

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Νοεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30/10/2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/205/01.11.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) ΙΙΙ/36/01.11.2017 της προσφεύγουσας Ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της υπ' αριθμ. 177/2017 Απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 20.10.2017, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή ο Αναπτυξιακός Σύνδεσμος Δυτικής Αθήνας ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Διεθνή Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με αριθμό Διακήρυξης 3237/2017 και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ....., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΕΙΔΩΝ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΙΑΚΟΥ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΟΣ ΕΠΙΣΙΤΙΣΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ

ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ ΤΟΥ ΤΕΒΑ/FEAD» (CPV 15511600-9, 33711610-6, CPV 33750000-2, 33711430-0, 18930000-7, 22830000-7, 30192130-1, 30192131, 30192133-2, 30192124-6, 30192700, 33711720-0, 39831200-8, 39830000-9, 39832000-3, 33711900-6, 33711610-6, 33711720-0, 39831200-8, 39830000-9, 39832000-3, 33711900-6, 33711610-6) διάρκειας έως και τις 31.12.2017, προϋπολογισμού πεντακοσίων σαράντα εννέα χιλιάδων τετρακοσίων εβδομήντα τριών ευρώ και εβδομήντα δύο λεπτών (549.473,72 €), συμπεριλαμβανομένου 24% Φ.Π.Α., με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 25η Σεπτεμβρίου 2017 και ώρα 10:00 π.μ. και ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού την 29η Σεπτεμβρίου 2017 και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε απόλυτα νομότυπα και εμπρόθεσμα στις 25.09.2017 την υπ' αριθμ. 75646 προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της για την Ομάδα Δ' του διαγωνισμού, ήτοι για την προμήθεια Λοιπών Ειδών Βασικής Υλικής Συνδρομής, συνολικής αξίας διακοσίων ογδόντα έξι χιλιάδων εξακοσίων σαράντα πέντε ευρώ και δεκαέξι λεπτών (286.645,16 €) άνευ Φ.Π.Α., η οποία κατατέθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 30.10.2017 στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 177/2017 Απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 20.10.2017, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 30.10.2017 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία, επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της, η οποία στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 177/2017 Απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, με τον πρώτο λόγο προσφυγής, ότι η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού έσφαλε στην γνωμοδότησή της προς την Εκτελεστική Επιτροπή της αναθέτουσας, με την οποία εισηγήθηκε ότι το υποβληθέν στον εν θέματι διαγωνισμό εκ μέρους της προσφεύγουσας Ενιαίο Ευρωπαϊκό Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) δεν έφερε τις υπογραφές απάντων των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι εσφαλμένα η αναθέτουσα έκανε

δεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «.....», δεδομένου ότι στην προσφορά της τελευταίας δεν είχε δηλωθεί ο αριθμός καταχώρησης στον Ευρωπαϊκό Φορέα (CPNP) του προσφερόμενου από την εταιρεία αυτή προϊόντος, παρότι η ρητή αναφορά του εν λόγω αριθμού καταχώρησης συνιστούσε απαίτηση των τεχνικών προδιαγραφών, η οποία θα έπρεπε να περιλαμβάνεται σε υπεύθυνη δήλωση, γεγονός που η ανωτέρω εταιρεία είχε παραλείψει. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα τονίζει ότι η απαίτηση της αναφοράς του αριθμού καταχώρησης στον Ευρωπαϊκό Φορέα (CPNP) απευθύνεται στον προμηθευτή και όχι στην ετικέτα του προϊόντος και συνεπώς θα έπρεπε να αναφέρεται στην Υπεύθυνη Δήλωση. Σε συνέχεια των ανωτέρω, κατά την προσφεύγουσα, η μη αναγραφή του (CPNP) στην Υπεύθυνη Δήλωση συνιστούσε παράλειψη, καθώς απαιτείτο ρητώς από τη διακήρυξη η αναφορά του συγκεκριμένου κωδικού αριθμού. Κατά συνέπεια, επικαλείται η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της εταιρείας «.....» όφειλε να έχει αποκλειστεί από την ομάδα Δ΄ της διακήρυξης. Έτι περαιτέρω, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένα έκρινε ως επουσιώδη την εν λόγω παράλειψη και ζήτησε από την συνυποψήφια της προσφεύγουσας εταιρεία να παράσχει διευκρίνιση, συμπληρώνοντας την υποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση με τον παραλειφθέντα κωδικό αριθμό του προσφερόμενου προϊόντος. Ωστόσο, σύμφωνα με την προσφεύγουσα, το ανωτέρω γεγονός συνιστά ανεπίτρεπτη συμπλήρωση της προσφοράς της εταιρείας «.....» κατά το άρθρο 102 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, αφού η αναφορά του συγκεκριμένου κωδικού αριθμού απαιτείτο από τις τεχνικές προδιαγραφές να δηλωθεί υπό μορφή υπεύθυνης δήλωσης και άρα κακώς η αναθέτουσα αρχή προχώρησε σε αίτημα παροχής διευκρινίσεων.

3. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής.

4. Επειδή μετά ταύτα, η προσφεύγουσα εταιρεία αιτείται να διαταχθούν προσωρινά μέτρα που θα αναστέλλουν την εκτέλεση της υπ' αριθμ. 177/2017 Απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής και την περαιτέρω διαδικασία του

διαγωνισμού ως προς την ομάδα Δ΄ της διακήρυξης κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 171821263957 1229 0077, όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 30.10.2017 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας EUROBANK ERGASIAS A.E.), ποσού χιλίων τετρακοσίων τριάντα τριών ευρώ και είκοσι τριών λεπτών (1.433,23 €), όπως προκύπτει και από την με αριθμό πρωτοκόλλου ΔΥ/01.11.2017 Βεβαίωση Ελέγχου και Δέσμευσης Ηλεκτρονικού Παραβόλου της Α.Ε.Π.Π.

7. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και ως εκ τούτου στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

10. 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.

11. Επειδή παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 09.11.2017 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), η από 9 Νοεμβρίου 2017

παρέμβαση της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στο Μοσχάτο Αττικής, οδός Πειραιώς, αρ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

12. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 177/2017 Απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής.

13. Επειδή ωστόσο, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009, κ.α.). Εξάλλου, εφόσον ίσταται ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας, άνευ εννόμου συμφέροντος, καταρχήν, προβάλλονται λόγοι που αφορούν πλημμέλειες των τεχνικών προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων (ΣτΕ Ολ 697/1951 κ.α.), εφόσον πάντως, οι σχετικές αιτιάσεις δεν συνδέονται με τη διασφάλιση της αρχής του ίσου μέτρου κρίσεως (βλ. ΕΑ ΣτΕ 174/2016, 379-380/2012, πρβλ. ΕΑ 44/2012, 259/2012, 450/2011, κ.α., βλ. βλ. Πυργάκη «Το

έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», σελ. 430 επ. παρ. 12.6.5.).

14. Επειδή κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα είχε ήδη αποκλειστεί από τον διαγωνισμό, λόγω έλλειψης των υπογραφών όλων των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου στο Ε.Ε.Ε.Σ. και άρα είχε καταστεί «τρίτη» ως προς τη συνέχιση του διαγωνισμού, είναι προφανές ότι ο δεύτερος λόγος προσφυγής προβάλλεται απαραδέκτως από την προσφεύγουσα, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος και ως εκ τούτου κρίνεται απορριπτέος.²⁸ Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

15. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής, ο Ν. 4412/2016 που είναι εφαρμοστέος στον επίδικο διαγωνισμό, ορίζει στο άρθρο 79 με τίτλο «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης» (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ): *«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 γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι*

υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά. [...]

2. [...], α) [...], β) [...], γ) [...], δ) [...].

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.

4. [...], 5. [...], 6. [...], 7. [...].».

16. Επειδή στο άρθρο 73 του Ν. 4412/2016 ορίζεται 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) [...], β) [...], γ) [...], δ) [...], ε) [...], στ) [...].

Η υποχρέωση αποκλεισμού οικονομικού φορέα εφαρμόζεται επίσης όταν 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.».

17. Επειδή το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (Ε.Ε.Ε.Π.), είναι το ίδιο με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) σε συνέχεια του Διορθωτικού της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (L 135/24.05.2016), με το οποίο το Ε.Ε.Ε.Π. μετονομάστηκε στην επίσημη ελληνική μετάφραση σε

Ε.Ε.Ε.Σ. και ενσωματώθηκε με αυτή την ονομασία στο άρθρο 79 του Ν. 4412/2016, ως ανωτέρω.

18. Επειδή εξάλλου, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο διαγωνισμό. Η 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. Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΣ 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋικού πλαισίου, εντός του

οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

19. Επειδή σύμφωνα με τον Εκτελεστικό Κανονισμό 2016/7 της Επιτροπής της 5η Ιανουαρίου 2016 για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας: *«Σε όλες τις περιπτώσεις όπου περισσότερα από ένα άτομα 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 να υπογράψει το ίδιο ΕΕΕΠ, ανάλογα με τους εθνικούς κανόνες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων που διέπουν την προστασία δεδομένων».*

20. Επειδή περαιτέρω στην παράγραφο 2.2.6.1 της διακήρυξης του διαγωνισμού, με τίτλο «Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών» ορίζεται ότι: *«Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, και 2.2.5, της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες*

του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7.».

21. Επειδή στην παράγραφο 2.4.3.1 της διακήρυξης, με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τεχνική Προσφορά» προβλέπεται ότι: «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν:

α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ το οποίο έχει αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης.

Το εν λόγω πρότυπο υποβάλλεται από τους οικονομικούς φορείς με την προσφορά τους συμπληρωμένο όπως αυτό έχει οριστεί από την αναθέτουσα αρχή στη διακήρυξη σε μορφή pdf (ΥΑ56902/215/2017 (ΦΕΚ Β' 1924) ψηφιακά υπογεγραμμένο κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 79 του ν.4412/16 και την διακήρυξη.

Διευκρινίζεται ότι το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) υπογράφεται από το φυσικό/- ά πρόσωπο/ α, τα οποία είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ενός οικονομικού φορέα ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό, σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον οικονομικό φορέα, συμπεριλαμβανομένων των διατάξεων περί προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα.

Σε περίπτωση που περισσότερα πρόσωπα, σύμφωνα με τα παραπάνω έχουν υποχρέωση υπογραφής του ΕΕΕΣ, υπογράφουν στο Μέρος VI Τελικές δηλώσεις του ίδιου (και όχι διαφορετικού για κάθε υπογράφο) ΕΕΕΣ.

Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν το ΕΕΕΣ για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση.».

22. Επειδή από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται ότι η υποχρέωση αποκλεισμού οικονομικού φορέα από τη σύναψη

της σύμβασης, εάν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, αφορά, στις περιπτώσεις συλλογικών οργάνων εκπροσώπησης οικονομικού φορέα που έχει τη νομική μορφή εταιρείας, εκτός του Διευθύνοντος Συμβούλου και σε όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου αυτών. Από τα προαναφερθέντα παρέπεται ότι και το προβλεπόμενο στο άρθρο 79 του ως άνω νόμου Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν. 1599/1986, που υποβάλλεται ως προκαταρκτική απόδειξη, προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη και με το οποίο επιβεβαιώνεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 73 του ως άνω νόμου, πρέπει να υπογράφεται από όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου της εκάστοτε συμμετέχουσας στον διαγωνισμό ανώνυμης εταιρείας (ΕΣ 1434/2017). Ως εκ τούτου προκύπτει ότι σε περίπτωση που ο προσφέρων φορέας έχει μορφή ανώνυμης εταιρείας, η υποχρέωση υπογραφής του Ε.Ε.Ε.Σ., το οποίο συνιστά υπεύθυνη δήλωση για την ποινική κατάσταση εκάστου των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας, αφορά τόσο στο Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτής όσο και σε έκαστο εκ των μελών του Διοικητικού της Συμβουλίου και ότι υφίστατο, συνεπώς, υποχρέωση υπογραφής του Ε.Ε.Ε.Σ. από όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό οικονομικού φορέα. Άλλωστε, η σχετική διάταξη του Εκτελεστικού Κανονισμού 2016/7 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, βάσει της οποίας (διάταξης) κάθε άτομο «ενδέχεται» να πρέπει να υπογράψει το ίδιο Ε.Ε.Ε.Σ., τελεί υπό την επιφύλαξη των σχετικών εθνικών κανόνων δικαίου, ήτοι εν προκειμένω των ως άνω εφαρμοστέων διατάξεων των άρθρων 73 και 79 του ν. 4412/2016, αλλά και του άρθρου 3 της διακήρυξης του διαγωνισμού.

23. Επειδή κρίθηκε από την αναθέτουσα, δυνάμει της προσβαλλόμενης πράξης ότι το υποβληθέν Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), το οποίο περιλαμβάνεται στα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής, δυνάμει του σημείου 2.4.3.1.α της διακήρυξης, δεν ήταν συμπληρωμένο σύμφωνα με τα οριζόμενα σε αυτήν και στην οικεία νομοθεσία.

Ωστόσο, είναι γεγονός ότι η αναθέτουσα έλαβε υπόψη της το με αριθμό πρωτοκόλλου 398709.564805/01.06.2017 Πιστοποιητικό Ισχύουσας Εκπροσώπησης της προσφεύγουσας, εκδόσεως του Γενικού Εμπορικού Μητρώου (Γ.Ε.ΜΗ.), δυνάμει του οποίου προέκυπτε ότι τα μέλη του Δ.Σ. της προσφεύγουσας ήταν τέσσερα (4). Η αναθέτουσα όμως εσφαλμένα αγνόησε το υπ' αριθμ. 544/17.07.2017 Πρακτικό του Δ.Σ. της προσφεύγουσας, δυνάμει του οποίου συγκροτήθηκε σε σώμα το νέο Δ.Σ. της εταιρείας, κατόπιν της αποχώρησης του τέταρτου μέλους αυτού, ενώ προσκομίστηκε προς επίρρωση των ανωτέρω και η εκτύπωση της υπ' αριθμ. 854564/19.07.2017 ηλεκτρονικής αίτησης της προσφεύγουσας στο Γ.Ε.ΜΗ., προκειμένου να καταχωρηθεί στη μερίδα του Γ.Ε.ΜΗ. της προσφεύγουσας (ήτοι να δημοσιευθεί) το Πρακτικό Γενικής Συνέλευσης των μετόχων της προσφεύγουσας εταιρείας, δυνάμει του οποίου εξελέγη το νέο Δ.Σ. Σημειωτέον δε ότι η παραίτηση του τέταρτου μέλους του παλαιού Δ.Σ., του οποίου η υπογραφή κατά την κρίση της αναθέτουσας ελλείπει από το υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. είχε ήδη συντελεστεί, όπως προκύπτει από τα ανωτέρω έγγραφα, ήδη από τις αρχές Ιουνίου του 2017.

24. Επειδή η αναθέτουσα στις με αριθμό πρωτοκόλλου 4434/06.11.2017 αρχικές απόψεις της με τίτλο «Απόψεις Α.Σ.Δ.Α. σχετικά με την υπ' αριθμ. 48/2017 πράξη Προέδρου 3ου Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών», οι οποίες κοινοποιήθηκαν στην Αρχή στις 06.11.2017, αλλά και τις με αριθμό πρωτοκόλλου 4504/09.11.2017 συμπληρωματικές απόψεις της με τίτλο «Απόψεις Α.Σ.Δ.Α. (Αναθέτουσας Αρχής) επί της υπ' αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ/205/01.11.2017 Προδικαστικής Προσφυγής της Εταιρείας, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στην Αρχή στις 09.11.2017 υποστηρίζει ότι ο δεύτερος λόγος προσφυγής είναι νόμος και ουσία αβάσιμος λόγω του ότι δεν έχει ολοκληρωθεί ο έλεγχος νομιμότητας που ασκεί η Περιφέρεια, ενώ δεν έχει εκδοθεί και η σχετική ανακοίνωση του Γ.Ε.ΜΗ. αναφορικά με τη νέα σύνθεση του Δ.Σ. της προσφεύγουσας.

25. Επειδή με το άρθρο 232 του Ν. 4072/2012 (ΦΕΚ Α' 86/11.04.2012), όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 202 του Ν. 4281/2014, ΦΕΚ Α' 160/08.08.2014, ορίζεται ότι: «1. Με την επιφύλαξη ειδικών

διατάξεων περί εταιριών που οι μετοχές τους είναι εισηγμένες σε χρηματιστήριο, όπου στον κ.ν 2190/1920 και στο ν. 3190/1955 προβλέπεται δημοσίευση σε λοιπά έντυπα ή μέσα με επιμέλεια της εταιρίας (εκτός από το διαδικτυακό τόπο του Γ.Ε.ΜΗ. κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2 του ν. 4250/ 2014), η δημοσίευση αυτή καθίσταται απολύτως προαιρετική. Η ανάρτηση οποιασδήποτε δημοσίευσης στην ιστοσελίδα της εταιρίας είναι επίσης προαιρετική. Προθεσμίες που συνδέονται και έχουν ως αφετηρία τη δημοσίευση σε έντυπα μέσα δεν ισχύουν πλέον για τις προαιρετικές δημοσιεύσεις σε αυτά, ισχύουν όμως για τη δημοσίευση στο διαδικτυακό τόπο του Γ.Ε.ΜΗ.

2. Όπου στις διατάξεις του κ.ν. 2190/1920 και του ν. 3190/1955 προβλέπεται δημοσίευση με επιμέλεια της εταιρίας στο ΦΕΚ/ΤΑΕ-ΕΠΕ και Γ.Ε.ΜΗ. και σε λοιπά έντυπα μέσα, η πράξη ή το στοιχείο δημοσιεύεται μόνο στο διαδικτυακό τόπο του Γ.Ε.ΜΗ. κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2 του ν. 4250/2014, εντός των προθεσμιών που ορίζονται για τις δημοσιεύσεις στα λοιπά έντυπα μέσα.

3. Η ισχύς της παρούσας διάταξης άρχεται την 31.12.2015.».

26. Επειδή επιπλέον, κατά το άρθρο 2 του Ν. 4250/2014, ΦΕΚ Α΄ 74/26.03.2014,όπως αυτό συμπληρώθηκε με το άρθρο 207 του Ν. 4281/2014, ΦΕΚ Α΄ 160/08.08.2014, (βλ. και σχετ. εγκύκλιο 5285/2016) ορίζεται ότι: «1. Όπου στην κείμενη νομοθεσία για τις ανώνυμες εταιρίες, τις εταιρίες περιορισμένης ευθύνης, τις ευρωπαϊκές εταιρίες, τις ευρωπαϊκές συνεταιριστικές εταιρίες και τα αναφερόμενα στις περιπτώσεις στ, ζ και η της παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 3419/2005 υποκαταστήματα αλλοδαπών εταιριών στην ημεδαπή, υπάρχει υποχρέωση δημοσίευσης στο ΦΕΚ/ΤΑΕ-ΕΠΕ και Γ.Ε.ΜΗ. είτε πράξης ή στοιχείου είτε ανακοίνωσης περί της καταχώρισης πράξης ή στοιχείου στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο, η υποχρέωση υποβολής σχετικής αίτησης καταργείται από την 1.1.2015, ανεξάρτητα αν η δημοσίευση πραγματοποιείται από την Υπηρεσία Γ.Ε.ΜΗ. ή με επιμέλεια του υπόχρεου. Η σχετική υποχρέωση αντικαθίσταται με υποχρέωση δημοσίευσης στο διαδικτυακό τόπο του Γ.Ε.ΜΗ. Ειδικά, για τις περιπτώσεις όπου η δημοσίευση πραγματοποιείται με επιμέλεια του υπόχρεου, αυτή θα πραγματοποιείται αποκλειστικά με ηλεκτρονικά μέσα.

Η δημοσίευση με ηλεκτρονικά μέσα λαμβάνει χώρα, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 7 του ν. 3419/2005, οι οποίες εφαρμόζονται και στην περίπτωση αυτή. Οι δημοσιεύσεις που εμπίπτουν στο παρόν άρθρο λαμβάνουν χώρα ατελώς. Βλ. και σχετ. εγκύκλιο 5285/2016.

2. Προθεσμίες που ρητά εκ του νόμου συνδέονται με τη δημοσίευση στο ΦΕΚ/ΤΑΕ - ΕΠΕ και Γ.Ε.ΜΗ. λογίζεται ότι εκκινούν ή λήγουν κατά περίπτωση από την ημερομηνία δημοσίευσης στο διαδικτυακό τόπο Γ.Ε.ΜΗ.

3. [...].

4. [...].

5. [...]».

27. Επειδή περαιτέρω, το άρθρο 7β του Κ.Ν. 2190/1920 με τίτλο «Τρόπος πραγματοποίησης της δημοσιότητας» ορίζει ότι: «1. Η δημοσιότητα πραγματοποιείται: «α. Με την καταχώριση, ύστερα από έλεγχο, των πράξεων και στοιχείων στο Μητρώο Ανωνύμων Εταιρειών, που τηρείται στην υπηρεσία του Υπουργείου Εμπορίου της νομαρχίας όπου έχει την έδρα της η εταιρεία. Στην περίπτωση της παραγράφου 2α του άρθρου 4, η καταχώριση γίνεται αυθημερόν, εκτός εάν η αίτηση καταχώρισης δεν είναι ακριβής και πλήρης ως προς το περιεχόμενο της και τα συνυποβαλλόμενα δικαιολογητικά. Σε κάθε άλλη περίπτωση, η καταχώριση πρέπει να γίνεται εντός μηνός από την υποβολή εκ μέρους της εταιρείας των καταχωριστέων πράξεων και στοιχείων στην αρμόδια διοικητική Αρχή και επί εταιρειών με εισηγμένες μετοχές εντός δεκαπέντε (15) ημερών.

β. Με τη δημοσίευση, με επιμέλεια της αρμόδιας υπηρεσίας και με δαπάνες της ενδιαφερόμενης εταιρείας, στο τεύχος Ανώνυμων Εταιρειών και Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης της Εφημερίδας της Κυβέρνησης, ανακοίνωσης για την καταχώριση στο οικείο Μητρώο Ανώνυμων Εταιρειών των Πράξεων και των στοιχείων που υποβάλλονται σε δημοσιότητα, τροποποιούμενης ανάλογα της παρ. 3 του άρθρου 21 του Ν. 1599/86 «Σχέσεις Κράτους - πολίτη, καθιέρωση νέου τύπου ταυτότητας και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α΄ 75/1986). [...].

γ. Ειδικά για συστατικές πράξεις, η παραπάνω δημοσίευση πραγματοποιείται με επιμέλεια και με δαπάνες της ενδιαφερόμενης εταιρείας. Η σχετική ανακοίνωση αποστέλλεται προς το Εθνικό Τυπογραφείο υπογεγραμμένη από την εποπτεύουσα αρχή και θεωρημένη από την αρμόδια Δ.Ο.Υ. για την καταβολή όλων των σχετικών τελών. Αποδεικτικό της παραπάνω δημοσίευσης προσκομίζεται στην εποπτεύουσα αρχή εντός μηνός από την εγγραφή της εταιρείας στο οικείο μητρώο, επί ποινή διαγραφής της εταιρείας από το μητρώο. Με απόφαση των Υπουργών Ανάπτυξης και Οικονομικών, που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, καθορίζονται οι όροι και κάθε αναγκαία λεπτομέρεια για την εφαρμογή του εδαφίου αυτού.».

28. Επειδή από τις ανωτέρω εκτεθείσες διατάξεις συνάγεται ότι κάθε καταχώρηση στο Μ.Α.Ε. γίνεται ύστερα από προληπτικό έλεγχο νομιμότητας των καταχωριστέων πράξεων και στοιχείων από την αρμόδια διοικητική αρχή, ο οποίος διακρινόταν μέχρι πρότινος σε έλεγχο τυπικής και σε έλεγχο ουσιαστικής νομιμότητας (Για τα είδη και τους δικαιολογητικούς λόγους του ελέγχου, βλ. Παμπούκη, Περί της εμπορικής δημοσιότητας, σελ. 87, Σελέκο, Το Εμπορικό, σελ. 113 επ., Γιοβαννόπουλο, ΕΕμπΔ 2002, 286, τον ίδιο σε ΔικΑΕ, άρθρο 7β, αριθμ. 65 επ., 68 επ.). Ο έλεγχος τυπικής νομιμότητας αφορά μόνο στην πληρότητα και εξωτερική νομιμότητα της αίτησης και των δικαιολογητικών, ενώ ο έλεγχος ουσιαστικής νομιμότητας έχει ως αντικείμενο την κατά περιεχόμενο νομιμότητα των προς δημοσίευση πράξεων και στοιχείων, όπου ελέγχεται, αν οι εν λόγω πράξεις και στοιχεία προσκρούουν στο δίκαιο που τα διέπει (ως προς την έκταση και τους δικαιολογητικούς λόγους του ελέγχου ουσιαστικής νομιμότητας, βλ. Παμπούκη, Περί της εμπορικής δημοσιότητας, σελ. 87 επ., Σωτηρόπουλο, εις ΔικΑΕ, τόμος 1, 2002, άρθρο 4, αριθμ. 35 επ., Γιοβαννόπουλο, ΕΕμπΔ 2002, 293 επ., τον ίδιο σε ΔικΑΕ, άρθρο 7β, αριθμ. 71 επ.). Υπό το προϊσχύσαν δίκαιο, ο έλεγχος ουσιαστικής νομιμότητας επιβαλλόταν στις περιπτώσεις που η διοίκηση συνέπραττε στη δημοσιότητα όχι μόνο με την καταχώρηση στο Μ.Α.Ε., αλλά και με την έκδοση προηγούμενης εγκριτικής διοικητικής απόφασης (έγκρισης του καταστατικού, των τροποποιήσεών του, της συγχώνευσης κλπ.) (βλ. Γιοβαννόπουλο, ΔικΑΕ,

άρθρο 7β, αριθμ. 64, αριθμ. 77 επ., ΣΤΕ 2783/2007 Νόμος). Ωστόσο, ήδη από το 2001, το σύστημα του ουσιαστικού ελέγχου νομιμότητας της ίδρυσης της Α.Ε. γνώρισε μια σημαντική ρωγμή με την κατάργηση του προληπτικού ελέγχου ουσιαστικής νομιμότητας της ίδρυσης όσον αφορά στη λεγόμενη «μικρή Α.Ε.» με κεφάλαιο μέχρι 300.000,00 ευρώ (άρθρο 7β παρ. 1 εδ. β', όπως είχε τροποποιηθεί με το άρθρο 1 παρ. 12 του Ν. 2941/2001, το οποίο επέτασσε η εγγραφή της μικρής Α.Ε. στο Μ.Α.Ε. να γίνεται «αυθημερόν» και «χωρίς έλεγχο», βλ. σχετικά Σελέκο, ΕπισκΕΔ 2003, 365, Γιοβαννόπουλο, ΕεμπΔ 2002, 285 και ΔικΑΕ, ό.π., αριθμ. 85 επ.). Ο Ν. 3604/2007, στο πλαίσιο της περιστολής της διοικητικής εποπτείας στις Α.Ε. (βλ. σχετικά Βενιέρη, Από τη διοικητική, σελ. 82, Γιοβαννόπουλο, ΔηΣΚΕ 2008, 41) διεύρυνε το προσωπικό πεδίο εφαρμογής της εξαίρεσης του προϊσχύσαντος δικαίου σε τέτοια έκταση, ώστε την κατέστησε κανόνα. Συγκεκριμένα, όρισε στο άρθρο 4 παρ. 2α ότι ως προς τις εταιρείες με κεφάλαιο που δεν υπερβαίνει τα 3.000.000,00 ευρώ (και άρα τη συντριπτική πλειοψηφία των Α.Ε.), δεν ασκείται έλεγχος (ουσιαστικής) νομιμότητας της σύστασης, καθώς και της τροποποίησης του καταστατικού, αφού δεν εκδίδεται εγκριτική διοικητική πράξη. Στις περιπτώσεις αυτές, ο έλεγχος περιορίζεται στην τυπική νομιμότητα («τυπικός έλεγχος των υποβαλλόμενων εγγράφων», «αίτηση καταχώρησης ακριβής και πλήρης ως προς το περιεχόμενό της και τα συνυποβαλλόμενα δικαιολογητικά», άρθρα 4 παρ. 2α, 7β παρ. 1 περ. α' εδ. β'), οι δε καταχωρήσεις των τυπικά νόμιμων αιτήσεων γίνονται «αυθημερόν» (άρθρο 7β παρ. 1 περ. α' εδ. β', βλ. Γιοβαννόπουλο, εις ΔικΑΕ 2010, άρθρο 7β, αριθμ. 17).

29. Επειδή εξάλλου, όπως γίνεται δεκτό από τη θεωρία και τη νομολογία, η καταχώρηση στο Μ.Α.Ε. αναπτύσσει για ορισμένες πράξεις και στοιχεία του άρθρου 7α του Κ.Ν. 2190/1920 τη λεγόμενη συστατική (δημιουργική) ενέργεια, ενώ για τις υπόλοιπες απλώς βεβαιωτική (δηλωτική) ενέργεια. Το τελευταίο συνεπάγεται ότι για ορισμένες από τις πράξεις και στοιχεία που υποβάλλονται σε δημοσιότητα η καταχώρηση στο Μ.Α.Ε. αναπτύσσει τη λεγόμενη συστατική ή δημιουργική ενέργεια. Αποτελεί δηλαδή, σύμφωνα με την κρατούσα άποψη, όρο του ενεργού τους, οπότε αυτές

παραμένουν ανενεργείς μέχρι την καταχώρησή τους (βλ. Σελέκο, ΔικΑΕ, Εισαγ. 7α-7γ, αριθμ. 41, Γιοβαννόπουλο, ΔικΑΕ, άρθρο 7β, αριθμ. 123 με περαιτέρω παραπομπές). Ο συστατικός χαρακτήρας της καταχώρησης στο Μ.Α.Ε. είτε προβλέπεται ρητά στον νόμο, είτε συνάγεται ερμηνευτικά από τη φύση και της λειτουργία των καταχωριστέων πράξεων. Γενικά όμως γίνεται δεκτό ότι συστατική ενέργεια αναπτύσσει η καταχώρηση νομικών γεγονότων, ενώ αντίθετα πραγματικά γεγονότα, έστω και αν επιφέρουν έννομες συνέπειες δεν είναι δεκτικά συστατικής καταχώρησης (Περάκης, ΔΕΕ 1997, σελ. 1042). Τουναντίον, για όσες πράξεις και στοιχεία η καταχώρηση δεν ενεργεί συστατικά, αναπτύσσει απλώς τη λεγόμενη δηλωτική ή βεβαιωτική ενέργεια, ήτοι η καταχώρηση δεν αποτελεί όρο του ενεργού των εν λόγω πράξεων, οι οποίες καθίστανται πλήρως ισχυρές και δεσμευτικές από την έκδοσή τους και πριν καν ακόμα την καταχώρησή τους στο Μ.Α.Ε. Ο κανόνας αυτός δεν διατυπώνεται ρητά στον νόμο, αλλά συνάγεται ερμηνευτικά εξ αντιδιαστολής από τις διάσπαρτες διατάξεις που προβλέπουν συστατική καταχώρηση (Παμπούκης, ΕπισκΕΔ 2000, 59 επ., ο ίδιος, ΕπισκΕΔ 2001, 1061, βλ. και εγκύκλιο Κ2-7796/06.10.1994 Υπεμπ με τη ΓνμδΝΣΚ 29/94/26.09.1994, ΔΣΑΕ/ΕΠΕ 1994, 437). Η δηλωτική καταχώρηση αφορά αποκλειστικά στις σχέσεις της εταιρείας με τους τρίτους και συγκεκριμένα στο αντιτάξιμο των εν λόγω πράξεων και στοιχείων κατά τρίτων, εφόσον επακολουθήσει δημοσίευση. Η δηλωτική ενέργεια δεν ενεργεί ενιαία για όλες τις καταχωριστέες πράξεις που δεν υπόκεινται σε ουσιαστική δημοσιότητα. Ορισμένες από αυτές αναπτύσσουν έννομες συνέπειες και είναι αντιτάξιμες έναντι τρίτων και χωρίς καταχώρηση στο Μ.Α.Ε., όπως λ.χ. η απόφαση που κηρύσσει την εταιρεία σε πτώχευση (άρθρο 47α παρ. 1, περ. γ'), οπότε η καταχώρηση επιτελεί απλώς και μόνο πληροφοριακή λειτουργία. Σε άλλες αντίθετα, περιπτώσεις δηλωτικής καταχώρησης, τα καταχωρηθέντα στοιχεία, μολονότι αποκτούν ισχύ ανεξαρτήτως της καταχώρησής τους στο Μ.Α.Ε., δεν μπορούν ακαταχώριστα (και αδημοσίευτα) να αντιταχθούν στους καλόπιστους τρίτους. Τέτοιου είδους καταχωρήσεις αναπτύσσουν τη λεγόμενη επιβεβαιωτική ενέργεια ή την εν μέρει συστατική ενέργεια (Παμπούκης, Περί της εμπορικής δημοσιότητας, σελ. 89,

Μάρκου, Αρμ 2000, 1617, Σελέκος, Το Εμπορικό, σελ. 38). Στην περίπτωση των καταχωριστέων πράξεων που έχουν απλώς και μόνο δηλωτική ενέργεια, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, εμπíπτουν ιδίως οι πράξεις εκλογής/διορισμού ή παύσης των οργάνων της διοίκησης της Α.Ε., των ελεγκτών και των εκκαθαριστών (ΑΠ 1273/2006 ΝοΒ 2006, 1805, ΑΠ 470/2006 ΧρΙΔ 2006, 638, ΑΠ 916/2004 ΧρΙΔ 2004, 161, ΕφΘεσ 719/2009 ΔΕΕ 2009, 1214, ΕφΑΘ 806/2005 ΔΕΕ 2006, 390, βλ. και Αντωνόπουλο, Δίκαιο ΑΕ & ΕΠΕ, σελ. 397, Σελέκο, ΔικΑΕ, Εισαγ. 7α-7γ, αριθμ. 63 με περαιτέρω παραπομπές, Γκίντζου, ΕπισκΕΔ 2004, 347(επί της όχι ορθής, ΕφΘεσ 3023/2003 ΕπισκΕΔ 2004, 433), Γιοβαννόπουλο, ΔικΑΕ, άρθρο 7β, αριθμ. 141 επ., αμφότεροι με διεξοδικές παραπομπές).

30. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, κατεξοχήν έκφανση της μη αντιταξιμότητας στο δίκαιο της Α.Ε. είναι το άρθρο 7β παρ. 13α του Κ.Ν. 2190/1920. Με βάση αυτή τη διάταξη προστατεύεται η εμπιστοσύνη των τρίτων στη σιωπή του Μητρώου, δηλαδή σε ένα αρνητικό στοιχείο (για την έννοια της αρνητικής δημοσιότητας, βλ. Λιακόπουλο, Ζητήματα IV, σελ. 101), καθώς οι τρίτοι μπορούν να εμπιστευθούν ότι ένα νομικό γεγονός που αφορά στην εταιρεία δεν έχει επέλθει, ακόμα και αν καταχωρηθεί στο Μ.Α.Ε., εκτός αν η εταιρεία αποδείξει ότι οι τρίτοι γνώριζαν το αδημοσίευτο στοιχείο. Η σιωπή των μέσων δημοσιότητας παράγει φαινόμενο δίκαιο και η μη αντιταξιμότητα προστατεύει ακριβώς τους καλόπιστους τρίτου, που εμπιστεύονται (ή έστω μπορούν δυνητικά να εμπιστευτούν) το φαινόμενο αυτό. Στις δε προϋποθέσεις της μη αντιταξιμότητας περιλαμβάνονται: α) η έλλειψη (δηλωτικής) καταχώρησης/δημοσίευσης δημοσιευτέου στοιχείου, το οποίο ανήκει στα κατά νόμο δημοσιευτέα, από το οποίο παρέπεται ότι η μη αντιταξιμότητα δεν καταλαμβάνει στοιχεία μη δημοσιευτέα, β) άγνοια του τρίτου, η οποία όμως δεν αρκεί για την προστασία του τρίτου κατά την παρ. 13 του άρθρου 7β, ακόμα και αν συντρέχουν οι προαναφερθείσες ελλείψεις δημοσιότητας, εφόσον η εταιρεία αποδείξει ότι είχαν εγκαίρως θετική γνώση των αδημοσίευτων πράξεων και στοιχείων (ΕφΑΘ 8126/2000 ΕπισκΕΔ 2001, 1060 με παρατ. Παμπούκη, ΕφΑΘ 3344/1996 ΔΕΕ 1996, 937, ΕφΠειρ 1075/1997, Λιακόπουλος, Ζητήματα IV, σελ.

101, Παμπούκης, Δίκαιο Ι, παρ. 17 II 2 Α, σελ. 108, Σελέκος, Το Εμπορικό, σελ. 241), γ) λοιπές προϋποθέσεις που πηγάζουν από την αρχή του φαινομένου δικαίου και τέλος δ) το κρίσιμο χρονικό σημείο τόσο για την έλλειψη δημοσίευσης ή και καταχώρησης, όσο και για τη θετική γνώση του τρίτου, το οποίο είναι η στιγμή της συμπλήρωσης των νόμιμων προϋποθέσεων για την απόκτηση δικαιωμάτων από τρίτους (Γιοβαννόπουλος, εις ΔικΑΕ 2010, άρθρο 7β, αριθμός 51 επ.) Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω μόνο η θετική γνώση ανατρέπει τη μη αντιταξιμότητα, ενώ αντίθετα, η υπαίτια άγνοια, ακόμα και από βαριά αμέλεια, δεν βλάπτει τους τρίτους και το σχετικό βάρος απόδειξης φέρει η εταιρεία (τεκμήριο καλοπιστίας των τρίτων, Σελέκος, Το Εμπορικό, σελ. 242). Παράλληλα, ως προς τις έννομες συνέπειες της μη αντιταξιμότητας κατά το άρθρο 7β παρ. 13 εδ. α' και παρ. 15 γίνεται δεκτό ότι εφόσον συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η εταιρεία εμποδίζεται να αντιτάξει στους τρίτους τις ακαταχώριστες ή/και αδημοσίευτες πράξεις και στοιχεία, εκτός αν αποδεικνύει (επί δηλωτικών πάντα καταχωρήσεων) ότι οι τρίτοι είχαν θετική γνώση των εν λόγω πράξεων και στοιχείων (ΑΠ 307/2003 ΔΕΕ 2003, 947, ΑΠ 1204/2000 ΕΕμπΔ 2000, 726).

31. Επειδή τέλος, σύμφωνα και με την ΠΟΛ 1100/05.05.2015 του Υπουργείου Οικονομικών με θέμα «Ημερομηνία μεταβολής Διοικητικού Συμβουλίου της Α.Ε.», την οποία επικαλείται και η προσφεύγουσα, ορίζεται ότι: *«...ημερομηνία έναρξης ισχύος του Διοικητικού Συμβουλίου Α.Ε. είναι η ημέρα εκλογής του από Γενική Συνέλευση, ανεξάρτητα από τον χρόνο καταχώρησης της εν λόγω πράξης στο Γ.Ε.ΜΗ.*

Συνεπώς, στην περίπτωση υποβολής δήλωσης μεταβολής για αλλαγή Διοικητικού Συμβουλίου Α.Ε., ως ημερομηνία μεταβολής, καταχωρείται στο υποσύστημα Μητρώου, η ημερομηνία εκλογής του από τη Γενική Συνέλευση.

[...].».

32. Επειδή όπως προκύπτει από τις ανωτέρω διατάξεις, η προσφεύγουσα πράγματι ενημέρωσε εγκαίρως την αναθέτουσα, όπως παραδέχεται και η τελευταία στην προσβαλλόμενη πράξη της και κατά συνέπεια η αναθέτουσα έπαψε να θεωρείται «καλόπιστος τρίτος» κατά την έννοια του

νόμου, ως προς την αδημοσίευτη εκλογή του νέου Δ.Σ. της προσφεύγουσας, της οποίας άλλωστε η δημοσίευση έχει αποκλειστικά δηλωτικό χαρακτήρα κατά τα ανωτέρω. Ομοίως, δεν αμφισβητείται το γεγονός ότι πράγματι η προσφεύγουσα δεν παρέλειψε να αιτηθεί την καταχώρηση της εκλογής νέου Δ.Σ. από τη Γ.Σ. της εταιρείας έγκαιρα και κατά συνέπεια, κρίσιμος χρόνος για τη διαπίστωση του πραγματικού γεγονότος της νόμιμης συγκρότησης του νέου Δ.Σ. είναι ο χρόνος υποβολής της προσφοράς της προσφεύγουσας, κατά τον οποίο, το Δ.Σ. της τελευταίας δεν ήταν πλέον τετραμελές λόγω αποχώρησης της κας Γεωργουλέα, αλλά τριμελές. Συνεπακόλουθα, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή σε καμία περίπτωση δεν έχει αρμοδιότητα να ελέγξει τη νομιμότητα της δημοσίευσης ή την παράλειψη δημοσίευσης ενός πραγματικού γεγονότος, του οποίου εξάλλου η δημοσίευση έχει απλώς δηλωτικό χαρακτήρα και οφείλει να διαπιστώσει την πραγματική σύνθεση του Δ.Σ. της προσφεύγουσας, θα ήταν παράλογο, αλλά και νομικά απολύτως εσφαλμένο, να απαιτήσει να τεθεί στο υποβαλλόμενο από την προσφεύγουσα Ε.Ε.Ε.Σ., η υπογραφή ενός φυσικού προσώπου, που κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, έχει ήδη γνωστοποιηθεί επαρκώς σε αυτήν ότι έχει πλέον παραιτηθεί και δεν αποτελεί νόμιμο μέλος του Δ.Σ. της εταιρείας. Αυτό θα συνιστούσε αφόρητη παραβίαση θεμελιωδών διατάξεων του εταιρικού δικαίου, αφού στην πραγματικότητα η αναθέτουσα θα απαιτούσε την υπογραφή του Ε.Ε.Ε.Σ. της προσφεύγουσας από ένα μη μέλος του Δ.Σ. της εταιρείας.

33. Επειδή σε αντίθεση με τα υποστηριζόμενα στην προσβαλλόμενη πράξη, το άρθρο 102 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Συμπλήρωση-αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» σκοπό έχει η παρεχόμενη διευκρίνιση ή η συμπλήρωση που έχει τη δυνατότητα να ζητήσει από τον οικονομικό φορέα κατά την παρ. 1 του εν λόγω άρθρου η αναθέτουσα, να μην εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. Εν προκειμένω ωστόσο, η προσφεύγουσα απλώς επικαιροποίησε το υποβληθέν από αυτήν Πιστοποιητικό του Γ.Ε.ΜΗ., προκειμένου να λάβει γνώση η αναθέτουσα ενός πραγματικού και

αδιαμφισβήτητου γεγονότος, σχετικά με τη νόμιμη σύνθεση και συγκρότηση του συλλογικού οργάνου εκπροσώπησής της, το οποίο ήταν απολύτως κρίσιμο για να διαπιστωθεί η ορθή συμπλήρωση και υπογραφή του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ. Σε καμία περίπτωση δεν υπήρξε αθέμιτη αντικατάσταση εγγράφου, δυνάμει του οποίου να απέκτησε η προσφεύγουσα το οποιοδήποτε αδικαιολόγητο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων, αλλά στην ουσία επρόκειτο για διευκρίνιση και συμπλήρωση κατά την έννοια της παρ. 2 του ίδιου άρθρου.

34. Επειδή ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά στην παρούσα στις σκέψεις 25-33, πιθανολογείται βάσιμα η ευδοκίμηση τουλάχιστον ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων της κρινόμενης προσφυγής και συγκεκριμένα του πρώτου λόγου, με συνέπεια, η υπό κρίση προσφυγή να θεωρηθεί ότι είναι προδήλως βάσιμη.

35. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την προμήθεια τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣτΕ 840/2008). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του πρέπει να διαταχθεί, η αναστολή εκτέλεσης της υπ' αριθμ. 177/2017 Απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής και της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και η μη κατακύρωση του αποτελέσματος της, έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση επί της προσφυγής (691/2012 ΔΕφΑθ).

36. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της Προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....».

Αριθμός Απόφασης:Α 40 / 2017

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13 Νοεμβρίου 2017 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Μελπομένη Τσιαλαφούτα