση, αν η αναθέτουσα διέγνωσκε κάτι τέτοιο δύναται κατ' άρ. 102 παρ. 2 Ν. 4412/2016 να καλέσει για διευκρινίσεις, χωρίς να υποχρεούται να αποκλείσει άνευ ετέρου. Ουδόλως δε, εν προκειμένω συνέτρεχε η, εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενη, ασάφεια ότι ο υπογράφων την προσφορά Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος του οικονομικού φορέα, σύμφωνα και με τις διατυπώσεις δημοσιότητας που προκύπτουν εκ του πιστοποιητικού νομίμου εκπροσώπησης στο ΓΕΜΗ που συνυποβλήθηκε μετά της προσφοράς, είχε την εξουσία να δεσμεύει με την υπογραφή του τον μετέχοντα οικονομικό φορέα και στη συγκεκριμένη διαδικασία. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι σε κάθε περίπτωση, απορριπτέος ως και η προσφυγή καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του νυν αναδόχου. Τούτο πάντως δεν στερεί το καταρχήν έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος ως προς την αμφισβήτηση της νομιμότητας αποδοχής της προσφοράς του δεύτερου μειοδότη, δεδομένου ότι κατά τον όρο του άρθρου 11 παρ. 7 της διακήρυξης, εφόσον ο ήδη ανακηρυχθείς ανάδοχος δεν προσέλθει προς υπογραφή της συμβάσεως, η οποία υπογραφή δεν έχει εισέτι λάβει χώρα, καλείται στη θέση του ο αμέσως επόμενος μειοδότης και λαμβάνει χώρα κατακύρωση σε αυτόν, αυτός δε στη συγκεκριμένη περίπτωση είναι ο οικονομικός φορέας κατά της αποδοχής της προσφοράς του οποίου προβάλλεται ο δεύτερος και τρίτος λόγος της προσφυγής, ενώ η ευδοκίμηση οιοδήποτε από αυτούς θα επιφέρει την κατάταξη του νυν προσφεύγοντος ως προσφέροντα με την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μετά τον νυν ανάδοχο και επομένως θα καταστήσει αυτόν τον προς ου η κατακύρωση, εφόσον ο νυν ανάδοχος δεν υπογράψει τη σύμβαση.

7. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, το ως άνω άρθρο 4^ο παρ. 1 της διακήρυξης προβλέπει περαιτέρω ως δικαιολογητικό συμμετοχής και τα εξής «δ. Υπεύθυνη Δήλωση της παρ. 4, του άρθρου 8 του Ν.1599/86, που φέρει ημερομηνία υπογραφής εντός των τελευταίων τριάντα (30) ημερολογιακών ημερών προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των

προσφορών (δίχως να απαιτείται βεβαίωση του γνησίου της υπογραφής από αρμόδια διοικητική αρχή ή ΚΕΠ) και με την οποία βεβαιώνεται από τον προσφέροντα ότι: (1) Έχει λάβει γνώση της διάταξης της παραγράφου 12 του άρθρου 66 του Α.Ν. 1400/73 και δεν θα χρησιμοποιήσει ως άμεσους ή έμμεσους αντιπροσώπους του, μόνιμους στην εφεδρεία Αξιωματικούς των τριών (3) κλάδων των Ε.Δ. για τους οποίους δεν έχει παρέλθει πενταετία από την αποστρατεία τους. (2) Έλαβε γνώση και αποδέχεται το σύνολο των όρων της διαπραγμάτευσης, καθώς και ότι έλαβε γνώση των διατάξεων που διέπουν τις διαδικασίες διαπραγμάτευσης. (3) Θα προβεί στην αντικατάσταση υπερβολάβου ή φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, όταν μετά από επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του. ε. Στην περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων φορέων καθώς επίσης εφόσον το τμήμα της σύμβασης που πρόκειται να ανατεθεί υπό τη μορφή υπερβολαβίας σε τρίτους, υπερβαίνει σε ποσοστό 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης, τότε συνυποβάλλονται οι ανωτέρω υπεύθυνες δηλώσεις και για τις υπόψη οντότητες, σύμφωνα με τις οποίες βεβαιώνεται ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού.».. Εν προκειμένω, όντως ο δεύτερος μετέχων υπέβαλε την υπεύθυνη δήλωση που προβλέπει το ως άνω στοιχείο δ, με όλο το περιεχόμενό της, με την οποία δηλώνει ότι θα προβεί στην αντικατάσταση υπερβολάβου ή τρίτου οικονομικού φορέα στον οποίο στηρίζεται, αν προκύψει ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του, χωρίς να προσκομίζει τις εκ του υπερβολάβου ή τρίτου οικονομικού φορέα υπεύθυνες δηλώσεις που προβλέπονται παραπάνω. Ουδόλως όμως προκύπτει από την προσφορά του και τα εν γένει έγγραφα αυτής ότι στηρίζεται σε ικανότητες τρίτου ή ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα της σύμβασης σε υπερβολάβο, αλλά ότι απλώς αντέγραψε στην υπεύθυνη δήλωση αυτούσιο το κείμενο του παραπάνω στοιχ. δ', τα οποία σημειωτέον, κατά τον ως άνω όρο της διακήρυξης προβλέπονταν ομού και αδιαχώριστα σε μια κοινή διάταξη της διακήρυξης. Εκ των ως άνω, συνάγεται, σε αντίθεση με όσα επικαλείται ο προσφεύγων ότι ο παραπάνω μετέχων ούτε στηρίζεται σε ικανότητες τρίτου ούτε ότι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς δήλωσε πρόθεση να

χρησιμοποιήσει υπεργολάβο, αλλά ότι απλώς, για λόγους συμμόρφωσης με το στοιχ. δ' της διακήρυξης, αντέγραψε το κείμενο αυτού με αυτούσια μεταφορά του κειμένου της και όχι ότι εμμέσως δήλωσε ότι στηρίζεται σε οικονομικό φορέα ή προτίθεται να χρησιμοποιήσει υπεργολάβο, που εξάλλου δεν κατονομάζει. Εξάλλου, κατ' άρ. 131 Ν. 4412/2016 (υπεργολαβία κατά την εκτέλεση) οι προσφέροντες δύνανται να χρησιμοποιήσουν υπεργολάβους και μετά την ανάληψη της σύμβασης κατ' άρ. 131 παρ. 4 και παρ. 7 εδ. β', όταν πλέον έχουν καταστεί ανάδοχοι, υπό τον ίδιο περιορισμό με την περίπτωση πρότασής τους κατά την υποβολή προσφοράς, ήτοι την κατ' άρ. 131 παρ. 5-6 υποχρέωση αντικατάστασης όταν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού τους. Ούτως, η δήλωση περί αντικατάστασης (παρότι ούτως ή άλλως ο όρος αυτός της διακήρυξης είχε τεθεί εκ περισσού, αφού προκύπτουν τα σχετικά εκ του ίδιου του νόμου και συνεπώς συνιστά μη ουσιώδη όρο, βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 231/2017) καλύπτει και την περίπτωση όπου ο προσφέρων κατά την υποβολή της προσφοράς του δεν στηρίζεται σε ικανότητες τρίτου ούτε προτίθεται να αναθέσει μέρος της σύμβασης σε υπεργολάβο, αλλά κατόπιν ανάληψης της σύμβασης αποφασίσει να αναθέσει μέρος της σύμβασης σε υπεργολάβο. Επομένως, δεν προκύπτει ούτε ότι ο ως άνω μετέχων κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του στηρίζεται σε ικανότητες τρίτων ή προτίθεται να χρησιμοποιήσει υπεργολάβο και συνεπώς ουδόλως είχε υποχρέωση υποβολής της υπεύθυνης δήλωσης του ως άνω στοιχ. ε', αφού εξάλλου δεν υφίστατο τρίτος οικονομικός φορέας ή υπεργολάβος που θα δήλωνε σχετικώς. Ούτε ότι η προσκόμιση της υπό στοιχ. δ' υπευθύνου δηλώσεως μετά του προβλεπόμενου από το στοιχείο αυτό περιεχομένου, προκύπτει πως κατέστησε την προσφορά του τυχόν ασαφή, εν όψει ότι από κανένα έγγραφο της προσφοράς δεν προέκυπτε στήριξη σε ικανότητες τρίτου ή πρόθεση ανάθεσης σε υπεργολάβο. Εξάλλου, ακόμη και αν η αναθέτουσα όντως ανεύρισκε εκ των ως άνω σχετική ασάφεια, όφειλε κατ' άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016 δεσμίως να ζητήσει διευκρινίσεις αντί να αποκλείσει άνευ ετέρου τον προσφέροντα. Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι σε κάθε περίπτωση απορριπτέος.

8. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής, το άρθρο 5^ο της διακήρυξης προβλέπει ότι « 1. Οι προσφέροντες στο ξεχωριστό σφραγισμένο (υπό)φάκελο με την ένδειξη «Τεχνική Προσφορά» οφείλουν να υποβάλουν τα ακόλουθα: α. Πλήρη τεχνική περιγραφή (Τ.Π) στην ελληνική γλώσσα των παρεχόμενων υπηρεσιών, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Υπηρεσίας και τους εν ισχύ κανόνες υγιεινής των τροφίμων, όπως αυτοί καθορίζονται στο ΕΚ 852/04 και 853/04, τον Κώδικα Τροφίμων και Ποτών. Στην εν λόγω Τ.Π θα περιλαμβάνονται, πέραν της περιγραφής του τρόπου υλοποίησης του συμβατικού αντικείμενου, και τα ακόλουθα : (1) Κατάσταση που αφορά στο προσωπικό (αριθμός, ειδικότητα, προϋπηρεσία, βάρδιες, ώρες παροχής υπηρεσιών) που θα απασχοληθεί στο παρεχόμενο έργο. (2) Στοιχεία που αφορούν στη μέθοδο επόπτευσης και ελέγχου παρασκευής, μεταφοράς και παράδοσης των έτοιμων γευμάτων. (3) Στοιχεία που αφορούν στα μέτρα που θα λάβει για να εξασφαλίσει την ποιότητα των παρεχομένων υπηρεσιών. ... 5. Σε περίπτωση μη ή κατά παρέκκλιση, υποβολής των ανωτέρω αναφερόμενων δικαιολογητικών, η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη.». Ο δεύτερος εν προκειμένω, μετέχων στη διαδικασία υπέβαλε τεχνική προσφορά, στο Κεφάλαιο 2.2 της οποίας, αναφέρθηκε στο προσωπικό που θα χρησιμοποιήσει. Παρότι, εκεί αναφέρεται μια «λίστα ανθρώπινου δυναμικού» με 11 άτομα πλην της υπευθύνου πωλήσεων και του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου, οι θέσεις εργασίας των 11 λοιπών ατόμων, εκ των οποίων 2 είναι μάγειρες, 2 βοηθοί μάγειρα, 2 οδηγοί, 2 λαντζέρηδες, 2 συσκευαστές-τραπεζοκόμοι και 1 υπεύθυνος παραλαβής και συσκευασίας, ενώ περαιτέρω προβλέπεται ότι ο προσφέρων θα διαθέτει άτομα για κάλυψη 2 θέσεων εργασίας, ήτοι μια θέση εργασίας ως τραπεζοκόμου και μία ως οδηγού, ενώ σε άλλο σημείο αναφέρονται πρόσωπα που θα παρέχουν εποπτεία και θα τελούν σε συνεννόηση με την αναθέτουσα, δεν υπάρχει καμία αναφορά στην προϋπηρεσία του προσωπικού, τις βάρδιες απασχόλησης και συγκεκριμένα ποια συγκεκριμένα άτομα θα καλύψουν την κάθε θέση εργασίας. Και παρότι από τη λίστα προσωπικού προκύπτει ότι ο προσφέρων διαθέτει 2 εργαζόμενους ανά κάθε μία από τις 2 παραπάνω θέσεις εργασίας που θα στελεχωσει, δεν

προκύπτει με ποιες συγκεκριμένες βάρδιες, εναλλαγές βαρδιών και εν γένει τρόπο θα στελεχωθούν αυτές οι θέσεις εργασίας. Επομένως, και δεδομένου ότι η ως άνω απαίτηση είχε με σαφήνεια τεθεί και αυτή επί ποινή αποκλεισμού, η ως άνω προσκομισθείσα κατάσταση είναι ελλιπής κατά τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη στοιχεία και κατ' αποτέλεσμα, η τεχνική προσφορά του ως άνω μετέχοντος είναι εν όλω αποκλειστέα, η δε προσβαλλομένη έσφαλε καθ' ο μέρος την έκρινε ως αποδεκτή, ενώ πρέπει να γίνει δεκτός ο οικείος τρίτος λόγος της Προσφυγής.

9. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ως άνω σκέψεων, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή και δη, κατ' αποδοχή του τρίτου λόγου της, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του ως άνω δεύτερου μειοδότη.

10. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 760,00 ευρώ που κατέβαλε για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. Φ.830/ΑΔ.6902.Σ.122/29-3-2018 Απόφαση της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του αναδειχθέντος ως δεύτερου μειοδότη, οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού 760,00 ευρώ που κατέβαλε ο προσφεύγων για την άσκηση της προσφυγής του.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Απριλίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ