

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Σεπτεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:  
Χρήστος Σώκος Πρόεδρος και Εισηγητής, Ιωάννης Κίτσος, Ιωάννα Θεμελή,  
Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.08.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1077/30.08.2019 της προσφεύγουσας ατομικής επιχείρησης «.....», η οποία έχει έδρα στην Σαλαμίνα.

Κατά του «.....» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί, άλλως τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη με αριθμό 111/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποκλείστηκε από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 620,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό .....).

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ. .... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Διεθνής Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός κάτω των ορίων με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής για την «Προμήθεια γάλακτος εργατοτεχνικού

## **Αριθμός απόφασης: 1165/2019**

προσωπικού του Δήμου 2019-2020, προμήθεια γάλακτος εργατοτεχνικού προσωπικού ..... 2019-2020 και προμήθεια τροφίμων για τους παιδικούς σταθμούς και τις λοιπές ανάγκες του ....., με ισχύ 12 μηνών». Η διαδικασία διενεργήθηκε με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) και πήρε αριθμό συστήματος .....

3. Επειδή, επί του Α΄ Σταδίου της αποσφράγισης των (υπο-)Φακέλων Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών, δυνάμει του από 12.08.2019 Πρακτικού Ι που συνέταξε η ορισθείσα Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού του άρθρου 221 παρ. 1 Ν. 4412/2016 προκύπτει πως στον συγκεκριμένο Διαγωνισμό συμμετείχε η προσφεύγουσα και η ατομική επιχείρηση «.....». Εν συνεχεία η επιτροπή αξιολόγησης μετά το άνοιγμα των δικαιολογητικών διαπίστωσε ότι: Α. Η προσφεύγουσα δεν ασκεί δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας, όπως αναφέρεται στο άρθρο 2.2.4 της Διακήρυξης αλλά θα συνεργαστεί με την εταιρεία της κας ..... η οποία ασκεί συναφή δραστηριότητα και ότι Β. Η προσφεύγουσα δεν διαθέτει φορτηγό ψυγείο αλλά θα μεταφέρει τα τρόφιμα με φορτηγό ψυγείο της εταιρείας του κου ....., το οποίο όμως αντίκειται στις απαιτήσεις που έθεσε ο ..... ο οποίος στην ..... μελέτη του και συγκεκριμένα στις Τεχνικές Προδιαγραφές Μελέτης, αναφέρει ότι "η παράδοση των προϊόντων θα γίνεται από τον προμηθευτή με δικά του μέσα ...". Κατόπιν αυτού γνωμοδότησε να αποκλεισθεί η προσφεύγουσα από την συνέχεια του διαγωνισμού και δη από το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών. Με την υπ' αριθμ. 111/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

4. Επειδή, κατά της ως άνω υπ'αριθμ. 111/2019 απόφασης, με την οποία αποκλείσθηκε από την συνέχεια του διαγωνισμού, προσέφυγε η προσφεύγουσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 29.08.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωσή της.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, όπως ομολογεί η προσφεύγουσα (σελ. 3 της

## Αριθμός απόφασης: 1165/2019

Προσφυγής), την 21.08.2019, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 29.08.2019, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

6. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, κοινοποίησε στις 02.09.2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 03.09.2019 Απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, παραπέμποντας στα από 30.07.2019 και 12.08.2019 Πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού.

7. Επειδή το άρθρο 2.2.4 της Διακήρυξης ορίζει ότι *«Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση οικονομικών φορέων εγγεγραμμένων σε κράτος μέλους του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ) ή σε τρίτες χώρες που προσχωρήσει στη ΣΔΣ, ή σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην προηγούμενη περίπτωση και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε αντίστοιχα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα. Οι εγγεγραμμένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο.»*

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

## Αριθμός απόφασης: 1165/2019

διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι «η ατομική μου επιχείρηση από την 06/10/2018 ητοι πριν την ημερομηνία του διαγωνισμού, είχε δηλώσει στην αρμόδια Δ.Ο.Υ. όπου και υπάγεται, πως έγινε προσθήκη δραστηριότητας ως εμπορικός αντιπρόσωπος σε πώληση ειδών γενικά προς το δημόσιο, (ΚΑΔ - 46191006 - ΕΜΠΟΡΙΚΟΙ ΑΝΤΙΠΡΟΣΩΠΟΙ ΠΟΥ ΜΕΣΟΛΑΒΟΥΝ ΣΤΗΝ ΠΩΛΗΣΗ ΕΙΔΩΝ ΓΕΝΙΚΑ ΠΡΟΣ ΤΟ ΔΗΜΟΣΙΟ, ΝΟΜΙΚΑ ΠΡΟΣΩΠΑ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ, ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥΣ ΤΟΠΙΚΗΣ ΑΥΤΟΔΙΟΙΚΗΣΕΩΣ, ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΑ, ΔΗΜΟΤΙΚΑ ΚΛΠ ΚΟΙΝΩΦΕΛΗ Η ΟΧΙ ΙΔΡΥΜΑΤΑ ΚΑΙ ΚΑΤΑΣΤΗΜΑΤΑ), επιπροσθέτως η διακήρυξη όσον αφορά τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των συμμετεχόντων στο άρθρο 2.2.4 (Καταλληλότητα) αναφέρει πως ...οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στην διαδικασία σύναψης της σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθεια, η προμήθεια αποτελείται από πώληση ειδών προς ΤΟ δημόσιο και ιδιαίτερα πώληση σε νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου (ΝΠΔΔ .....), επομένως, είναι εμφανές πως η επιτροπή διαγωνισμού, όλως εσφαλμένως, με απέκλεισε από την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς η επιχείρηση μου έχει όλα τα εχέγγυα και καλύπτει όλους τους όρους της διακήρυξης, προκειμένου να ανταποκριθεί στην παρούσα προμήθεια».

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή σχετικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής παραπέμπει στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας όπου αναφερόταν ότι «Η προσφεύγουσα δεν ασκεί δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας, όπως αναφέρεται στο άρθρο 2.2.4 της Διακήρυξης αλλά θα συνεργαστεί με την εταιρεία της κας ..... η οποία ασκεί συναφή δραστηριότητα».

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η προσφεύγουσα κατέθεσε στην προσφορά της στο ΕΣΗΔΗΣ το αρχείο «ΤΕΥΔ.pdf», στην σελίδα 3 του οποίου δήλωσε ότι

## Αριθμός απόφασης: 1165/2019

συμμετέχει στην διαδικασία σύναψης της σύμβασης μόνη της και όχι από κοινού με άλλους. Ως εκ τούτου δεν κατέθεσε και έγγραφο ΤΕΥΔ κάποιας άλλης εταιρείας. Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.4. της Διακήρυξης κάθε οικονομικός φορέας που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκεί εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. Η προσφεύγουσα όμως, όπως ομολογεί και η ίδια, σαν δραστηριότητα επικαλείται πως είναι «*ΕΜΠΟΡΙΚΟΣ ΑΝΤΙΠΡΟΣΩΠΟΣ ΠΟΥ ΜΕΣΟΛΑΒΕΙ ΣΤΗΝ ΠΩΛΗΣΗ ΕΙΔΩΝ ΓΕΝΙΚΑ ΠΡΟΣ ΤΟ ΔΗΜΟΣΙΟ, ΝΟΜΙΚΑ ΠΡΟΣΩΠΑ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ, ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥΣ ΤΟΠΙΚΗΣ ΑΥΤΟΔΙΟΙΚΗΣΕΩΣ, ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΑ, ΔΗΜΟΤΙΚΑ ΚΛΠ ΚΟΙΝΩΦΕΛΗ Η ΟΧΙ ΙΔΡΥΜΑΤΑ ΚΑΙ ΚΑΤΑΣΤΗΜΑΤΑ*». Η εν λόγω δραστηριότητα σαφώς δεν είναι συναφής με το αντικείμενο της προμήθειας και γι' αυτό τον λόγο μετά από αλληλογραφία με την αναθέτουσα αρχή προσκόμισε το από 19.07.2019 Ιδιωτικό Συμφωνητικό Συνεργασίας με την κα ....., η οποία διαθέτει άδεια υγειονομικού ενδιαφέροντος σχετική με την εν λόγω προμήθεια. Όμως, από την στιγμή που η προσφεύγουσα δεν πληρούσε το τεκμήριο ποιοτικής επιλογής, όπως απαιτούνταν από την Διακήρυξη, όφειλε για να στηριχτεί στην ικανότητα τρίτου, να το δηλώσει στο ΤΕΥΔ της και να προσκομίσει και συμπληρωμένο ΤΕΥΔ από τον τρίτο με τον οποίο θα συνεργαζόταν, γεγονός το οποίο δεν έπραξε. Κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι «*Είναι γνωστό πως η επιτροπή διαγωνισμού ελέγχει τα δικαιολογητικά καταλληλότητας, καθώς και αν ο υποψήφιος οικονομικός φορέας πληροί τους όρους που έχουν τεθεί στην εκάστοτε διακήρυξη και δεν είναι θέμα δικό της για το πώς θα εκτελεστεί η δημοπρατούμενη υπηρεσία, εργασία, προμήθεια ή έργο. Άλλωστε αναγράφεται ρητά στην διακήρυξη και συγκεκριμένα στο άρθρο 6 αυτής που αφορά τους ειδικούς όρους εκτέλεσης της σύμβασης ότι η κρίση της ποιότητας των προσφερόμενων ειδών θα γίνεται από τα μέλη της σχετικής επιτροπής παραλαβής, θέτοντας και σαφείς όρους για αυτό. Επίσης σας αναφέρω πως η ατομική μου επιχείρηση λαμβάνει μόνο μέρος για την ομάδα που αφορά τα τρόφιμα του ΝΠΔΔ ..... και ΟΧΙ για την προμήθεια γάλακτος, επομένως οι ποσότητες που θα καλούμαι κάθε φορά να προμηθεύσω, σε περίπτωση που δικαιωθώ με την παρούσα προσφυγή, θα είναι πολύ μικρές και*

## Αριθμός απόφασης: 1165/2019

δεν θα απαιτείται να διαθέτω υπό την πλήρη κυριότητά μου φορτηγό ψυγείο. Παρόλα αυτά έχω επισυνάψει στην αναθέτουσα αρχή ιδιωτικά συμφωνητικά συνεργασίας με φορείς που έχουν υπό την πλήρη κυριότητά τους τόσο φορτηγό ψυγείο όσο και άδειες υγειονομικού ενδιαφέροντος και σε περίπτωση που αναδειχθώ προμηθευτής της διαδικασίας θα συνεργαστώ μαζί τους. Τέλος και προς απόλυτη ταύτιση των ως άνω αναφερόμενων λόγων, στους οποίους βασίζεται η παρούσα Προσφυγή μου, σας παραθέτω τις διευκρινήσεις, τις οποίες έλαβα κατόπιν αιτήματός μου από το αρμόδιο ΝΠΔΔ, που συνέταξε την μελέτη, θα συνάψει την Σύμβαση και θα παραλάβει τα προϊόντα: ... Προς διευκρίνιση των ανωτέρω αναφέρουμε ότι, αυτό που θεωρείται ως σημαντικό στοιχείο για την παράδοση των προσφερόμενων ειδών, είναι η απαρέγκλιτη τήρηση των προθεσμιών παράδοσης, καθώς και η αποτροπή, τυχόν απαίτησης από τον ανάδοχο αποζημίωσης ή οποιασδήποτε επιπλέον χρέωσης για την μεταφορά των προσφερόμενων ειδών, ούτε και απαίτησής του, να μεταφέρονται με μέσα του Νομικού Προσώπου, στα μέρη που θα του υποδειχθούν και στους ανωτέρω τηρούμενους χρόνους. Σημειώνεται δε ότι οι ανωτέρω χρόνοι παράδοσης, έχουν συμπεριληφθεί στις σχετικές προδιαγραφές, ως ελάχιστη διατήρηση της προβλεπόμενης ποιότητας των επιμέρους προϊόντων, σύμφωνα με τις ισχύουσες Υγειονομικές Διατάξεις. Τέλος δε, σας γνωρίζουμε ότι, λόγω της ως ανωτέρω προβλεπόμενης συχνότητας παραδόσεων, δεν θεωρούμε απαιτητή την χρήση φορτηγού ψυγείου, πολλώ δε μάλλον ιδιόκτητου του αναδόχου...»

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής παραπέμπει στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας όπου αναφερόταν ότι «Η προσφεύγουσα δεν διαθέτει φορτηγό ψυγείο αλλά θα μεταφέρει τα τρόφιμα με φορτηγό ψυγείο της εταιρείας του κου ....., το οποίο όμως αντίκειται στις απαιτήσεις που έθεσε ο ..... ο οποίος στην ..... μελέτη του και συγκεκριμένα στις Τεχνικές Προδιαγραφές Μελέτης, αναφέρει ότι “η παράδοση των προϊόντων θα γίνεται από τον προμηθευτή με δικά του μέσα ...”».

14. Επειδή, η ..... Μελέτη του ..... στην τελευταία σελίδα ορίζει ότι «Η παράδοση των προϊόντων θα γίνεται από τον προμηθευτή, με δικά του μέσα αζημίως, στον τόπο και κατά τις ώρες που θα καθορίζει το .....». Η προσφεύγουσα, επειδή δεν διαθέτει ιδιόκτητο μέσο για την μεταφορά και παράδοση των προϊόντων, επικαλείται το από 19.07.2019 Ιδιωτικό

## **Αριθμός απόφασης: 1165/2019**

Συμφωνητικό Συνεργασίας με τον ....., ο οποίος διαθέτει φορτηγό ψυγείο. Επίσης επικαλείται την υπ' αριθμ. πρωτ. .... Απάντηση της αναθέτουσας αρχής, κατόπιν ερωτήματος, με την οποία διευκρίνισε επί λέξει ότι «*σας γνωρίζουμε ότι, λόγω της ως ανωτέρω προβλεπόμενης συχνότητας παραδόσεων, δεν θεωρούμε απαιτητή την χρήση φορτηγού ψυγείου, πολλώ δε μάλλον ιδιόκτητου του αναδόχου*». Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής αφορούσε την χρήση φορτηγού ψυγείου συγκεκριμένα και όχι εν γένει ιδιόκτητου μέσου, το οποίο σύμφωνα με την ..... Μελέτη, απαιτείται να διαθέτει ρητώς ο προσφέρων για την μεταφορά των προϊόντων. Επομένως, αφού η προσφεύγουσα δεν διαθέτει ιδιόκτητο μέσο μεταφοράς, δεν πληροί τον συγκεκριμένο όρο της Μελέτης που συνοδεύει την Διακήρυξη και ως εκ τούτου ο δεύτερος λόγος της προσφυγής της είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

15. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Σεπτεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 09 Οκτωβρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Χρήστος Σώκος**

**Λαμπρινή Φώτη**