

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 2-11-2017, δυνάμει της Πράξης του νόμιμου αναπληρωτή του κωλυομένου πρώην Προέδρου του, με αριθμό 21/2017 της με αριθμό 5/1-11-2017 Απόφασης Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π., περί αναπλήρωσης της σύνθεσης του 2<sup>ου</sup> Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., λόγω παραίτησης του Προέδρου και μέλους του, Στυλ. Δ. Μαυρίδη (ΦΕΚ Τ.Υ.Ο.Δ.Δ. 534/27-10-2017) και της με αριθ. 2/02-11-2017 Πράξης Προέδρου Α.Ε.Π.Π. περί ορισμού νέου Προέδρου 2<sup>ου</sup> Κλιμακίου, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη Πρόεδρο, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, μέλος και εισηγήτρια και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, μέλος.

Για να εξετάσει την με Γεν.Αριθ.Κατ. ΑΕΠΠ 133/9-10-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙ /23/9-10-2017 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: .....(εφεξής προσφεύγουσα) κατά του ..... (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, κατ' ορθή επισκόπηση αυτής, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί η υπ' αριθ. 106411/03-10-2017 απόφαση του .....με θέμα: .....του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής για την παροχή υπηρεσιών

## Αριθμός απόφασης: 135/2017

σχολικών γευμάτων, σύμφωνα με το άρθρο 107 του Ν. 4412/2016, προϋπολογισθείσας δαπάνης € ..... χωρίς ΦΠΑ (Αριθ. Πρωτ. :.....) κατά το σκέλος αυτής με την οποία έγινε δεκτό το «ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ –ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ Ν02», κατά το τμήμα αυτού, με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας στην Ομάδα 8 για τα τμήματα 8.1, 8.2. και 8.4.

Με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσβαλλομένη δεν είναι σύμφωνη: α) με τις διατάξεις του Ν.4412/2016, ιδία δε του άρθρου 102, το οποίο επιτρέπει την συμπλήρωση και διευκρίνιση ήδη υποβληθέντων δικαιολογητικών, του άρθρου 75 για τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, του άρθρου 78 Ν.4412/2016 για τη «δάνεια εμπειρία», με το οποίο προβλέπεται ότι οι οικονομικοί φορείς (στους οποίους περιλαμβάνονται και οι ενώσεις νομικών προσώπων σύμφωνα με το άρθρ. 19 παρ.2 Ν.4412/2016), σε ότι αφορά την τεχνική κι επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρ. 75, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων προσώπων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς, η δε αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80, 81, εάν ο τρίτος στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής και, περαιτέρω, αν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. β) και τους όρους της διακήρυξης, η οποία στη σελ. 19 ορίζει : «1.5.3. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα – πρότυπα διασφάλισης ποιότητας» Κάθε προσφέρων πρέπει να διαθέτει: α) Άδεια λειτουργίας της παραγωγικής μονάδας όπου θα παρασκευάζονται τα γεύματα με κωδικό αριθμός έγκρισης (IMP). β) Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, ως εξής: (1) Σύστημα Διαχείρισης Ασφάλειας Τροφίμων κατά ISO 22000 σε ισχύ καθ' όλη τη διάρκεια των παρεχόμενων υπηρεσιών. (2)[...] γ) Το προσωπικό που θα απασχοληθεί για την προετοιμασία των γευμάτων θα έχει πιστοποιητικά υγείας [...] και στη σελ. 23 άρθρ. 1.6.2.10. ορίζει: «Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω, κατά περίπτωση δικαιολογητικά, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην

## Αριθμός απόφασης: 135/2017

ένωση, σύμφωνα με τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 19 παρ. 2 του ν. 4412/2016». Πλέον συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή μη νόμιμα δεν αποδέχθηκε τη δυνατότητα της εταιρείας ..... μέλους της συμμετέχουσας και, ήδη, προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών, να επικαλεστεί για την πλήρωση της τεχνικής κι επαγγελματικής ικανότητας του άρθρ. 1.5.3. της διακήρυξης (75 Ν.4412/2016), τις ικανότητες, άδειες και πιστοποιητικά τρίτης εταιρείας και δη της εταιρείας.....

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα ακόλουθα:

**1. Επειδή**, η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει του 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

**2. Επειδή**, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, συνολικού ποσού 2.543,40 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου 167631422957 1204 0078), δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη της Ομάδας 8 για τα τμήματα 8.1, 8.2. και 8.4 του διαγωνισμού για τα οποία υποβλήθηκε προσφορά εκ μέρους της προσφεύγουσας ανέρχεται στο ποσό των 508.680 ευρώ, εκτός ΦΠΑ 24%, το οποίο πληρώθηκε και αφού ελέγχθηκε, δεσμεύτηκε από την ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την από 4-10-2017 Βεβαίωσή της.

**3. Επειδή**, η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε με τη 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.

## Αριθμός απόφασης: 135/2017

**4. Επειδή,** η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 06-10-2017, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προθεσμία άσκησης αυτής έληξε 10 ημέρες από την κοινοποίηση στην προσφεύγουσα της προσβαλλομένης, η οποία έλαβε χώρα στις 3-10-2017, ημέρα που αναρτήθηκε η προσβαλλόμενη πράξη στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), όπου διενεργείται (ηλεκτρονικά) ο διαγωνισμός. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 7-10-2017 και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. στις 8-10-2017.

**5. Επειδή,** η προσφεύγουσα έχει αυτονόητο, ενεστώς και άμεσο έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά (αριθ. ....) στην Ομάδα 8 για τα τμήματα 8.1, 8.2. και 8.4. αυτού κι, επομένως, έχει έννομο συμφέρον να της ανατεθεί η υπό κρίση σύμβαση και, ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής σε περίπτωση παράβασης Νόμου.

**6. Επειδή,** η ΑΕΠΠ με την αρ. .... πράξη της περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής και εισηγητή κάλεσε, συγχρόνως, την αναθέτουσα αρχή όπως, εντός των νομίμων προθεσμιών διαβιβάσει στην ΑΕΠΠ μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σε κάθε περίπτωση μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής, καθώς και τα αποδεικτικά κοινοποίησης στους τυχόν ενδιαφερόμενους τρίτους κατ' άρθρον 365 Ν.4412/2016. Παραταύτα, η αναθέτουσα αρχή, η οποία παραχώρησε μεν πλήρη πρόσβαση στον ηλεκτρονικό τόπο και στα έγγραφα του διαγωνισμού -φάκελο της υπόθεσης, δεν διαβίβασε τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ. Παρά τα ανωτέρω, στην προκειμένη περίπτωση, η μη αποστολή των απόψεων της αναθέτουσας δεν κρίνεται ότι δημιούργησε δυσχέρεια στην ουσιαστική παροχή προδικαστικής προστασίας ώστε να της επιβληθεί

## Αριθμός απόφασης: 135/2017

αυτεπαγγέλτως το προβλεπόμενο στα άρθρο 365 παρ.3 Ν.4412/2016 και 14 παρ.3 ΠΔ 39/2017 χρηματικό πρόστιμο. Και τούτο διότι ο οικείος σχηματισμός-κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, που εξέτασε την υπό κρίση υπόθεση, είχε στη διάθεσή του τα πλήρη έγγραφα του διαγωνισμού εκ των οποίων, σε συνδυασμό με την προσβαλλομένη πράξη, μπόρεσε να αχθεί σε κρίση, παρέχοντας ουσιαστική προδικαστική προστασία στον προσφεύγοντα.

**7. Επειδή**, επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί, περαιτέρω κατ'ουσία.

**8.Επειδή**, στο άρθρο 17 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, κατοχυρώνεται η υποχρέωση αιτιολογίας όλων των ατομικών διοικητικών πράξεων : *«Η ατομική διοικητική πράξη πρέπει να περιέχει αιτιολογία, η οποία να περιλαμβάνει τη διαπίστωση της συνδρομής των κατά νόμο προϋποθέσεων για την έκδοσή της»*. Σε ενωσιακό επίπεδο, η υποχρέωση της διοίκησης για αιτιολογία των πράξεών της κατοχυρώνεται στο άρθρο 41 παρ. 1 περ. γ' του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων, στο πλαίσιο του δικαιώματος χρηστής διοίκησης, επιτυγχάνοντας, μ' αυτόν τον τρόπο, τη σύνδεση της εν λόγω υποχρέωσης με τα δικαιώματα άμυνας του διοικουμένου. Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου.

**9. Επειδή**, σύμφωνα με το άρθρο 19 «Οικονομικοί φορείς» (άρθρο 19 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) Ν.4412/2016: [...] 2. *Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων [...]. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής. Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και*

## Αριθμός απόφασης: 135/2017

*χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77 εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας. [...].*

**10.Επειδή**, σύμφωνα με το άρθρο 75 : «Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» :1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας [...]γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα [...] Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2.Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α` ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό. [...]4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν [...]5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος.

**11.Επειδή**, σύμφωνα το άρθρο 63 της οδηγίας 2014/24, με τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες των άλλων φορέων» : «1.όσον αφορά [...] τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στο άρθρο 58 παρ.4, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον συντρέχει περίπτωση και για συγκεκριμένη περίπτωση να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων (φορέων), ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς[...] σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό[...]». Συναφώς στο άρθρο 78 Ν.4412/2016 ορίζεται: «1. Όσον αφορά τα κριτήρια [...] σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς [...]Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ` του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α` ( [...]στ' αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης[...]) ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες [...]Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. [...] Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που

*σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης[...].*

**12. Επειδή,** κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ επί των άρθρων 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, που καταργήθηκε με την ως άνω οδηγία 24/2014/ΕΕ, ωστόσο, περιείχε ίδια ρύθμιση, αναγνωρίζεται το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς, εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων θα έχει όντως στη διάθεσή του τους πόρους των εν λόγω φορέων, οι οποίοι είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2* και *Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψεις 29 και 33). Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό οδηγίες προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών. (βλ., υπ' αυτήν την έννοια, απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, CoNISMa, Συλλογή 2009, σ.Ι-12129, σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Περαιτέρω, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο ομοίως επιδιώκει η οδηγία 2004/18, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 32 της οδηγίας αυτής (απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2* και *Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 34 καθώς και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το δικαίωμα που κατοχυρώνεται ανωτέρω, λαμβανομένου υπόψη του σημαντικού ρόλου που διαδραματίζει στο πλαίσιο των ενωσιακών ρυθμίσεων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, αποτελεί γενικό κανόνα τον οποίο πρέπει να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές, όταν ασκούν τις αρμοδιότητές τους για την εξακρίβωση της καταλληλότητας του προσφέροντος για την εκτέλεση ορισμένης συμβάσεως. Υπό τις συνθήκες αυτές, το γεγονός ότι ένας



## Αριθμός απόφασης: 135/2017

οικονομικός φορέας μπορεί «ενδεχομένως» να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, δεν δύναται να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι ο εν λόγω φορέας μπορεί μόνον κατ' εξαίρεση να στηρίζεται στις δυνατότητες τρίτων φορέων (απόφαση της 7<sup>ης</sup> Απριλίου 2016, 7-4/2016 ΔΕΚ C-324/2014 σκέψη 36). Κατόπιν των ανωτέρω, ο προσφέρων, είναι ελεύθερος να συνάπτει δεσμούς με τους φορείς στις δυνατότητες των οποίων στηρίζεται και να επιλέγει τη νομική φύση των δεσμών αυτών, εντούτοις, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως έχει στη διάθεσή του τους πόρους των συγκεκριμένων φορέων που δεν του ανήκουν και είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως (βλ., συναφώς, απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψη 29 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία και *Swm Costruzioni 2* και *Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 29). Ένας οικονομικός φορέας δεν μπορεί να αποκλεισθεί από διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών επειδή δεν πληροί αφ' εαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές και επαγγελματικές προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του αλλά προτίθεται να χρησιμοποιήσει τις ικανότητες και δεξιότητες τρίτων και οι οποίοι τις διαθέτουν και στους οποίους θα προσφύγει εάν του ανατεθεί η σύμβαση. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των φορέων που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της συμβάσεως. (Αποφάσεις ΔΕΚ, της 12.7.2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti*, σκ. 90 -92, της 2.12.1999, C-176/98, *Holst Italia*, σκ. 24 -31, πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18.12.1997, C-5/97, *Ballast Nedam Groep*, σκ. 13 - 14, ΣΤΕ 3306/1991, πρβλ. ΣΤΕ 896/2009). Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνο αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησής αυτών των ικανοτήτων (Απόφαση της 18/3/2004, C-314/01, ΕΑ ΣΤΕ 284/2013, 409/2013).

**13. Επειδή,** περαιτέρω, όπως έχει αποφανθεί το Δικαστήριο, ο περιορισμός της ασκήσεως του δικαιώματος που κατοχυρώνεται στα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας αυτής υπό εξαιρετικές περιστάσεις δεν αντιτίθεται στις διατάξεις της οδηγίας 2004/18 (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 36). Πράγματι, δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο να υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες, οι οποίες απαιτούν συγκεκριμένη ικανότητα που δεν μπορεί να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστονος ικανότητας περισσότερων φορέων. Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, συνεπώς, ευλόγως να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από ένα μόνον οικονομικό φορέα ή, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 44, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18, στο μέτρο που η απαίτηση αυτή συνδέεται με το αντικείμενο της επίμαχης συμβάσεως και είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας (απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 35). Ομοίως δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο, υπό ειδικές περιστάσεις, λαμβανομένων υπόψη της φύσεως και των σκοπών ορισμένης συμβάσεως, οι ικανότητες ενός τρίτου φορέα, οι οποίες είναι αναγκαίες για την εκτέλεση της συμβάσεως, να μην είναι δυνατό να μεταβιβασθούν στον προσφέροντα. Συνεπώς, υπό τις εν λόγω περιστάσεις, ο προσφέρων μπορεί να επικαλείται τις εν λόγω ικανότητες μόνον εάν ο τρίτος φορέας έχει άμεση και προσωπική συμμετοχή στην εκτέλεση της επίμαχης συμβάσεως (απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, 7-4/2016 ΔΕΚ C-324/2014 σκέψη 41).

**14. Επειδή,** σύμφωνα με το Παράρτημα Β' «ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ» : 1) *Δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό έχουν: [...] 1.2 Οι ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και των προσωρινών συμπράξεων (Κοινοπραξίες), δεν απαιτείται να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς. Κρίνεται αναγκαίο οι ενώσεις αυτές να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή*

## Αριθμός απόφασης: 135/2017

τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά το άρθρο 75, εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας σύμφωνα με το άρθρο 19, παρ. 2, Ν.4412/2016. Σύμφωνα με το άρθρο 1.5.3. «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα – πρότυπα διασφάλισης ποιότητας», του κεφαλαίου 1.5. «ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ»: Κάθε προσφέρων πρέπει να διαθέτει:α) Άδεια λειτουργίας της παραγωγικής μονάδας όπου θα παρασκευάζονται τα γεύματα με κωδικό αριθμός έγκρισης (IMP). β) Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, ως εξής: (1) Σύστημα Διαχείρισης Ασφάλειας Τροφίμων κατά ISO 22000 σε ισχύ καθ' όλη τη διάρκεια των παρεχόμενων υπηρεσιών. (2) Σύστημα Διαχείρισης Υγείας και Ασφάλειας στην Εργασία κατά OSHSAS 18001 σε ισχύ καθ' όλη τη διάρκεια των παρεχόμενων υπηρεσιών. γ) Το προσωπικό που θα απασχοληθεί για την προετοιμασία των γευμάτων θα έχει πιστοποιητικά υγείας [...]. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 1.6.2.9, που περιέχεται στο κεφάλαιο 1.6 «ΚΑΝΟΝΕΣ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ»: Για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παραγράφου 1.5.3 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν με την Τεχνική τους Προσφορά: α) Την σχετική άδεια εργαστηρίου παραγωγής γευμάτων όπου αναγράφεται η μέγιστη ημερήσια παραγωγική ικανότητα των προσφερόντων σε μερίδες (σε περίπτωση που η άδεια αναγράφει κιλά θα πρέπει να γίνεται αναγωγή σε μερίδες γευμάτων) με κωδικό αριθμός έγκρισης (IMP). β) (1) Με την υποβολή της τεχνικής προσφοράς προσκομίζεται αντίγραφο του πιστοποιητικού ISO 22000. (2) Με την υποβολή της τεχνικής προσφοράς προσκομίζεται αντίγραφο OSHSAS 18001 [...]. 1.6.2.10. Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω, κατά περίπτωση δικαιολογητικά, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση, σύμφωνα με τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 19 παρ. 2 του ν. 4412/2016. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.1.1 Δικαιολογητικά συμμετοχής : Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής– Τεχνική προσφορά» υποβάλλονται όλα τα απαιτούμενα κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 92 και 93 του ν.4412/16. Συγκεκριμένα, στον προαναφερόμενο (υπο)φάκελο περιλαμβάνονται:

## Αριθμός απόφασης: 135/2017

i) Τα αποδεικτικά μέσα της παραγράφου 1.6.2.9. ii) Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) το οποίο αποτελεί 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 έκαστος οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις σύμφωνα με τα κατωτέρω: α) β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί σύμφωνα με τα άρθρα 75 του Ν 4412/2016 και αναφέρονται στην παρ. 1.5 της παρούσας [...] Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων σύμφωνα με το άρθρο 78 του Ν.4412/2016 , το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Ακόμη, κατά το ΑΡΘΡΟ 16ο ΛΟΙΠΟΙ ΟΡΟΙ : 1. [...] 2. [...] 3. Για θέματα που δεν ρυθμίζονται ρητώς από τη σύμβαση ή εάν ανακύψουν αντικρουόμενοι – αντιφατικοί όροι της, λαμβάνονται υπ’ όψιν κατά σειρά, η παρούσα, ο Ν.4412/2016, η διακήρυξη του προηγηθέντος διαγωνισμού, εφαρμοζομένων συμπληρωματικώς των οικείων διατάξεων του Αστικού Κώδικα.

**15. Επειδή,** στην προκειμένη περίπτωση η προσφεύγουσα ένωση εταιρειών (.....), που αποτελείται από τις εταιρείες: 1. Την ανώνυμη εταιρεία «.....», με διακριτικό τίτλο «.....» και 2. την Ομόρρυθμη εταιρεία «.....», με διακριτικό τίτλο «.....», υπέβαλλε προσφορά με αριθ. .... στην Ομάδα 8 του υπό κρίση διαγωνισμού, για τα τμήματα 8.1., 8.2. και 8.4. Με την προσβαλλομένη απόφαση, η οποία έκανε δεκτό το πρακτικό Νο2 κατά το τμήμα αυτού που αφορά την Ομάδα 8 (τμήματα 8.1, 8.2, 8.4.) του υπό κρίση διαγωνισμού και με το οποίο υιοθετήθηκε πλήρως η εισήγηση της ....., που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του ([...η επιτροπή αφού έλαβε υπόψη [...]τις εισηγήσεις των μελών, οι οποίες επισυνάπτονται στο παρόν πρακτικό και αποτελούν αναπόσπαστο μέρος αυτού[...]), απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών/νομικών προσώπων, με την εξής αιτιολογία: [...]Για τον συστημικό δ/σμό ..... (Ομάδα 8): [...]την απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα ....., σύμφωνα με την ανωτέρω

## Αριθμός απόφασης: 135/2017

εισήγηση της ..... (συνημμένο Νο 5 στο πρακτικό 2[...], ήτοι: «Η ένωση εταιριών «.....» για τον συστημικό διαγωνισμό....., υπέβαλε Δικαιολογητικά Συμμετοχής που δεν πληρούν τις απαιτήσεις της Διακήρυξης ..... Πιο συγκεκριμένα: Σύμφωνα με την παράγραφο 1.5.3 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα – πρότυπα διασφάλισης ποιότητας» του παραρτήματος Β' «ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ» της Διακήρυξης ....., ο κάθε προσφέρων θα πρέπει να διαθέτει : 1. Άδεια λειτουργίας παραγωγικής μονάδας όπου θα παρασκευάζονται τα γεύματα με κωδικό αριθμό έγκρισης 2. Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας α) σύστημα Διαχείρισης Ασφάλειας Τροφίμων κατά ISO 22000 και β) Σύστημα Διαχείρισης Υγείας και Ασφάλειας στην Εργασία κατά OSHSAS 18001 Επίσης σύμφωνα με την παράγραφο 1.6.2.9 του παραρτήματος Β' «ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ» της Διακήρυξης ..... για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής τους ικανότητας οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα σχετικά δικαιολογητικά ήτοι: Σχετική άδεια εργαστηρίου παραγωγής γευμάτων όπου αναγράφεται η μέγιστη ημερήσια παραγωγική ικανότητα των προσφερόντων σε μερίδες (σε περίπτωση που η άδεια αναγράφει κιλά θα πρέπει να γίνεται αναγωγή σε μερίδες γευμάτων) με κωδικό αριθμό έγκρισης (IMP) και αντίγραφα πιστοποιητικών ISO 22000 και OSHSAS 18001. Επίσης σύμφωνα με την παράγραφο 1.6.2.10 του ίδιου παραρτήματος «Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά υποβάλλουν τα παραπάνω κατά περίπτωση δικαιολογητικά για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση». Τα παραπάνω δικαιολογητικά δεν προσκομίζονται για την εταιρία «.....». Η παρασκευή του τελικού προϊόντος εκ μέρους της εταιρίας «.....» ανατίθεται στην εταιρία «.....» στη βάση των προβλεπομένων του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, η οποία διαθέτει σχετική άδεια και πιστοποιητικά. Ωστόσο σύμφωνα με την κατευθυντήρια οδηγία 14 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΑΔΑ: ΩΤΜ2ΟΞΤΒ-ΗΞ4) «Δεν δύναται με το ένδυμα του δανεισμού ικανότητας, να εισέλθει στο διαγωνισμό επιχείρηση η οποία δεν θα μπορούσε να συμμετάσχει αυτοτελώς, επειδή στο πρόσωπό της υφίσταται λόγος αποκλεισμού».

**15. Επειδή,** η ανωτέρω αιτιολογία, η οποία, καταρχήν, δεν είναι σύμφωνη με τις διατάξεις των άρθρων 75 επ. Ν.4412/2016 αναφορικά με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής σε συνδυασμό με το άρθρ. 78 Ν.4412/2016 για τη «δάνεια εμπειρία» καθώς και τις διατάξεις της διακήρυξης που αφορούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και, συγκεκριμένα, την τεχνική κι επαγγελματική ικανότητα του υποψηφίου, τον τρόπο απόδειξης αυτής και τον τρόπο σύνταξης και υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής, κι, επίσης, είναι αντιφατική και ελλιπής, κι, επομένως, η παρούσα προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή. Και τούτο για τους κάτωθι λόγους: 1. Η διακήρυξη δεν απαγορεύει ή περιορίζει καθ'ουδένα τρόπο την δυνατότητα του υποψηφίου οικονομικού φορέα να επικαλείται «δάνεια εμπειρία». Αντιθέτως, αν και στη διακήρυξη δεν περιλαμβάνεται ειδική προς τούτο διάταξη, από τις επιμέρους αυτής διατάξεις, όπως την προαναφερθείσα του άρθρ.2.2.1.1 για τα δικαιολογητικά συμμετοχής (βλ. ανωτέρω σκ. 12 : [...]*Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων σύμφωνα με το άρθρο 78 του Ν.4412/2016 , το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς [...]*) καθώς και από τη ρητή παραπομπή με το άρθρο 16<sup>ο</sup> αυτής στις διατάξεις του Ν.4412/2016: «[...]Για θέματα που δεν ρυθμίζονται ρητώς από τη σύμβαση ή εάν ανακύψουν αντικρουόμενοι – αντιφατικοί όροι της, λαμβάνονται υπ' όψιν κατά σειρά, η παρούσα, ο Ν.4412/2016, η διακήρυξη του προηγηθέντος διαγωνισμού, εφαρμοζομένων συμπληρωματικώς των οικείων διατάξεων του Αστικού Κώδικα», προκύπτει η πλήρης εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 78 Ν.4412/2016 και στην υπό κρίση περίπτωση. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή ούτε στην προσβαλλομένη ούτε και με τυχόν απόψεις της, που ουδέποτε απέστειλε στην ΑΕΠΠ, ισχυρίστηκε ότι υφίσταται κάποιος λόγος που στην προκειμένη περίπτωση, βάσει του αντικειμένου της υπό κρίση σύμβασης ή τυχόν άλλης περίπτωσης, δικαιολογεί τον περιορισμό του δικαιώματος του υποψηφίου να επικαλείται «δάνεια εμπειρία». Αντιθέτως, μάλιστα, στην προσβαλλομένη αναφέρεται ότι η εταιρεία....., επικαλέστηκε «δάνεια εμπειρία» σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 78 Ν.4412/2016 (*[...]Η παρασκευή του τελικού προϊόντος εκ μέρους της εταιρίας «.....»*)

## Αριθμός απόφασης: 135/2017

ανατίθεται στην εταιρεία «.....» στη βάση των προβλεπόμενων του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016 [...]. 2. Το μνημονευόμενο στην προσβαλλομένη άρθρ. 1.6.2.10. επιβάλλει στην περίπτωση συμμετοχής στο διαγωνισμό ένωσης φορέων, έκαστος εξ αυτών να προσκομίζει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά σύμφωνα με τα άρθρα 1.5.3 και 1.6.2.9. Το ζήτημα αυτό είναι εντελώς διαφορετικό και δεν θα πρέπει να συγχέεται με την δυνατότητα κάθε οικονομικού φορέα, εκ των συμμετεχόντων στην υποβάλλουσα προσφορά ένωση, να στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου φορέα προς επίκληση της απαιτούμενης εμπειρίας. 3. Στην προκειμένη περίπτωση η εταιρεία ....., μέλος της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό ένωσης εταιρειών, επικαλέστηκε τις ικανότητες και την εμπειρία της εταιρείας .....προς απόδειξη των ζητούμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που αφορούν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητά της (κατά το 1.5.3. της διακήρυξης). Προς τούτο, μάλιστα, με την προσφορά της συμμετέχουσας ένωσης προσκομίστηκε συμπληρωμένο το έντυπο ΕΕΕΠ και για την εταιρεία .....της οποίας την εμπειρία επικαλέστηκε η εταιρεία....., όπως προβλέπεται στο Νόμο και την διακήρυξη (βλ. 2.2.1.1. διακήρυξης). Με την προσφορά της νυν προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών προσκομίστηκαν για την εταιρεία....., πέραν του εντύπου ΕΕΕΠ και όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά και εν γένει αποδεικτικά μέσα σύμφωνα με τη διακήρυξη. Έτσι, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο όπου διεξάγεται ο διαγωνισμός έχουν σχετικά προσκομιστεί :

1. Το καταστατικό της εν λόγω εταιρείας
2. πιστοποιητικό εκπροσώπησης για την εν λόγω εταιρεία
3. Υπεύθυνη δήλωσή της ότι αποδέχεται η παρασκευή του τελικού προϊόντος (σχολικά γεύματα) να γίνει από την ίδια και δέσμευσή της για την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας
3. άδεια λειτουργίας
4. Κωδικό έγκρισης από τον ΕΦΕΤ
5. Πιστοποιητικά ISO 22000, 9001, 18001
6. Υπεύθυνη δήλωση-πιστοποιητικά υγείας
7. Κατάλογος μηχανολογικού εξοπλισμού
8. Υπεύθυνη δήλωση μη συμμετοχής ΑΕ στο κεφάλαιό της. Η ύπαρξη άλλωστε των απαιτούμενων δικαιολογητικών και εν γένει αποδείξεων στο πρόσωπο της εταιρείας .....δεν αμφισβητείται ούτε από την αναθέτουσα αρχή, η οποία στην προσβαλλομένη αναφέρει επί λέξει τα εξής:

## Αριθμός απόφασης: 135/2017

[...]Η παρασκευή του τελικού προϊόντος εκ μέρους της εταιρίας «.....» ανατίθεται στην εταιρία «.....» στη βάση των προβλεπομένων του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, η οποία διαθέτει σχετική άδεια και πιστοποιητικά [...]. 4. Παρά τα ανωτέρω και τα όσα ορίζονται στη διάταξη του άρθρ. 75 σε συνδ.με το άρθρο 78 Ν.4412/2016, τα όσα ορίζονται στα σχετικά άρθρα της διακήρυξης 1.5.3, 1.6.2.9, 1.6.2.10 και 2.2.1.1. και τα όσα αναφέρθηκαν στις σκέψεις 9-14 ως άνω, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών και, όλως αντιφατικά, ενώ, η ίδια δέχεται ότι εν προκειμένω η επίκληση της εμπειρίας τρίτου έγινε σύμφωνα με το άρθρο 78 και συννόμως προσκομίστηκαν τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, οδηγήθηκε σε αντίθετο συμπέρασμα και έκρινε την προσφορά απαράδεκτη, αποκλείοντας την νυν προσφεύγουσα από τη συνέχιση του διαγωνισμού με την εξής αιτιολογία: ([...]Τα παραπάνω δικαιολογητικά δεν προσκομίζονται για την εταιρία «.....». Η παρασκευή του τελικού προϊόντος εκ μέρους της εταιρίας ..... ανατίθεται στην εταιρία «.....» στη βάση των προβλεπομένων του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, η οποία διαθέτει σχετική άδεια και πιστοποιητικά [...]). 5. Περαιτέρω, σε ότι αφορά την αναφερόμενη στην ως άνω αιτιολογία συνδρομή εν δυνάμει λόγου αποκλεισμού της εταιρίας «.....» ([..]Ωστόσο σύμφωνα με την κατευθυντήρια οδηγία 14 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΑΔΑ: ΩΤΜ2ΟΞΤΒ-ΗΞ4) «Δεν δύναται με το ένδυμα του δανεισμού ικανότητας, να εισέλθει στο διαγωνισμό επιχείρηση η οποία δεν θα μπορούσε να συμμετάσχει αυτοτελώς, επειδή στο πρόσωπό της υφίσταται λόγος αποκλεισμού») ουδέν παραπάνω αναφέρεται ούτε και προκύπτει από την προσβαλλομένη αν τελικά συντρέχει λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο της ανωτέρω εταιρείας και ποιος είναι αυτός. Η εν λόγω αιτιολογία προβάλλει γενική και αόριστη, αφού η επικαλούμενη κατευθυντήρια οδηγία της ΕΑΔΗΣΥ δεν αναφέρεται στη συγκεκριμένη περίπτωση αλλά γενικά στο ότι: δεν δύναται με το ένδυμα του δανεισμού ικανότητας, να εισέλθει στο διαγωνισμό επιχείρηση η οποία δεν θα μπορούσε να συμμετάσχει αυτοτελώς, επειδή στο πρόσωπό της υφίσταται λόγος αποκλεισμού. Περαιτέρω, η εν λόγω αιτιολογία είναι ανεπαρκής αφού, λόγω της



## Αριθμός απόφασης: 135/2017

ασάφειάς της ως προς τα στοιχεία που οδήγησαν στο απορριπτικό αποτέλεσμα, καταλείπονται σοβαρά κενά και αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης της αναθέτουσας αρχής, καθώς εν προκειμένω δεν προκύπτει ποιον κανόνα δικαίου εντόπισε, ερμήνευσε και εφάρμοσε αυτή προκειμένου να οδηγηθεί στο απορριπτικό αποτέλεσμα. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 78 Ν.4412/2016, [...]η δε αναθέτουσα αρχή ελέγχει [...]περαιτέρω, αν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Στα δε άρθρα 73 και 74 αναφέρονται συγκεκριμένοι λόγοι αποκλεισμού, που επαναλαμβάνονται και στην διακήρυξη. Στην προκειμένη, όμως, περίπτωση, ουδέν συγκεκριμένο αναφέρεται. Κατόπιν των ανωτέρω, η προσβαλλομένη τυγχάνει κι ελλιπής στην αιτιολογία της, αφού δεν είναι ούτε σαφής, ούτε ειδική, ούτε επαρκής για την δικαιολόγηση του ως άνω απορριπτικού αποτελέσματος.

**16. Επειδή,** σημειωτέον ούτε η αναφορά της προσβαλλομένης στα από 28-7-2017 και 31-7-2017 υπομνήματα των εταιρειών: «.....» και «.....», αντίστοιχα, μπορεί να θεωρηθεί ότι παραδεκτά συμπληρώνουν την ως άνω αιτιολογία και τούτο διότι: 1. Στο προοίμιο της προσβαλλομένης γίνεται απλή αναφορά στα εν λόγω υπομνήματα ([...]αφού ελήφθησαν υπόψη[...])Τα υπομνήματα που κατατέθηκαν από υποψήφιους αναδόχους στους συστημικούς δ/σμούς: [...].....(«.....» κατά της ένωσης εταιρειών «.....» και «.....» κατά της «.....» [...]) χωρίς ουδεμία άλλη αναφορά στο σκεπτικό ή αιτιολογικό αυτής επί του περιεχομένου και των κατ'ίδιαν ισχυρισμών των εν λόγω υπομνημάτων. 2. Το αυτό ισχύει και για το πρακτικό Νο2 καθώς και για την εισήγηση της κας....., που υιοθετήθηκαν από την προσβαλλομένη και αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα αυτής. Πλην της απλής αναφοράς ότι τα παραπάνω υπομνήματα ελήφθησαν υπόψη, ουδεμία άλλη αναφορά γίνεται ούτε αξιολόγηση των περιεχόμενων σε αυτά ισχυρισμών. 3. Ακόμη και αν υποθεθεί ότι αυτά υιοθετήθηκαν ως έχουν, οι περιεχόμενοι σε αυτά ισχυρισμοί, αναφορικά με τα ζητήματα που εδώ αμφισβητούνται, τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι στην ουσία τους. Ειδικότερα, στο από 28-7-2017 υπόμνημα,

## Αριθμός απόφασης: 135/2017

σχετικά με το ζήτημα που εδώ εξετάζεται, αναφέρονται επί λέξει τα εξής: «Κατά παράβαση των οριζόμενων στην παρ. 1.6.2.10 του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης και των αντίστοιχων διατάξεων του Ν. 4412/2016, η εκ των μελών της ΕΝΩΣΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» δεν διαθέτει αυτοτελώς όπως απαιτείται από την Διακήρυξη δική της παραγωγική μονάδα στην οποία θα παρασκευάζονται τα σχολικά γεύματα και κατά συνέπεια δεν διαθέτει την απαιτούμενη κατά την παράγραφο 1.5.3 του Παραρτήματος Β Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Η μονάδα που βρίσκεται στο ..... και επικαλείται ως δήθεν δική της παραγωγική μονάδα με άδεια λειτουργίας, ανήκει σε τρίτη μη συμβαλλόμενη εταιρεία με την επωνυμία «.....», η οποία καμία απολύτως σχέση δεν έχει με την ΕΝΩΣΗ εταιρειών που υποβάλλει την προσφορά ούτε είναι μέλος της ανώνυμης εταιρείας. Κατά συνέπεια η εν λόγω εταιρεία δεν δύναται με «το ένδυμα του δανεισμού» να εισέλθει στον Διαγωνισμό καθόσον η ίδια δεν θα μπορούσε να συμμετάσχει αυτοτελώς σε αυτόν επειδή στο πρόσωπό της υφίσταται λόγος αποκλεισμού, στα πλαίσια που δεν διαθέτει δική της παραγωγική μονάδα.(ΟΔΗΓΙΑ 14 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. απόφαση 295/2015). Εν προκειμένω είναι εμφανές ότι η υποβάλλουσα το υπόμνημα εταιρεία συγχέει ανεπίτρεπτα το ζήτημα της «δάνειας εμπειρίας» με τα οριζόμενα στη διακήρυξη περί προσκόμισης των απαιτούμενων δικαιολογητικών κλπ από κάθε έναν εκ των συμμετεχόντων στην ένωση νομικών προσώπων (βλ. αναλυτικά ανωτέρω υπό σκ. 15 και σκ.11-13). Περαιτέρω, η εν λόγω εταιρεία συγχέει τους λόγους αποκλεισμούς, οι οποίοι είναι συγκεκριμένοι και αναφέρονται ειδικά στο Νόμο και στη διακήρυξη (στα άρθρα 73 και 74 Ν.4412/2016 αναφέρονται συγκεκριμένοι λόγοι αποκλεισμού, που επαναλαμβάνονται και στην διακήρυξη) και στους οποίους προφανώς παραπέμπει η επικαλούμενη Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ, με θέματα που αφορούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και τη «δάνεια εμπειρία» (βλ. και ανωτ. σκ.15). Περαιτέρω, στο από 30-7-2017 υπόμνημα, σχετικά με το ζήτημα που εν προκειμένω εξετάζεται, αναφέρονται επί λέξει τα εξής: «[...]Α.1.2.Η εταιρία «.....» δεν καταθέτει: α) άδεια λειτουργίας εργαστηρίου β) πιστοποιητικό ISO 22000 γ) πιστοποιητικό

## Αριθμός απόφασης: 135/2017

OSHSAS 18001 A.1.3. Η εταιρία «.....» δηλώνει στο ΕΕΕΣ που καταθέτει την εταιρία «.....» ρητά ως προμηθευτή της και όχι ως υπεργολάβο . Επίσης σε καμιά περίπτωση δεν μπορεί να επικαλεστεί δάνεια εμπειρία γιατί δεν έχει κατατεθεί κανένα αποδεικτικό σύναψης παροχής δάνειας εμπειρίας από την εταιρία «.....» ούτε με την με την ένωση «.....» ούτε απευθείας με την εταιρία «.....». Η ανωτέρω αιτιολογία έρχεται σε αντίθεση με τον Νόμο και την πάγια νομολογία σχετικά με την «δάνεια εμπειρία» και ειδικότερα, την δυνατότητα επίκλησης αυτής από την συμμετέχουσα εταιρεία, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών της με την τρίτη εταιρεία (βλ. αναλυτικά ανωτέρω σκ. 11-13). Επιπλέον, το ζήτημα του αν ο οικονομικός φορέας έχει πράγματι στη διάθεση του τους αναγκαίους πόρους είναι ζήτημα πραγματικό και έπρεπε να ελεγχθεί από την αναθέτουσα αρχή πριν αυτή προβεί σε απόρριψη της προσφοράς (βλ. άρθ. 74 Ν.4412/2016 [...]*Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό*), η οποία ουδόλως εν προκειμένω εξέτασε το σχετικό ζήτημα πριν να αχθεί στην σχετική κρίση της. Σε κάθε περίπτωση, στη συγκεκριμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από την προσκόμιση των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών, η τρίτη εταιρεία έχει προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση ότι αποδέχεται η παρασκευή του τελικού προϊόντος (σχολικά γεύματα) να γίνει από την ίδια και δέσμευσή της για την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας. Τέλος, δέον να υπομνησθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είχε σε κάθε περίπτωση δυνατότητα αλλά και υποχρέωση, εν προκειμένω, λόγω του απορριπτικού αποτελέσματος, να καλέσει τον οικονομικό φορέα να συμπληρώσει τυχόν ελλείψεις ή δικαιολογητικά κλπ, σύμφωνα με το άρθρο 102 Ν.4412/2016.

**17. Επειδή**, κατ'ακολουθίαν η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει ενόλω δεκτή.

**Αριθμός απόφασης: 135/2017**

**18. Επειδή**, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (363 παρ. 5 Ν.4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει τη προσβαλλομένη υπ' αριθ. ....του .....με θέμα: «.....» κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτό το «ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ –ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ Ν02», ως προς το τμήμα αυτού, με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας στην Ομάδα 8 για τα τμήματα 8.1, 8.2. και 8.4., κατά τα εκτιθέμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου

Κριθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 2-11-2017 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 13-11-2017.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ**

**ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΙΔΟΥ**