

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 18^η Ιουνίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση – Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου (σε αναπλήρωση του μέλους Σταυρούλα Κουρή), Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.5.2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 987/11.05.2021 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στον ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι με την προσφυγή όροι της υπ' αρ. 206366/5485/8.4.2021 διακήρυξης και να επαναπροκηρυχθεί αυτή κατά τα ειδικότερα προβαλλόμενα με την προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την για την με Α.Π. 206366 (5485)/8-4-2021 (Αρ. Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ: ...) Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διεθνής διαγωνισμός για το έργο ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ & ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ «ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ & ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ & ΠΑΡΟΧΗ ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ 2018-2019» των έξι Κοινωνικών Συμπράξεων Π.Ε. (...), στο πλαίσιο του Επιχειρησιακού Προγράμματος «Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής» του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (ΤΕΒΑ) 2014-2020 Προϋπολογισμός: € 5.365.500,11 συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. (€ 4.793.236,84 άνευ Φ.Π.Α.) με

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

σφραγισμένες προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή ή μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης, όπου αυτό προβλέπεται) για το σύνολο των ποσοτήτων των προς προμήθεια ειδών του ανά τμήμα Συγκεντρωτικού Πίνακα της Διακήρυξης. Προκήρυξη της παρούσας σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 08 Απριλίου 2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και Διορθωτική προκήρυξη την 01η Ιουνίου 2021 (βλ. αρθ. 1.6 της διακήρυξης). Η διακήρυξη, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) καταρχήν στις 15.4.2021 με ΑΔΑΜ : ... και κατόπιν μετάθεσης της ημερομηνίας υποβολής προσφορών στις 4.06.2021 με ΑΔΑΜ: ... 2021-06-04 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...). Σύμφωνα με το άρθρο 1.3. της διακήρυξης, αντικείμενο της σύμβασης είναι η Προμήθεια Τροφίμων και ΒΥΣ, για τις ανάγκες της Περιφέρειας ...ως Επικεφαλής Εταίρος των έξι Κοινωνικών Συμπράξεων Π.Ε. (...), στο πλαίσιο του ΕΠ ΕΠΙΣΙΤΙΣΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ ΓΙΑ ΤΟ ΤΑΜΕΙΟ ΕΥΡΩΠΑΙΚΗΣ ΒΟΗΘΕΙΑΣ ΓΙΑ ΑΠΟΡΟΥΣ (Τ.Ε.Β.Α.) 2018-2019» σύμφωνα με το Παράρτημα Ι της παρούσας διακήρυξης, σε συνάρτηση με τη διενέργεια και εφαρμογή ενός προγράμματος διανομών των υπό προμήθεια ειδών, για τη σωστή διαχείριση και ολοκλήρωση των διανομών σε όλα τα στάδια, μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής, του αναδόχου και των τελικών αποδεκτών.

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., εξοφληθέν δυνάμει του από 10.5.2021 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Alpha Bank, δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 15.000,00€.

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017,

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 15.4.2021 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 10.5.2021, η δε, προσφεύγουσα δηλώνει ότι έλαβε γνώση της διακήρυξης στις 30.4.2021, ήτοι σε χρόνο που συμπίπτει με την προβλεπόμενη από το νόμο τεκμαιρόμενη γνώση εντός δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. και δεν προκύπτει λήψη γνώσης αυτής εκ μέρους της προσφεύγουσας σε χρόνο προγενέστερο, που να καθιστά την προσφυγή εκπρόθεσμη. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα αυθημερόν.

5. Επειδή η προσφεύγουσα κατά την άσκηση της προσφυγής καταρχήν και εν γένει, είχε έννομο συμφέρον διότι δραστηριοποιείται, μεταξύ άλλων, στην παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών και υποστηρίζει με την υπό εξέταση προσφυγή της ότι συγκεκριμένοι όροι της προσβαλλόμενης διακήρυξης της αποστερούν τη δυνατότητα συμμετοχής στον διαγωνισμό (βλ. ΣτΕ ΕΑ ασφ.μ. 415/2014, 9, 124, 189/2015, πρβλ ΣτΕ ΕΑ ασφ.μ. 1258, 1316/2008, 342, 670/2009 κ.ά.). Η προσφεύγουσα, διατηρεί, καταρχήν, το έννομο συμφέρον της κατά το χρόνο εξέτασης της προσφυγής, καθώς έχει ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας με την Α80/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

7. Επειδή την 11.5.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους συμμετέχοντες με ηλεκτρονικό μήνυμα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) και στις 13.5.2021 σε ανάρτησή της στην κεντρική σελίδα του διαδικτυακού τόπου στο ΕΣΗΔΗΣ.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 20.5.2021 - μετά πλήρους φακέλου της προσφυγής - τις με αρ. πρωτ. ... (...) της 20.5.2021 Απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 9 παρ. 1 του ΠΔ. 39/2017, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν με τον αυτό τρόπο σε όλους τους συμμετέχοντες. Επί των απόψεων, η τελευταία υπέβαλε στις 13.5.2021 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ υπόμνημα.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα καταρχήν αναφέρει στοιχεία προς τεκμηρίωση της δυνατότητας της να εκτελέσει τη σύμβαση και περαιτέρω αναλύει τους λόγους ακύρωσης των επίμαχων όρων της διακήρυξης ως εξής: *«II. ΛΟΓΟΙ ΑΚΥΡΩΣΗΣ 1ος Λόγος Ακύρωσης Το σημείο 2.2.6 - 2.2.6 Α) της διακήρυξης αναφέρει: «2.2.6. τεχνική και επαγγελματική ικανότητα όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία συμμετοχής, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού: 2.2.6.Α) «Να έχουν εκτελέσει τρεις (3) τουλάχιστον ολοκληρωμένες συμβάσεις προμηθειών τροφίμων ή και ειδών βασικής υλικής συνδρομής (ΒΥΣ) κατά την τελευταία τριετία (2018-2019-2020) από το σύνολο των οποίων θα προκύπτει πως έχουν ολοκληρώσει διανομές τουλάχιστον διπλάσιας αξίας από το σύνολο της παρούσης (χωρίς ΦΠΑ)». Οι παραπάνω τιθέμενες προϋποθέσεις και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού από την Αναθέτουσα Αρχή προσκρούουν στο πνεύμα της διάταξης του άρθρου 75 παρ. 2 του Ν.4412/2010 όπου ορίζεται ότι: «Τα κριτήρια επιλογής μπορούν να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται ότι παραγράφους 2,3 και 4., Οι Αναθέτουσες Αρχές περιορίζουν τις οποίες αποκτήσεις 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*

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης». Έρχονται επίσης σε ευθεία αντίθεση με τα οριζόμενα και στη διάταξη της παρ. 1 του Άρθρου 18 (Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), του ν. 4412/2016, η οποία με σαφήνεια προβλέπει ότι «: 1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.» Το πνεύμα των παραπάνω διατάξεων καθιστά σαφές ότι η Αναθέτουσα Αρχή υποχρεούται να προσδιορίζει τις απαιτήσεις συμμετοχής (χρηματοοικονομικές, τεχνικές και επαγγελματικές δυνατότητες) σε εκείνες που είναι απαραίτητες για την εκτέλεση της σύμβασης. Εν προκειμένω η Αναθέτουσα Αρχή με τα όσα έθεσε στους όρους 2.2.6. Α) καταστράτηγησε τις παραπάνω διατάξεις και την αρχή της αναλογικότητας και έθεσε υπερβολικές απαιτήσεις ΣΩΡΕΥΤΙΚΑ για την τεχνική καταλληλότητα των υποψήφιων, ήτοι α) με τον όρο να έχουν εκτελέσει τρεις (3) τουλάχιστον ολοκληρωμένες συμβάσεις και β) με τον όρο οι τρεις (3) απαιτούμενες ολοκληρωμένες συμβάσεις να έχουν συνολική αξία διπλάσια του προϋπολογισμού της προσβαλλόμενης διακήρυξης. Η βλάβη μας εν προκειμένω συνίσταται στο γεγονός ότι ενώ έχουμε ολοκληρώσει επιτυχώς, μέσα στην τριετία 2018-2020, επτά (7) συμβάσεις για προμήθειες στο πλαίσιο του προγράμματος ΤΕΒΑ, όπως αναφέρουμε παραπάνω, γεγονός που καταδεικνύει την επάρκεια και τεχνική ικανότητα της εταιρείας μας να εκτελέσει επιτυχώς και την εν λόγω σύμβαση, εντούτοις αυτές δεν καλύπτουν ούτε αθροιστικά την απαίτηση περί της διπλάσιας αξίας του προϋπολογισμού της διακήρυξης, αφού έχουμε

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

εκτελέσει ολοκληρωμένες συμβάσεις συνολικού ύψους 2.344.499,36€, έναντι των 9.586.473,68€ που απαιτούνται από τη διακήρυξη. Η απαίτηση αυτή δεν καλύπτεται και λόγω του πρόσθετου, σωρευτικά προβλεπόμενου, περιοριστικού και αδικαιολόγητου όρου περί ολοκληρωμένων συμβάσεων κατά τα έτη 2018-2020. Με άλλα λόγια εάν η διακήρυξη απαιτούσε την εκτέλεση τριών τουλάχιστον συμβάσεων, είτε ολοκληρωμένων πλήρως είτε ολοκληρωμένων κατά 50%, από τις οποίες να προέκυπτε πως έχουν ολοκληρώσει παραδόσεις-διανομές τουλάχιστον ίσης αξίας με αυτήν του διαγωνισμού (χωρίς ΦΠΑ), που είναι και το σύνηθες, τότε και η εταιρεία μα, που είναι καθόλα άρτια και ικανή για την καλή εκτέλεση τέτοιου είδους συμβάσεων, θα μπορούσε να συμμετέχει στον εν λόγω διαγωνισμό, αφού μέχρι το τέλος του 2020 θα είχε εκτελέσει συμβάσεις Γ7 ολοκληρωμένες πλήρως και μία ολοκληρωμένη τουλάχιστον κατά 50% (βλ. πίνακες ανωτέρω], συνολικής αξίας 5.463.294€, ήτοι πάνω από τη συνολική αξία της παρούσας. Οι ανωτέρω άκρως περιοριστικοί όροι, που δεν δικαιολογούνται από κανέναν αντικειμενικό σκοπό, καθιστούν ανέφικτη τη συμμετοχή μας στον εν λόγω διαγωνισμό, αφού μας αποκλείουν εξ αρχής. Εξάλλου, η ίδια η Αρχή Σας έχει κρίνει σε αντίστοιχη περίπτωση, υπό τα ίδια πραγματικά περιστατικά, όπου ακύρωσε αντίστοιχο όρο της διακήρυξης (βλ. ΑΕΙ 111 583/2021 επί του 1ου Λόγου προσφυγής, σελ. 64) ότι: «...Εντούτοις, δοθείσης της ιδιαίτερης φύσης του υπό ανάθεση αντικείμενου, που αποσκοπεί στην ικανοποίηση κοινωνικών αναγκών που προέκυψαν κυρίως τα τελευταία χρόνια, συνέπεια της οικονομικής κρίσης, με αποτέλεσμα να μην έχει μέχρι σήμερα (10 Μαρτίου 2021) συμβασιοποιηθεί ή/και ολοκληρωθεί μεγάλος αριθμός συμβάσεων (βλ σκέψη 5 της παρούσας, όπου αναλύεται το ιστορικό των εν λόγω διαγωνισμών), αν και βρίσκονται σε εξέλιξη σχετικοί διαγωνισμοί (ΤΕΒΑ 2018 2019), ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, σύμφωνα με του οποίου η (εναλλακτική) απαίτηση ολοκλήρωσης μιας αντίστοιχής σύμβασης σε ποσοστό το 75% της αξίας της οικείας σύμβασης, δεν εξυπηρετεί τον σκοπό απόδειξης της καλής εκτέλεσής της, γίνεται εν προκειμένω δεκτός ως βάσιμος... Εν όψει των ανωτέρω, γίνεται δεκτό το αίτημα του προσφεύγοντος, όπως απαλειφθεί το επίμαχο ποσοστό του 75% και όπως αναδιαμορφωθεί ο όρος με την θέσπιση ενός περισσότερο εύλογου ποσοστού, όπως είναι το προτεινόμενο

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

50%, αφού κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, το ποσοστό 50% είναι, επίσης, ενδεικτικό της συμβατικής συμπεριφοράς και εν γένει της αξιοπιστίας και της τεχνικής εμπειρίας ενός αναδόχου.» Επισημαίνουμε εν προκειμένω, ότι όσον αφορά στο ανωτέρω σημείο εκτέλεσης 2πλάσιας αξίας συμβάσεων, σας γνωρίζουμε ότι από τον έλεγχο εκτελεσμένων συμβάσεων δεν μπορέσαμε να εντοπίσουμε καμία δημόσια σύμβαση με αντικείμενο την προμήθεια Τροφίμων ή ΤΕΒΑ που να υπερβαίνει το ποσό των 5 εκ. ευρώ και να έχει υπογράψει και ολοκληρωθεί την τριετία 2018-2020, πλην των πιο κάτω συμβάσεων ΤΕΒΑ, όλες με ημερομηνία υπογραφής τις 6-5-19 με αναθέτουσα αρχή την Περιφέρεια ...(ΣΧΕΤΙΚΑ 1,2 και 3).

- Α' Σύμβαση Αξίας 8.461.552,48€ με την εταιρία ...
- Β' Σύμβαση Αξίας 7.850.720,26€ με την εταιρία ...
- Γ' Σύμβαση Αξίας 2.263.178,72€ με την εταιρία ...

Ενώ λοιπόν η πλήρωση του εν λόγω κριτηρίου της διακήρυξης καθίσταται εξαιρετικά δύσκολη για την εταιρία μας και για τις υπόλοιπες εταιρίες που τυχόν επιθυμούν να συμμετέχουν στον διαγωνισμό, οι δύο ανωτέρω εταιρίες σχεδόν πληρούν το εν λόγω κριτήριο μόνο με τις συμβάσεις που έχουν υπογράψει με την Περιφέρεια

Εν κατακλείδι, θεωρούμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή κατά τον προσδιορισμό των τεχνικών- επαγγελματικών ικανοτήτων των υποψηφίων ξεπέρασε τα όρια της διακριτικής της ευχέρειας και ενσωμάτωσε στο κανονιστικό κείμενο της Διακήρυξης αυστηρότατους όρους κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, για τους υποψηφίους οικονομικούς φορείς, χωρίς οι όροι αυτοί να είναι πρόσφοροι, αναγκαίοι και ανάλογοι προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι αυτόν της ανάδειξης ικανού και αξιόπιστου αναδόχου για την καλή εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, παραβιάζοντας τόσο την αρχή της αναλογικότητας όσο και αυτήν του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού. Εν όψει των όσων αναφέραμε παραπάνω, ζητούμε την ακύρωση των ανωτέρω όρων και την αναπροσαρμογή τους από την Αναθέτουσα, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ήτοι οι ζητούμενες συμβάσεις προμηθειών να έχουν ολοκληρωθεί κατά 50% τουλάχιστον και η αξία αυτών να είναι ίση τουλάχιστον με αυτήν της σύμβασης.

2ος λόγος Ακύρωσης

Στο Παράρτημα II - Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων ειδικές απαιτήσεις παρ. β)

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

σελ.55 της επίμαχης Διακήρυξης, μεταξύ άλλων, προβλέπεται: «Η προσωρινή αποθήκευση των ειδών ενδιάμεσα των διανομών, θα πραγματοποιείται σε αποθηκευτικούς χώρους που θα διαθέτουν τις νόμιμες αδειοδοτήσεις, ανάλογα με τα είδη προς προσωρινή αποθήκευση και θα διατίθενται από τον Οικονομικό Φορέα για όλο το χρονικό διάστημα υλοποίησης της σύμβασής του. Λόγω του όγκου των προϊόντων, ο Οικονομικός Φορέας, επί ποινή αποκλεισμού, απαιτείται:

α) να διαθέσει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασής του, συμπεριλαμβανομένων και ενδεχόμενων παρατάσεων αυτής, «Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής» (ΚΑΔ), με τις κατά νόμο άδειες λειτουργίας για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου,

β) υπεύθυνη δήλωση πώς δεσμεύεται να διαθέσει, σε περίπτωση που του ΖΗΤΗΘΕΙ ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ, έξι (6) επιπλέον αποθηκευτικούς χώρους (από έναν στα όρια των Π.Ε. - Κ.Σ., ..., ..., ...και ...) οι οποίοι θα πληρούν όλα τα νόμιμα προαπαιτούμενα (άδειες και πιστοποιητικά) για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου καθώς και για τα είδη καθαριότητας και υγιεινής όπως επίσης και όλα τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας».

Από τα προεκτεθέντα συνάγεται ότι, οι ως άνω απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής (και οι αντίστοιχες υποχρεώσεις των υποψήφιων προμηθευτών), ειδικά όσον αφορά τους έξι επιπλέον αποθηκευτικούς χώρους, επιπροσθέτως του ΚΑΔ, αποκλείουν ή άλλως καθιστούν υπέρμετρα δυσχερή τόσο τη δική μας συμμετοχή, όσο και άλλων ενδιαφερομένων, στον εν λόγω διαγωνισμό, καθώς: α) μας εμποδίζει από την υποβολή άρτιας και προσήκουσας προσφοράς, και δη οικονομικής προσφοράς, καθώς η απαίτηση για τους έξι επιπλέον αποθηκευτικούς χώρους τελεί υπό την αίρεση της μελλοντικής και αβέβαιης «ενεργοποίησής» της από την αναθέτουσα αρχή, χωρίς μάλιστα αυτή να πρέπει να αιτιολογείται (στο σημείο αυτό θα μπορούσαμε να ισχυριστούμε ότι αν ο ανάδοχος είναι «φίλια προσκείμενος» στην Αναθέτουσα Αρχή, αυτή μπορεί να μη ζητήσει καμία επιπλέον αποθήκη, ενώ σε αντίθετη περίπτωση μπορεί να ζητήσει έξι (6) επιπλέον αποθήκες), β) σε περίπτωση δε «ενεργοποίησης» από την Αναθέτουσα αυτής της δυνατότητας, θα επιφέρει υπέρμετρο επιπρόσθετο κόστος στο έργο, αφού, πέρα από το αυτονόητο ότι

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

θα απαιτηθούν επιπλέον και μάλιστα υπέρογκες δαπάνες για τη μίσθωση έξι (!!!) αποθηκευτικών χώρων, αφού θεωρούμε ότι κανένας οικονομικός φορέας δεν τις διαθέτει ήδη, επιπλέον, οι συγκεκριμένοι αποθηκευτικοί χώροι δεν θα μπορούν να εξυπηρετήσουν άλλες ανάγκες του αναδόχου, πλην αυτών που αφορούν στη συγκεκριμένη προμήθεια. Επιπροσθέτως, με την ανωτέρω απαίτηση προκύπτει το εξής παράδοξο: Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, απαιτείται όπως προαναφέραμε ένα «Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής» (ΚΑΔ), εντός των ορίων της Περιφέρειας ...και συνεπώς εάν η αναθέτουσα αρχή ασκήσει το δικαίωμά της για έξι (6) επιπλέον αποθήκες, προκύπτει ότι στην Π.Ε. που δηλούται ο ΚΑΔ, σύμφωνα με τα ανωτέρω θα έχει δύο (2) αποθήκες. Τούτο δε ξεφεύγει από κάθε έννοια λογικής και δεν δικαιολογείται από κανέναν αντικειμενικό σκοπό. Επιπλέον, ενώ η Διακήρυξη αφορά την προμήθεια μόνο τροφίμων ψυγείου και ειδών βασικής υλικής συνδρομής και όχι ξηρών τροφίμων, εντούτοις για τις αποθήκες προβλέπεται ότι αυτές θα πληρούν όλα τα νόμιμα προαπαιτούμενα (άδειες και πιστοποιητικά) και για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού φορτίου, γεγονός που δυσχεραίνει ακόμη περισσότερη τη συμμετοχή μας στον διαγωνισμό, καθώς και θα πρέπει να αναζητήσουμε χώρους, τους οποίους φυσικά δεν διαθέτουμε και με επιπλέον απαιτήσεις από αυτές που θα έπρεπε να προβλέπονται. Έχει εξάλλου κριθεί από την Αρχή Σας, σε ανάλογη περίπτωση (βλ. ΑΕΙ 111 583/2021, επί του 4ου λόγου προσφυγής, σελ. 73 επ.) ότι το σημείο αυτό «δέον απαλειφθεί από την εν θέματι Διακήρυξη, κατ' εφαρμογή της αρχής της διαφάνειας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, ώστε να μην δημιουργείται σύγχυση στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, να διασφαλισθεί η σαφήνεια των όρων της Διακήρυξης και η υποβολή αντικειμενικά συγκρίσιμων προσφορών». Με βάση τα προλεχθέντα, η επίμαχη απαίτηση θα πρέπει, εκτός των άλλων – καθ' ό μέρος αφορά στα τρόφιμα ξηρού φορτίου - να απαλειφθεί από το κείμενο της επίμαχης Διακήρυξης. Εν κατακλείδι, αντί της θέσπισης των ως άνω απαιτήσεων, οι οποίες παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας, δεδομένου ότι σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχουν οριστεί και είναι κατάλληλες, αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι προς διασφάλιση του σκοπούμενου δημοσίου συμφέροντος, το οποίο συνίσταται στην εξασφάλιση της καλής ποιότητας των προς προμήθεια

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

προϊόντων, καθώς και στην ποιοτικά καλή εκτέλεση της σύμβασης συνολικά, η οικεία αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να θεσπίσει λιγότερο οικονομικά δυσβάσταχτες απαιτήσεις, ήτοι να αρκестεί στην διάθεση από τους οικονομικούς φορείς μόνο του ΚΑΔ, αφού θεωρούμε ότι η ύπαρξή του και μόνο αρκεί προς διασφάλιση του ανωτέρω σκοπούμενου δημοσίου συμφέροντος. Σε κάθε δε περίπτωση, η εγγύηση καλής εκτέλεσης του αναδόχου καταπίπτει, στην περίπτωση παράβασης των όρων της σύμβασης (άρθρο 72 Ν. 4412/2014), γεγονός που διασφαλίζει την αναθέτουσα αρχή (βλ.ΑΕΠΙΙ 127/2018, σκ. 39). Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η ανωτέρω απαίτηση περί δέσμευσης διάθεσης σε περίπτωση που ΖΗΤΗΘΕΙ ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ, έξι (6) επιπλέον αποθηκευτικούς χώρους (από έναν στα όρια των Π.Ε. - Κ.Σ., ..., ..., ...και ...) οι οποίοι θα πληρούν όλα τα νόμιμα προαπαιτούμενα (άδειες και πιστοποιητικά) για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου καθώς και για τα είδη καθαριότητας και υγιεινής όπως επίσης και όλα τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας» καθιστά, αδικαιολόγητα, πρακτικά αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερή την συμμετοχή μας στον εν λόγω διαγωνισμό, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και τους υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού και για το λόγο αυτόν θα πρέπει να ακυρωθεί».

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει τα εξής: «Α. ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

1. Με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών» (Φ.Ε.Κ. Α' 147/8-8-2016), ορίζεται, εκτός των άλλων, ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού... Επιπρόσθετα, με το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 (Κριτήρια επιλογής - άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), προβλέφθηκε, μεταξύ άλλων, ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. 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. Εξάλλου, όσον αφορά τις διακηρύξεις δημοσίων διαγωνισμών, οι οποίες αποτελούν κανονιστικές πράξεις, μη χρήζουσες αιτιολογίας, έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, εξειδικεύοντας τα κριτήρια επιλογής που προβλέπονται στο νόμο και θεσπίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε εξειδίκευση και θέσπιση με τη διακήρυξη των όρων που κρίνει πρόσφορους και αναγκαίους για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τους όρους αυτούς, δεδομένου ότι από τη φύση τους τα κριτήρια επιλογής και οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό, απλώς και μόνον επειδή δεν μπορεί να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της διακήρυξης (ΕΑ ΣΤΕ 9, 124/2015, 354/2014, Α.Ε.Π.Π. 116/2019 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, τα κριτήρια επιλογής και οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ 189/2015, ΕΑΣΤΕ 9/ 2015, 124/2015, 354/2014, Α.Ε.Π.Π. 74-75, 88/2019 κ.ά.), ούτως ώστε, μέσω της θέσπισης αντικειμενικών και αμερόληπτων κριτηρίων, να διευκολύνεται η ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού, χωρίς να περιορίζεται υπέρμετρα το δικαίωμα συμμετοχής των ενδιαφερομένων.

3. Όπως συνάγεται από τις σχετικές διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και τις αντίστοιχες ρυθμίσεις του Ν. 4412/2016, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής αφορούν την καταλληλότητα του υποψηφίου οικονομικού φορέα, σχετικά με την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, της χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθώς και της τεχνικής ή επαγγελματικής ικανότητάς του. Με τα κριτήρια επιλογής, η αναθέτουσα Αρχή θέτει κριτήρια εξασφάλισης ενός ελαχίστου επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και επαγγελματικών και τεχνικών γνώσεων ή ικανοτήτων, που πρέπει να καλύπτουν οι υποψήφιοι και τα οποία πρέπει να συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης. Πιο συγκεκριμένα, η έκταση και τα ελάχιστα επίπεδα των ικανοτήτων που απαιτούνται για μια συγκεκριμένη σύμβαση, ως κριτήρια επιλογής, πρέπει να συνδέονται με το φυσικό αντικείμενο και το οικονομικό μέγεθος της υπό ανάθεση σύμβασης και να είναι ανάλογα προς αυτό. Όσον αφορά ειδικά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι απαιτήσεις της διακήρυξης αφορούν τους αναγκαίους τεχνικούς και ανθρώπινους πόρους, που θα πρέπει να έχουν στη διάθεσή τους οι οικονομικοί φορείς. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των οικονομικών φορέων, τα σχετικά μέσα απόδειξης (δικαιολογητικά) ορίζονται στις διατάξεις του άρθρου 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με το Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' του ίδιου νόμου, στο οποίο παραπέμπει η πιο πάνω διάταξη, από τα οποία (μέσα απόδειξης) οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να υποδεικνύουν ένα ή περισσότερα στη διακήρυξη, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή την σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών. (βλ. σχ. Δ. Ράικος κ.ά., Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τ. Ι, 2018, σελ. 720 επ.). 4. Περαιτέρω, σύμφωνα με την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, ενώ, για να διαπιστωθεί αυτό, θα πρέπει να γίνεται αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του. Η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. παραπέμπει και στις Γενικές Οδηγίες για τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής της Ευρωπαϊκής

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

Επιτροπής, σύμφωνα με την οποία τα κριτήρια πρέπει να συνάδουν με τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής των διακρίσεων, να είναι αναλογικά προς το μέγεθος και τη φύση της σύμβασης, να καθορίζονται λαμβάνοντας υπόψη τις ειδικές ανάγκες κάθε διαδικασίας σύναψης σύμβασης, να είναι συναφή με τη συγκεκριμένη σύμβαση που πρόκειται να ανατεθεί και να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην αποτρέπεται η συμμετοχή οικονομικών φορέων, οι οποίοι έχουν τη δυνατότητα να αποτελέσουν αποδοτικούς και αποτελεσματικούς αναδόχους (Κατευθυντήρια Οδηγία 13, Απόφαση 303/2015). 5. Τέλος, σύμφωνα με όσα γίνονται δεκτά, η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης ορισμένης απαίτησης, απαραδέκτως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, απορρίπτονται δε ως απαράδεκτοι λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007, ΣτΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣτΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΑΘ 491/2011, ΔΕφΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕφΑΘ 226/2013, Ε.Α. ΣτΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι απαιτήσεις της Διακήρυξης, ως έχει κριθεί ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές, από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/20).

Β. ΕΠΙ ΤΩΝ ΛΟΓΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Ι. Ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής

1. Με τη διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού ορίσθηκε, εκτός άλλων, ότι:
«2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

διαδικασία συμμετοχής, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού: Α) Να έχουν εκτελέσει τρεις (3) τουλάχιστον ολοκληρωμένες συμβάσεις προμηθειών τροφίμων ή και ειδών βασικής υλικής συνδρομής (Β.Υ.Σ.) κατά την τελευταία τριετία (2018 - 2019 - 2020) από το σύνολο των οποίων θα προκύπτει πως έχουν ολοκληρώσει διανομές τουλάχιστον διπλάσιας αξίας από το σύνολο της παρούσης (χωρίς Φ.Π.Α.) ». Επί του ανωτέρω όρου της διακήρυξης εκδόθηκε, κατόπιν υποβολής σχετικού ερωτήματος, το υπ' αριθ. πρωτοκ. 225137(5936)/11-5-2021 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής, στο οποίο αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: ΕΡΩΤΗΜΑ 20: Στο σημείο 2.2.6 Α αναφέρεται:

Παρακαλούμε να διευκρινιστεί εάν η απαίτηση της διακήρυξης αφορά την κάθε ομάδα της παρούσης. Δηλαδή ομάδα Α τρόφιμα (τουλάχιστον 3 συμβάσεις συνολικής διπλάσιας αξίας $4.066.701,04 \times 2 = 8.133.402,08$ €) και ομάδα Β ΒΥΣ (τουλάχιστον 3 συμβάσεις συνολικής διπλάσιας αξίας $726.535,80 \times 2 = 1.453.071,6$ €) ΑΠΑΝΤΗΣΗ 20 ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ Η ανωτέρω απαίτηση προσδιορίζεται από την προκύπτουσα αξία του συνόλου των τροφίμων και ΒΥΣ, προερχόμενη από τουλάχιστον τρεις συμβάσεις, όπου το τελικό σύνολο αυτών θα πρέπει να καλύπτει το ζητούμενο που προσδιορίζεται εκ της διακήρυξης. Διευκρινίζεται δε, πως οι επικαλούμενες συμβάσεις δύναται να περιέχουν τρόφιμα και ΒΥΣ. ». 2. α. Σύμφωνα με τους ανωτέρω αναφερόμενους όρους της διακήρυξης του παρόντος διαγωνισμού, όπως τούτοι εξειδικεύθηκαν περαιτέρω με τις δοθείσες έγγραφες διευκρινίσεις της αναθέτουσας Αρχής, θεσπίσθηκε η υποχρέωση των υποψηφίων αναδόχων από πλευράς τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, να έχουν εκτελέσει τρεις τουλάχιστον συμβάσεις, από τις οποίες να προκύπτει πως κατά την τελευταία τριετία (2018- 2019-2020) έχουν ολοκληρώσει παραδόσεις τροφίμων ή/ και βασικής υλικής συνδρομής, τουλάχιστον διπλάσιας αξίας από το σύνολο της υπό ανάθεση σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.). β. Με βάση τα προβλεπόμενα στο παράρτημα ΧΙΙ του προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 (το οποίο άλλωστε αναφέρεται σε εκτελεσθείσες συμβάσεις), οι πιο πάνω απαιτήσεις είναι απολύτως εύλογες και ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης και τη σπουδαιότητά του - αποτελούν κυρίαρχο εχέγγυο τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας ως προς την τεκμηριωμένη δυνατότητα εκτέλεσής της - χωρίς να

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

θεσπίζουν αδικαιολόγητα εμπόδια στη δυνατότητα πρόσβασης στο διαγωνισμό, δεδομένου ότι συνυπολογίζεται αθροιστικά η εκτέλεση συμβάσεων τροφίμων και βασικής υλικής συνδρομής στον δημόσιο και ιδιωτικό τομέα κατά την τριετία 2018-2020, και μάλιστα για την προμήθεια τροφίμων εν γένει, χωρίς να απαιτείται να ταυτίζονται με αυτά της προς ανάθεση προμήθειας. Από την άλλη πλευρά, δεν μπορεί να θεωρηθεί δυσανάλογη με το αντικείμενο της σύμβασης η απαίτηση, σε χρονικό διάστημα τριών (3) ετών (2018 - 2020) να έχει ολοκληρώσει ο διαγωνιζόμενος διανομές τροφίμων διπλάσιας κατ' ελάχιστο αξίας σε σχέση με την επίδικη σύμβαση. Επίσης, όπως ορίζεται στη διακήρυξη (παρ. 1.3) «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η Προμήθεια Τροφίμων και ΒΥΣ, για τις ανάγκες της Περιφέρειας ...ως Επικεφαλής Εταίρος των έξι Κοινωνικών Συμπράξεων Π.Ε. (...), στο πλαίσιο του ΕΠ ΕΠΙΣΤΡΟΦΗΣ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ ΓΙΑ ΤΟ ΤΑΜΕΙΟ ΕΥΡΩΠΑΙΚΗΣ ΒΟΗΘΕΙΑΣ ΓΙΑ ΑΠΟΡΟΥΣ (Τ.Ε.Β.Α.) 2018-2019» σύμφωνα με το Παράρτημα Ι της παρούσας διακήρυξης, σε συνάρτηση με τη διενέργεια και εφαρμογή ενός προγράμματος διανομών των υπό προμήθεια ειδών, για τη σωστή διαχείριση και ολοκλήρωση των διανομών σε όλα τα στάδια, μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής, του αναδόχου και των τελικών αποδεκτών. Στις υποχρεώσεις του προμηθευτή, επί ποινή αποκλεισμού, συμπεριλαμβάνονται η προμήθεια των συμβασιοποιημένων ειδών σε απόλυτη συνάρτηση με τις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης, οι παραδοτέες συσκευασίες ανάλογα με τη θερμοκρασία διατήρησης ανά ομάδα προϊόντων, η μεταφορά και παράδοση των ειδών στα σημεία διανομής με οχήματα κατάλληλα και πιστοποιημένα ανάλογα με τη ζώνη θερμοκρασίας διατήρησης των προϊόντων, η εκφόρτωση και η ταξινόμηση ανά ομάδα ειδών, η υποστήριξη κατά τη διάρκεια των παραδόσεων εντός των σημείων διανομής, η εκ νέου παραλαβή και φόρτωση, προσωρινή αποθήκευση και εκ νέου παράδοση των αδιανέμητων ειδών ανά ημέρα παράδοσης». Σύμφωνα με τα παραπάνω, και με βάση τις λοιπές απαιτήσεις της διακήρυξης, ο ανάδοχος πρέπει:

- Να προμηθεύεται τα τρόφιμα
 - Να τα αποθηκεύει σε κατάλληλες συνθήκες
 - Να τα ανασυσκευάζει

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

- Να διαθέτει ικανό αριθμό για να κάνει διανομές σε 50 περίπου σημεία
- Να διαθέτει το απαιτούμενο προσωπικό και τεχνικό εξοπλισμό

Να διανείμει τα πιο πάνω κιβώτια σε ισάριθμους δικαιούχους με βάση το χρονοδιάγραμμα και υπό ορισδήποτε καιρικές συνθήκες.

Συνεπώς, απαιτείται κατάλληλη, εμπειρία, εξειδίκευση και οργάνωση για την εκτέλεση μιας τέτοιας σύμβασης και συνακόλουθα, με βάση το αντικείμενο και τη σπουδαιότητά της, ευλόγως ζητείται η εκτέλεση ολοκληρωμένων παραδόσεων διπλάσιας αξίας, προς τεκμηρίωση κατάλληλης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, καθώς έχει ιδιαίτερη σημασία η διαπιστωμένη ικανότητα του αναδόχου να ανταποκρίνεται στις οργανωτικές και τεχνικές απαιτήσεις τέτοιων συμβάσεων. Ως εκ τούτου, δικαιολογημένα ζητείται η επιτυχής ολοκλήρωση τριών τουλάχιστον συμβάσεων συνολικής αξίας ίσης με το διπλάσιο της προκειμένης σύμβασης, διότι με τον τρόπο αυτό αποδεικνύεται η συνεπής και επιτυχής εκτέλεση τέτοιων συμβάσεων κατά τρόπο συστηματικό, που υποδηλώνει την απόκτηση αντίστοιχης εμπειρίας και μάλιστα με σημαντικό υλικό αντικείμενο, το οποίο μπορεί να είναι αντίστοιχο με αυτό της διακήρυξης.

3. Με βάση τα παραπάνω, ουδεμία υποχρέωση έχει η αναθέτουσα Αρχή να προσαρμόσει τα κριτήρια επιλογής στις εμπορικές δυνατότητες και επιδιώξεις της προσφεύγουσας, επειδή προβάλλει ότι διαφορετικά δεν μπορεί να διεκδικήσει τη σύμβαση.

Ακόμη, τα προβαλλόμενα με την προσφυγή περί του ότι «οι όροι της Διακήρυξης απευθύνονται σε μία εξαιρετικά μικρή ομάδα οικονομικών φορέων (δεν είναι απίθανο να είναι και μόνο ένας) που δραστηριοποιούνται στον χώρο αυτό», είναι εντελώς αστήρικτα, όχι μόνον επειδή δεν μπορούν να θεωρηθούν ευνοϊκοί υπέρ συγκεκριμένων οικονομικών φορέων όροι οι οποίοι, κατά την ομολογία της προσφεύγουσας, παρέχουν τη δυνατότητα συμμετοχής σε δύο (2) τουλάχιστον οικονομικούς φορείς, αλλά και για το λόγο ότι έχουν συναφθεί πολλές δεκάδες (αν όχι εκατοντάδες) συμβάσεις στο πλαίσιο του προγράμματος ΤΕΒΑ σε όλες τις περιφέρειες της χώρας, με πλήθος αναδόχων, που δεν περιορίζονται σ' αυτούς που αναφέρει προσφεύγουσα. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί και από το 5ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. με την υπ' αριθ. 1668/2020 απόφασή της, εκδοθείσα σε απολύτως όμοιο διαγωνισμό της

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

Περιφέρειας ...: «23. κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, και ως προς τεχνικές προδιαγραφές, η πλήρωση συγκεκριμένων προϋποθέσεων από συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, δεν αρκεί για να θεωρηθεί η συγκεκριμένη απαίτηση φωτογραφική, πολλώ δε μάλλον όταν η επίκληση περισσότερων του ενός οικονομικών φορέων εξ ορισμού καταλύει την έννοια του φωτογραφικού όρου (πρβλ 296/2013, 885/2012 (ασφ.), ΣτΕΕΑ 9/2015, 676/2011, 429,1140, 1024,1025, 836/2010, 829, 201/2007)....». Σημειώνουμε επιπλέον ότι την Παρασκευή 14 Μάϊου 2021 , ήτοι μία ημέρα πριν την αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, κατατέθηκαν δείγματα ,σύμφωνα με το Παράρτημα ΙΙ της οικείας διακήρυξης, από την εταιρεία ...και από την ένωση εταιρειών ...-..., γεγονός που καταδεικνύει την πρόθεση τους να καταθέσουν προσφορά. Ωστόσο προσφορές δεν κατατέθηκαν έπειτα από την παράταση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών μετά την έκδοση της Απόφασης Αναστολής της ΑΕΠΠ.

4. Ανεξάρτητα όμως από τα παραπάνω, όπως ήδη αναφέρθηκε, η αναθέτουσα Αρχή διαθέτει ευρεία διακριτική ευχέρεια να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, εξειδικεύοντας τα κριτήρια επιλογής που προβλέπονται στο νόμο και θεσπίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε εξειδίκευση και θέσπιση με τη διακήρυξη των όρων που κρίνει πρόσφορους και αναγκαίους για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι δυσχεραίνει ενδεχομένως τη συμμετοχή ενδιαφερομένων, οι οποίοι επικαλούνται αδυναμία ανταπόκρισης σε ορισμένο κριτήριο επιλογής. Ως εκ τούτου, λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα και το μέγεθος του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, καθίσταται πρόδηλο ότι η θέσπιση του υπό εξέταση κριτηρίου ποιοτικής επιλογής παρίσταται απολύτως εύλογη και αναγκαία για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων αναδόχων να πραγματοποιήσουν παραδόσεις προϊόντων ανάλογης ποσότητας με αυτήν που ζητείται για την παρούσα σύμβαση. Συνεπώς, τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής είναι απορριπτέα ως

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

στερούμενα βασιμότητας.

II. Ως προς τον δεύτερο λόγο προσφυγής

1. Στη διακήρυξη του διαγωνισμού (παρ. 2.2.6) ορίζεται επίσης ότι:

«...2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία συμμετοχής, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού: **Ειδικό Όροι**

1.Ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να διαθέτει τα ακόλουθα:.....Λόγω του όγκου των προϊόντων και για την εύρυθμη υλοποίηση του έργου των Κοινωνικών Συμπράξεων, απαιτείται να διαθέσει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασής του, συμπεριλαμβανομένων και ενδεχόμενων παρατάσεων αυτής, Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής, με τις κατά νόμο άδειες λειτουργίας για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού φορτίου και ψυχρού φορτίου και ειδών Β.Υ.Σ, το οποίο να έχει έγκριση ψυκτικής εγκατάστασης (ΚΩΔΙΚΟΣ Τ) από την αρμόδια υπηρεσία του ΕΦΕΤ, το οποίο θα βρίσκεται στην περιοχή της χωρικής έκτασης της Περιφέρειας Η συγκεκριμένη εγκατάσταση, θα αποτελεί τον κεντρικό κόμβο του δικτύου διανομών, εφοδιασμού και αναδιανομής αδιάθετων προϊόντων και θα πρέπει να διαθέτει πιστοποιήσεις για αποθήκευση ξηρού φορτίου, ψυχρού φορτίου, ειδών Β. Υ.Σ. και δυνατότητας ανασυσκευασίας. ». Περαιτέρω, στο Παράρτημα II της διακήρυξης του παρόντος διαγωνισμού «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων» (σελ. 55) ορίζεται, εκτός των άλλων, ότι, από πλευράς απόδειξης της ζητούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας «... Ο ανάδοχος αναλαμβάνει πλήρως και αποκλειστικά την ευθύνη για την ασφαλή μεταφορά και αποθήκευση των ειδών, για το χρονικό διάστημα που υποδεικνύει η Αναθέτουσα Αρχή. Σε περίπτωση απώλειας ή καταστροφής των εν λόγω ειδών για οποιονδήποτε λόγο, ο οικονομικός φορέας οφείλει να τα αντικαταστήσει χωρίς καθυστέρηση. Η προσωρινή αποθήκευση των ειδών ενδιάμεσα των διανομών, θα πραγματοποιείται σε αποθηκευτικούς χώρους που θα διαθέτουν τις νόμιμες αδειοδοτήσεις, ανάλογα με τα είδη προς προσωρινή αποθήκευση και θα διατίθενται από τον Οικονομικό Φορέα για όλο το χρονικό διάστημα υλοποίησης της σύμβασής του.

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

Λόγω του όγκου των προϊόντων, ο Οικονομικός Φορέας, επί ποινή αποκλεισμού, απαιτείται:

α) να διαθέσει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασής του, συμπεριλαμβανομένων και ενδεχόμενων παρατάσεων αυτής, «Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής» (ΚΑΔ), με τις κατά νόμο άδειες λειτουργίας για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου, το οποίο να έχει έγκριση ψυκτικής εγκατάστασης (ΚΩΔΙΚΟΣ Ρ) από την αρμόδια υπηρεσία του ΕΦΕΤ, απορρυπαντικών και καθοριστικών, το οποίο θα βρίσκεται στην περιοχή της χωρικής έκτασης της Περιφέρειας Η συγκεκριμένη εγκατάσταση, θα αποτελεί τον κεντρικό κόμβο του δικτύου διανομών εφοδιασμού και αναδιανομής αδιάθετων προϊόντων της υπό ανάθεση σύμβασης, θα πρέπει να έχει εμβαδό τουλάχιστον 750 τετραγωνικά μέτρα και πιστοποιήσεις για αποθήκευση ξηρού φορτίου, ψυχρού φορτίου, ειδών καθαριότητας-υγιεινής και δυνατότητας ανασυσκευασίας. β) υπεύθυνη δήλωση πως δεσμεύεται να διαθέσει, σε περίπτωση που του ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή, έξι (6) επιπλέον αποθηκευτικούς χώρους (από έναν στα όρια των Π.Ε.-Κ.Σ. ..., ..., ..., ..., ...και ...) οι οποίοι θα πληρούν όλα τα νόμιμα προαπαιτούμενα (άδειες και πιστοποιητικά) για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου καθώς και για τα είδη καθαριότητας και υγιεινής, όπως επίσης και όλα τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας...». Εξάλλου, όπως αναφέρεται στο πιο πάνω υπ' αριθ. πρωτοκ. 225137(5936)/11-5-2021 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της μέρους της αναθέτουσας Αρχής: «ΕΡΩΤΗΜΑ 18α: α. Με δεδομένο ότι ζητείται ήδη ΚΑΔ εντός των ορίων της Περιφέρειας, αν διατεθούν 6 επιπλέον χώροι, τότε σε κάποια Π.Ε θα υπάρχουν δύο αποθηκευτικοί χώροι όμοιοι που θα πληρούν τα ίδια προαπαιτούμενα; ΑΠΑΝΤΗΣΗ 18α ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ Ο) Η κεντρική εγκατάσταση θα πρέπει να βρίσκεται εντός των ορίων της ΠΚΜ, ενώ οι 6 (έξι) αποθηκευτικοί χώροι σε κάθε μία Π.Ε.-Κ.Σ. ο καθένας.

ΕΡΩΤΗΜΑ 18β: β. Στο ίδιο άρθρο λαμβάνοντας υπόψη ότι 6 επιπλέον αποθηκευτικοί χώροι, οι οποίοι θα πρέπει να δεσμευθούν εκ των προτέρων, έτσι ώστε να τηρηθεί η δέσμευση της εν λόγω Υπεύθυνης Δήλωσης, επιδρούν καθοριστικά (ειδικά για τις εταιρείες που θα συμμετέχουν και έχουν έδρα εκτός Περιφέρειας ...) στην διαμόρφωση της οικονομικής τους προσφοράς,

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

παρακαλούμε να συγκεκριμενοποιήσετε εκ των προτέρων αν οι χώροι αυτοί θα χρειαστούν ή όχι.

ΑΠΑΝΤΗΣΗ 18β ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ Κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς απαραίτητη προϋπόθεση αποτελεί η προσκόμιση ΥΔ στην οποία ο οικονομικός φορέας "Δεσμεύεται να καταθέσει σε περίπτωση που του ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή, έξι (6) επιπλέον αποθηκευτικούς χώρους (από έναν στα όρια των Π.Ε.-Κ.Σ. ..., ..., ..., ..., ...και ...) ». 2. Με την υπό κρίση προδικαστική της προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρία «...» ζητά την ακύρωση του ανωτέρω όρου της διακήρυξης, όπως αυτός διευκρινίστηκε εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής, επικαλούμενη ότι «οι ως άνω απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής (και οι αντίστοιχες υποχρεώσεις των υποψήφιων προμηθευτών), ειδικά όσον αφορά τους έξι επιπλέον αποθηκευτικούς χώρους, επιπροσθέτως του ΚΑΔ, αποκλείουν ή άλλως καθιστούν υπέρμετρα δυσχερή τόσο τη δική μας συμμετοχή, όσο και άλλων ενδιαφερομένων, στον εν λόγω διαγωνισμό, καθώς: α) μας εμποδίζει από την υποβολή άρτιας και προσήκουσας προσφοράς, και δη οικονομικής προσφοράς, καθώς η απαίτηση για τους έξι επιπλέον αποθηκευτικούς χώρους τελεί υπό την αίρεση της μελλοντικής και αβέβαιης «ενεργοποίησής» της από την αναθέτουσα αρχή β) σε περίπτωση δε «ενεργοποίησης» από την Αναθέτουσα αυτής της δυνατότητας, θα επιφέρει υπέρμετρο επιπρόσθετο κόστος στο έργο, αφού, πέρα από το αυτονόητο ότι θα απαιτηθούν επιπλέον και μάλιστα υπέρογκες δαπάνες για τη μίσθωση έξι (!!!) αποθηκευτικών χώρων, αφού θεωρούμε ότι κανένας οικονομικός φορέας δεν τις διαθέτει ήδη, επιπλέον, οι συγκεκριμένοι αποθηκευτικοί χώροι δεν θα μπορούν να εξυπηρετήσουν άλλες ανάγκες του αναδόχου. πλην αυτών που αφορούν στη συγκεκριμένη προμήθεια ».

3. Σύμφωνα με τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης, ζητείται η ύπαρξη Κέντρου Αποθήκευσης Διανομής τουλάχιστον 750 τ.μ., καθώς επίσης και η κατάθεση αντίστοιχης υπεύθυνης δήλωσης σχετικά με την διάθεση επιπλέον έξι (6) αποθηκευτικών χώρων (ένας στα όρια των Π.Ε. Κ.Σ. ..., ..., ..., ..., ...και ...), σε περίπτωση που αυτοί ζητηθούν από την αναθέτουσα Αρχή.

Εξάλλου, όπως ορίζεται στη διακήρυξη (σελ. 49), ο Ανάδοχος οφείλει να φροντίζει για την «ομαδοποίηση» των ειδών, ανά Σημείο Διανομής, εντός

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

ανοιχτού τελάρου ή κυτίου, αναλόγως συνθηκών, συντήρησης, την ενδιάμεση αποθήκευση, σε κατάλληλες αποθήκες που θα διαθέτει ειδικά για τις ανάγκες του ΤΕΒΑ τη μεταφορά των προϊόντων σε όλα τα σημεία διανομής (εντός ή/και εκτός αυτών) των 6 ΚΣ και για κάθε προγραμματισμένη διανομή, από Εταίρους και Επικεφαλής, τη διανομή των πακέτων προϊόντων, απευθείας στους ωφελούμενους, την επαναποθήκευση σε κατάλληλους χώρους του Αναδόχου των αδιάθετων ανά διανομή προϊόντων, μέχρι την επόμενη διανομή τους και ως την εξάντληση των αποθεμάτων αυτών σε επόμενες αναδιανομές που θα πραγματοποιηθούν.

Επομένως, με βάση και τη μεγάλη γεωγραφική έκταση της περιοχής στην οποία εκτελείται η σύμβαση, είναι απολύτως εύλογη η απαίτηση για την αποδεδειγμένη δυνατότητα διάθεσης Κέντρου Αποθήκευσης και Διανομής εντός των γεωγραφικών ορίων της Περιφέρειας ..., το οποίο θα είναι ο χώρος συγκέντρωσης των ειδών της προμήθειας, την ανασυσκευασία τους σε πακέτα προς διανομή, την προσωρινή τους αποθήκευση, την επιστροφή των αδιάθετων πακέτων και, γενικά την όλη υποστήριξη της διαδικασίας εκτέλεσης της σύμβασης.

4. Περαιτέρω, η κατά τα ανωτέρω απαίτηση της διακήρυξης του διαγωνισμού αναφορικά με την δέσμευση διάθεσης έξι (6) χώρων (έναν σε κάθε Π.Ε.) για την αποθήκευση των προς προμήθεια τροφίμων, είναι απολύτως δικαιολογημένη κατά το μέρος που τέθηκε προς το σκοπό της κάλυψης έκτακτων και απρόβλεπτων αναγκών που τυχόν θα ανακύψουν κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της παρούσας σύμβασης, όπως για παράδειγμα σε περίπτωση επιβολής περιορισμών στις μετακινήσεις λόγω της πανδημίας του Covid-19. Με άλλα λόγια, η κατά τα ανωτέρω προβλεπόμενη ρύθμιση περί ανάληψη δέσμευσης αναφορικά με τη διάθεση έξι (6) επιπλέον αποθηκευτικών χώρων στα όρια των έξι Περιφερειακών Ενοτήτων στις οποίες πρόκειται να εκτελεσθεί η υπό ανάθεση σύμβαση, αφορά την κάλυψη όλως εξαιρετικών και απρόβλεπτων αναγκών, η ύπαρξη των οποίων θα πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς σε περίπτωση υποβολής σχετικού αιτήματος εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής.

5. Τέλος, επισημαίνουμε ότι όπως έχει ήδη κριθεί με την υπ' αριθ. 1668/2020 απόφαση του 5ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., σε απολύτως όμοια

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

υπόθεση για προγενέστερο διαγωνισμό της Περιφέρειας ...στο πλαίσιο προγράμματος παροχής επισιτιστικής συνδρομής του Τ.Ε.Β.Α.: «29. η μεταφορά των προϊόντων από και προς τους φορείς διανομής στους ωφελούμενους με τόσο χιλιομετρική απόσταση, γεγονός που ούτως ή άλλως θα παρεμπόδιζε την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης αλλά και θα εκτίνασσε το κόστος αυτής, απαιτώντας περισσότερα μέσα και έξοδα μεταφοράς ενώ δεν εισάγει γεωγραφικό περιορισμό περιοριστικό της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού (πρβλ. Απόφαση 2646/2016 VI Τμ. ΕΣ). Σε κάθε περίπτωση, δεν απαιτείται στο παρόν στάδιο υπέρμετρη δέσμευση πόρων από την πλευρά της προσφεύγουσας, καθώς αρκεί απλώς η προσκόμιση μαζί με τα απαραίτητα στοιχεία και λοιπά έγγραφα προσυμφώνου με ιδιοκτήτη πρόσφορου χώρου, το οποίο δύναται να μετατραπεί σε συμφωνητικό μίσθωσης σε περίπτωση ανάληψης της σύμβασης κι επομένως, δεν προκύπτει εξ αυτού του λόγου - ασύμμετρος τουλάχιστον προς το προστατευόμενο δημόσιο συμφέρον - περιορισμός του ανταγωνισμού (απόφαση 7μ ΕΣ 286/2017, Δημήτριος Πυργάκης, «Κριτήρια επιλογής σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε ΕΕ Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι Κίτσος, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, εκδ. ΝΒ, 2019, σελ. 283 επ.)

Εξάλλου, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται δυσκολία στην ανεύρεση του απαιτούμενου χώρου και κατάρτιση του συγκεκριμένου προσυμφώνου, ούτε στην υποβολή πλήρους φακέλου λόγω ελλιπούς οργανωτικής δομής, καθόσον συνιστά οικονομικό φορέα που συμμετέχει σε διαγωνιστικές διαδικασίες». Περαιτέρω οι άδειες για αποθήκευση είτε πρόκειται για τρόφιμα ψυγείου, είτε για ξηρά τρόφιμα έχουν τις ίδιες ακριβώς απαιτήσεις. Απαιτούν χώρους κύριας χρήσης (πολεοδομικές διατάξεις), καθώς πρέπει να πληρούν όλες τις απαραίτητες υγειονομικές διατάξεις και πιστοποιητικά.

6. Ενόψει, συνεπώς, των ανωτέρω, καθίσταται πρόδηλο ότι ο συγκεκριμένος δεύτερος λόγος προσφυγής της εταιρίας «...» καθίσταται απορριπτέος και ως αορίστως προβαλλόμενος, κατά το μέρος που δεν εξειδικεύεται επαρκώς ο τρόπος με τον οποίο ζημιώνεται η εν λόγω εταιρία από τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης».

11. Επειδή, η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της, επισημαίνει, έτι

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

περαιτέρω, τα εξής «Ως προς τον 1ο λόγο της προσφυγής

Η Αναθέτουσα αρχή επιχειρεί να αιτιολογήσει την προσθήκη του συγκεκριμένου όρου της παραγράφου 2.2.6. Α της διακήρυξης περί της «εκτέλεσης ολοκληρωμένων παραδόσεων διπλάσιας αξίας», με τον ισχυρισμό ότι πρόκειται για προμήθεια που περιλαμβάνει και επιπλέον απαιτήσεις-εργασίες από τον ανάδοχο, όπως να αποθηκεύει τα προϊόντα, να τα ανασυσκευάζει, να διαθέτει το απαιτούμενο προσωπικό και τεχνικό εξοπλισμό και να τα διανέμει στους δικαιούχους, πλην όμως η απαίτηση περί ολοκληρωμένων παραδόσεων διπλάσιας αξίας δεν σχετίζεται ούτε μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελεί εκ των ων ουκ άνευ προϋπόθεση για την εξασφάλιση της ορθής εκτέλεσης των εν λόγω εργασιών, πολλώ δε μάλλον όταν στην συγκεκριμένη διακήρυξη τίθενται ως διακριτά κριτήρια επιλογής της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ενός οικονομικού φορέα και απαιτείται η απόδειξη, με προηγούμενες συμβάσεις, της ικανότητάς του να προβαίνει σε διανομές, όπου εμπεριέχεται και η πακετοποίηση (παρ. 2.2.6.Γ.2), καθώς και ότι θα διαθέτει ικανή και έμπειρη Ομάδα Έργου και Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής για την εκτέλεση του έργου.

Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε προσφέρων / αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει, κατά τεκμήριο, την ικανότητα

συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13-απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς πάντως αδικαιολόγητα να περιορίζεται ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις, όπως περιγράφεται και στον

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

“Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις” (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 17-απόφαση 181/2016 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων).

Με άλλα λόγια, πώς μπορεί να θεωρηθεί ότι ένας οικονομικός φορέας είναι ικανός να εκτελέσει την εν λόγω υπό ανάθεση σύμβαση μόνο εάν έχει εκτελέσει ήδη τρεις (3) τουλάχιστον ολοκληρωμένες συμβάσεις διπλάσιας τουλάχιστον αξίας από το σύνολο της παρούσας, ενώ δεν μπορεί να θεωρηθεί ικανός ένας οικονομικός φορέας, όπως ο δικός μας, που έχει εκτελέσει ήδη επτά (7) παρόμοιες συμβάσεις (!!!) για προμήθειες στο πλαίσιο του προγράμματος ΤΕΒΑ, που εντούτοις αυτές δεν καλύπτουν ούτε αθροιστικά την απαίτηση περί της διπλάσιας αξίας του προϋπολογισμού της διακήρυξης, όπως αναλυτικώς αναφέρουμε στην προσφυγή μας, στην οποία παραπέμπουμε, γεγονός που

καταδεικνύει την επάρκεια και τεχνική ικανότητα της εταιρείας μας να εκτελέσει επιτυχώς και την εν λόγω σύμβαση;

Περαιτέρω, οι συγκεκριμένες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, που επιβάλλει η Αναθέτουσα μπορεί να ευρίσκονται εντός του πλαισίου των διατάξεων του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, πλην όμως κατά παράβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειάς της, αποκλείοντας διαγωνιζόμενους, όπως εμάς, που δικαιούνται να συμμετέχουν στον διαγωνισμό και έχουν την επάρκεια και τεχνική ικανότητα να εκτελέσουν επιτυχώς την εν λόγω σύμβαση, κατά παράβαση, μεταξύ άλλων της θεμελιώδους αρχής του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού. Αυτό εξάλλου, καταδεικνύεται και από το γεγονός ότι μόνο δύο (2) οικονομικοί φορείς κατέθεσαν δείγματα και άρα μόνο αυτοί θα κατέθεταν προσφορά, εάν δεν είχε ανασταλεί, προηγουμένως, η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας, από την Αρχή Σας. Να τονίσουμε εν προκειμένω, ότι ουδέποτε ισχυριστήκαμε ότι οι εν λόγω όροι είναι φωτογραφικοί, όπως αβάσιμα υπονοεί η Αναθέτουσα, παρά μόνο ότι αυτοί περιορίζουν υπέρμετρα την συμμετοχή και άρα τον ανταγωνισμό, γεγονός που όπως είπαμε αποδεικνύεται περίτρανα.

Έτι περαιτέρω, με βάση και τα όσα αναφέρουμε παραπάνω, η υπό ανάθεση σύμβαση δεν παρουσιάζει τέτοιες ιδιαιτερότητες και ιδιομορφίες που θα δικαιολογούσαν, κατ' εξαίρεση, την αυξημένη αυτή τεχνική επαγγελματική

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

ικανότητα-εμπειρία, εκ μέρους των διαγωνιζόμενων, και συνακόλουθα ο περιορισμός του κύκλου των ανταγωνιζομένων επιχειρήσεων, καθώς και ο έμμεσος προσδιορισμός συγκεκριμένων οικονομικών φορέων, οι οποίοι, μόνοι αυτοί, κατά περιορισμό του ανταγωνισμού, δύνανται να αναλάβουν την υπό ανάθεση σύμβαση, δεν μπορεί να δικαιολογηθεί εν προκειμένω, δεδομένου επίσης ότι η προσθήκη αυτή μπορεί να οδηγήσει στην δημιουργία περιορισμένου παγίου κύκλου οικονομικών φορέων και την παρεμπόδιση της εισόδου νέων στον κλάδο, κατά παραγνώριση θεμελιωδών αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού (Ε.Α. 408/2011). Εν πάση δε περιπτώσει απαιτείται να τηρείται η αναλογία μεταξύ του επιδιωκόμενου με μια τέτοια πρόσθετη απαίτηση σκοπού και των μέσων που χρησιμοποιούνται για την επίτευξή του, ώστε να διαφυλάσσεται και ο χαρακτήρας του διαγωνισμού ως ανοικτού (πρβλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 16.12.2008 επί της υποθέσεως C-213/07, σκ. 47-48, Ε.Α.

143/2010).

Εν κατακλείδι, δεν αιτιολογείται επαρκώς από την Αναθέτουσα, η ανάγκη θέσπισης των συγκεκριμένων όρων, σε σχέση μάλιστα και λαμβάνοντας υπόψη και τους υπόλοιπους αντίστοιχους διαγωνισμούς για την προμήθεια ειδών στο πλαίσιο του προγράμματος ΤΕΒΑ, οι οποίοι παρουσιάζουν μεν ακριβώς τις ίδιες «ιδιαιτερότητες», πλην όμως δεν απαιτούν την πλήρωση τέτοιων όρων και παρόλο που, επαναλαμβάνουμε, η εταιρία μας έχει αναλάβει και ολοκληρώσει επτά (7) τέτοιου είδους συμβάσεις, εντούτοις δεν μπορεί να συμμετέχει στον εν λόγω διαγωνισμό (!!!).

Ως προς τον 2ο λόγο της προσφυγής

Η Αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η απαίτηση περί δέσμευσης διάθεσης έξι (6) επιπλέον αποθηκευτικών χώρων (έναν σε κάθε Π.Ε.), τέθηκε για την κάλυψη έκτακτων και απρόβλεπτων αναγκών που τυχόν θα προκύψουν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, επικαλούμενη ως παράδειγμα την περίπτωση επιβολής περιορισμών στις μετακινήσεις λόγω της πανδημίας, παράδειγμα όμως που είναι ατυχές, καθώς είναι γνωστό τοις πάσι ότι ουδέποτε επιβλήθηκαν περιορισμοί στη μεταφορά και διακίνηση προϊόντων και δη τροφίμων, ούτε περιορισμοί στις μετακινήσεις, ακόμα και από νομό σε νομό, για επαγγελματικούς λόγους γενικότερα. Σε κάθε περίπτωση, δεν μπορούμε να

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

σκεφτούμε σε τι θα μπορούσε να συνίσταται αυτή η έκτακτη και απρόβλεπτη ανάγκη, που μόνο με τη διάθεση των έξι επιπλέον αποθηκευτικών χώρων θα μπορούσε να αντιμετωπιστεί.

Η επικαλούμενη δε υπ'αριθ.1668/2020 απόφαση της Αρχής Σας, από την Αναθέτουσα και δη το συγκεκριμένο απόσπασμα που παραθέτει, ουδεμία σχέση έχει με το εδώ εξεταζόμενο ζήτημα, αφού το εκεί κριθέν ζήτημα αφορούσε την απαίτηση περί διάθεσης Κέντρου Αποθήκευσης και Διανομής (ΚΑΔ), απαίτηση η οποία αμφισβητήθηκε από την εκεί προσφεύγουσα, η οποία είχε εγκαταστάσεις στο ...

Περαιτέρω, παντελώς αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας ότι δεν εξειδικεύουμε επαρκώς τη ζημία μας από τον συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, καθώς ρητά και με σαφήνεια επικαλούμαστε στην προσφυγή μας την βλάβη μας, η οποία συνίσταται στο γεγονός ότι η συγκεκριμένη απαίτηση μας εμποδίζει από την υποβολή άρτιας και προσήκουσας προσφοράς, και δη οικονομικής προσφοράς, καθώς η απαίτηση για τους έξι επιπλέον αποθηκευτικούς χώρους τελεί υπό την αίρεση της μελλοντικής και αβέβαιης «ενεργοποίησής» της από την αναθέτουσα αρχή, ενώ σε περίπτωση «ενεργοποίησης» από την Αναθέτουσα αυτής της δυνατότητας, θα επιφέρει υπέρμετρο επιπρόσθετο κόστος στο έργο, αφού, πέρα από το αυτονόητο ότι θα απαιτηθούν επιπλέον και μάλιστα υπέρογκες δαπάνες για τη μίσθωση έξι (!!!) αποθηκευτικών χώρων, επιπλέον, οι συγκεκριμένοι αποθηκευτικοί χώροι δεν θα μπορούν να εξυπηρετήσουν άλλες ανάγκες του αναδόχου, πλην αυτών που αφορούν στη συγκεκριμένη προμήθεια.

Με άλλα λόγια, η εν λόγω απαίτηση μας εμποδίζει να γνωρίζουμε εξαρχής το συνολικό κόστος του έργου, ώστε αναλόγως να υποβάλουμε την οικονομική μας προσφορά, ενώ σε κάθε περίπτωση θεωρούμε ότι αυτή δεν εξυπηρετεί κανέναν αντικειμενικό σκοπό για την ορθή εκτέλεση της σύμβασης, δεδομένου μάλιστα ότι η απόσταση μεταξύ των περιφερειακών ενοτήτων δεν είναι τόσο μεγάλη, ώστε να μην μπορεί να καλυφθεί η ανάγκη για προσήκουσα εκτέλεση των διανομών, με την ύπαρξη του ΚΑΔ και μόνο, όπως εξάλλου συμβαίνει στις υπόλοιπες αντίστοιχες συμβάσεις, άλλων, εξίσου μεγάλων, Περιφερειών, (π.χ. Δυτικής Ελλάδος) που εκτελέστηκαν ή εκτελούνται στο πλαίσιο του ΤΕΒΑ.

Τέλος, το γεγονός ότι για τις αποθήκες προβλέπεται ότι αυτές θα πληρούν όλα

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

τα νόμιμα προαπαιτούμενα (άδειες και πιστοποιητικά) και για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού φορτίου, παρόλο που η εν λόγω προμήθεια αφορά μόνο τρόφιμα ψυγείου και είδη βασικής υλικής συνδρομής και όχι ξηρών τροφίμων, δυσχεραίνει, όπως αναφέρουμε και στην προσφυγή μας, ακόμη περισσότερη τη συμμετοχή μας στον διαγωνισμό, καθώς και θα πρέπει να αναζητήσουμε χώρους, τους οποίους φυσικά δεν διαθέτουμε και με επιπλέον απαιτήσεις από αυτές που θα έπρεπε να προβλέπονται. Έτσι, ενώ θα μπορούσαμε, για παράδειγμα, να βρούμε κάποιον αποθηκευτικό χώρο, ο οποίος χρησίμευε μέχρι τώρα για την αποθήκευση κρεάτων ή παγωτών και όχι για ξηρά τρόφιμα και επομένως δεν διαθέτει τις σχετικές άδειες για αποθήκευση ξηρών τροφίμων ή τα ανάλογα πιστοποιητικά 130, εντούτοις η απαίτηση αυτή καθιστά απαγορευτική τη διάθεση ενός τέτοιου χώρου, δυσχεραίνοντας, όπως είπαμε, υπέρμετρα και αδικαιολόγητα τη συμμετοχή μας».

12. Επειδή, με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.[...]». Το άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει τα εξής :«1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως:[...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων,[...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87...[...] κγ) τη διαδικασία πρόσβασης των υποψηφίων και προσφερόντων στα δικαιολογητικά, στις τεχνικές και οικονομικές προσφορές, υπό την επιφύλαξη των οριζόμενων στο άρθρο 70 και στην κείμενη νομοθεσία.[...]

Περαιτέρω, το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» προβλέπει τα κάτωθι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. 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. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων υπηρεσιών, εφόσον οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν ειδική έγκριση ή να είναι μέλη συγκεκριμένου οργανισμού για να μπορούν να παράσχουν τη σχετική υπηρεσία στη χώρα καταγωγής τους, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να τους ζητεί να αποδείξουν ότι διαθέτουν την έγκριση αυτή ή ότι είναι μέλη του εν λόγω οργανισμού. Με απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων που εκδίδεται μετά από γνώμη του Τεχνικού Επιμελητηρίου Ελλάδος ή με κοινή απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων και του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, που εκδίδεται μετά από γνώμη επιτροπής που συστήνουν και στην οποία εκπροσωπούνται τα οικεία

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

επαγγελματικά επιμελητήρια, προσδιορίζεται το αντικείμενο κάθε κατηγορίας μελέτης του Παραρτήματος Ι του Προσαρτήματος Γ'. Με την ίδια απόφαση καθορίζεται η αντιστοιχία κάθε κατηγορίας μελέτης με το επιστημονικό πεδίο απασχόλησης των εγγεγραμμένων στο «Μητρώο Μελετητών», καθώς και στο «Μητρώο Γραφείων Μελετών» του Παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α', σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με γνώμονα την εφαρμογή του Κανονισμού ΕΚ 2195/2002. Με όμοια απόφαση μπορούν να διαιρούνται ή ενοποιούνται εν γένει οι παραπάνω κατηγορίες.³ Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341. Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων. [...]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

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

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. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης.[...]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». Επίσης, το άρθρο 86 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων» προβλέπει τα εξής «1. Με την επιφύλαξη των εθνικών διατάξεων νόμου ή διοικητικών πράξεων σχετικά με την τιμή ορισμένων αγαθών ή την αμοιβή ορισμένων υπηρεσιών, οι αναθέτουσες αρχές βασίζονται στην ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά.

2. Η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζεται βάσει της τιμής ή του κόστους, με χρήση προσέγγισης κόστους-αποτελεσματικότητας, όπως της κοστολόγησης του κύκλου ζωής, σύμφωνα με το άρθρο 87 και μπορεί να περιλαμβάνει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει κριτηρίων, συμπεριλαμβανομένων, μεταξύ άλλων, ποιοτικών, περιβαλλοντικών ή/και κοινωνικών πτυχών που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης. Στα κριτήρια αυτά μπορούν να περιλαμβάνονται, ιδίως:

- α) η ποιότητα, περιλαμβανομένης της τεχνικής αξίας, τα αισθητικά και λειτουργικά χαρακτηριστικά, η προσβασιμότητα, ο σχεδιασμός για όλους τους χρήστες, τα κοινωνικά, περιβαλλοντικά και καινοτόμα χαρακτηριστικά και η εμπορία και οι σχετικοί όροι,
- β) η οργάνωση, τα προσόντα και η εμπειρία του προσωπικού στο οποίο ανατίθεται η εκτέλεση της σύμβασης, στην περίπτωση που η ποιότητα του διατεθέντος προσωπικού μπορεί να έχει σημαντική επίδραση στο επίπεδο εκτέλεσης της σύμβασης,

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

- γ) η εξυπηρέτηση μετά την πώληση και η τεχνική υποστήριξη,
- δ) οι όροι παράδοσης, όπως η ημερομηνία παράδοσης, η διαδικασία και η προθεσμία παράδοσης ή η προθεσμία ολοκλήρωσης ή περαίωσης,
- ε) η παροχή της εγγύησης της παραγράφου 2 του άρθρου 72,
- στ) η προσαύξηση του προβλεπόμενου στα έγγραφα της σύμβασης χρόνου εγγύησης,

3. Τα κοινωνικά χαρακτηριστικά, κατά την προηγούμενη παράγραφο, εξειδικεύονται ιδίως σε:

- α) απασχόληση εργαζομένων που ανήκουν σε ευπαθείς ομάδες του πληθυσμού κατά την έννοια της παρ. 4 του άρθρου 1 του ν. 4019/2011 (Α' 216), για χρονικό διάστημα τουλάχιστον δώδεκα (12) μηνών πριν τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης,
- β) διευκόλυνση της κοινωνικής ή/και εργασιακής ένταξης ατόμων που προέρχονται από ευπαθείς ομάδες του πληθυσμού,
- γ) καταπολέμηση των διακρίσεων ή/και
- δ) προαγωγή της ισότητας ανδρών και γυναικών. [...]

5. Στα κριτήρια της παραγράφου 2 στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών, μπορούν να περιλαμβάνονται επιπλέον και ιδίως η ορθότητα αντίληψης από τον οικονομικό φορέα του αντικειμένου και των απαιτήσεων της σύμβασης, η επιτυχής επισήμανση προβλημάτων κατά την υλοποίηση και η διαμόρφωση κατάλληλων προτάσεων για την επίλυσή τους, η επαρκής ανάλυση - εξειδίκευση της καταλληλότητας και αποτελεσματικότητας της μεθοδολογίας υλοποίησης και των απαραίτητων εργαλείων υποστήριξης της εφαρμογής της, καθώς και η αποτελεσματική επικοινωνία του οικονομικού φορέα με την αναθέτουσα αρχή, κατά το στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης, ο αποτελεσματικός προσδιορισμός - τεκμηρίωση των κρίσιμων παραγόντων επιτυχίας και παρουσίαση εναλλακτικών τρόπων διασφάλισης τους, η ορθολογική ανάλυση του αντικειμένου της σύμβασης σε ενόητες εργασίες και σύνδεσή τους με τα ελάχιστα απαιτούμενα παραδοτέα και το χρονοδιάγραμμα που περιγράφονται στις τεχνικές προδιαγραφές αυτού, η πληρότητα - επάρκεια του καθορισμού των περιεχομένων των προσφερομένων παραδοτέων και τεκμηρίωση της διασφάλισης

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

εφαρμοσιμότητας των λύσεων που προτείνονται, η καταλληλότητα του μοντέλου οργάνωσης της παροχής των υπηρεσιών, η επάρκεια και σαφήνεια κατανομής αρμοδιοτήτων στα μέλη της Ομάδας Έργου, τα επίπεδα διοίκησης...[...].».

13. Επειδή, οι οικείοι όροι της διακήρυξης αναφέρουν τα εξής « 1)

2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία συμμετοχής, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού: Α) Να έχουν εκτελέσει τρεις (3) τουλάχιστον ολοκληρωμένες συμβάσεις προμηθειών τροφίμων ή και ειδών βασικής υλικής συνδρομής (Β.Υ.Σ.) κατά την τελευταία τριετία (2018-2019-2020) από το σύνολο των οποίων θα προκύπτει πως έχουν ολοκληρώσει διανομές τουλάχιστον διπλάσιας αξίας από το σύνολο της παρούσης (χωρίς Φ.Π.Α.). Β) Να έχουν εκτελέσει σύμβαση ή συμβάσεις με αντισυμβαλλόμενο δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, από τις οποίες να προκύπτει αθροιστικά, πως κατά την τελευταία τριετία (2018-2019-2020) έχουν ολοκληρώσει επιτυχώς παραδόσεις σε τυποποιημένες προσσκευασίες λιανικής κατανάλωσης κείμενες ως προς τη συσκευασία με τις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης για κάθε είδος (νωπά κρέατα - νωπά φρούτα - νωπά τυροκομικά) συνολικής ποσότητας ίσης ή μεγαλύτερης με τη διακήρυξη ανεξαρτήτου βάρους συσκευασίας. Γ.1) Να έχουν εκτελέσει σύμβαση ή συμβάσεις με αντισυμβαλλόμενο δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, από τις οποίες να προκύπτει ότι κατά την τελευταία τριετία (2018-2019-2020) έχουν ολοκληρώσει παραδόσεις συμβασιοποιημένων ποσοτήτων μασκών ατομικής προστασίας, αντισηπτικών υγρών ήπιας δράσης ή και ειδών βασικής υλικής συνδρομής, τουλάχιστον ίσων με το 50% των ζητηθέντων από την παρούσα.

Γ.2) Να έχουν εκτελέσει τρεις (3) τουλάχιστον συμβάσεις διανομής τροφίμων (ξηρά, νωπά και ψυγείου) ή και ειδών βασικής υλικής συνδρομής σε πακέτο, σε τουλάχιστον τρεις χιλιάδες (3.000) φυσικά πρόσωπα-ωφελούμενους με υπόδειξη κάποιου φορέα, κατά την τελευταία τριετία (2018,2019,2020) έως και τη δημοσίευση της παρούσης. Ειδικότερα, ως διανομή, λογίζεται η οργάνωση των διαφόρων ειδών σε πακέτα προς ωφελούμενους και η υποστήριξη της αναθέτουσας αρχής στην επί τόπου διανομή τους.....[...] Σε περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

ένωσης οικονομικών φορέων που υποβάλλει κοινή προσφορά, η ανωτέρω απαίτηση καλύπτεται αθροιστικά από όλα τα μέλη της ένωσης, ii) Ειδικοί Όροι

1. Ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να διαθέτει τα ακόλουθα:

i) την απαιτούμενη υλικοτεχνική υποδομή (υλικά προσωρινής αποθήκευσης, ηλεκτρονικό εξοπλισμό, λογισμικό, συσκευαστικό εξοπλισμό κ.α. για την εκτέλεση των ανωτέρω καθώς και όλα τα μέσα που συμβάλουν στην ομαλή υλοποίηση του έργου για όλο το χρονικό διάστημα υλοποίησης αυτού συμπεριλαμβανομένων και των χρονικών παρατάσεων αυτού,

N) Λόγω του όγκου των προϊόντων και για την εύρυθμη υλοποίηση του έργου των Κοινωνικών Συμπράξεων, απαιτείται να διαθέσει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασής του, συμπεριλαμβανομένων και ενδεχόμενων παρατάσεων αυτής, Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής, με τις κατά νόμο άδειες λειτουργίας για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου και ειδών Β.Υ.Σ., το οποίο να έχει έγκριση ψυκτικής εγκατάστασης (ΚΩΔΙΚΟΣ Ρ) από την αρμόδια υπηρεσία του ΕΦΕΤ, το οποίο θα βρίσκεται στην περιοχή της χωρικής έκτασης της Περιφέρειας Η συγκεκριμένη εγκατάσταση, θα αποτελεί τον κεντρικό κόμβο του δικτύου διανομών, εφοδιασμού και αναδιανομής αδιάθετων προϊόντων και πιστοποιήσεις για αποθήκευση ξηρού φορτίου, ψυχρού φορτίου, ειδών Β.Υ.Σ. και δυνατότητας ανασυσκευασίας. Σε περίπτωση που ο υποψήφιος ανάδοχος δεν είναι κάτοχος του Κέντρου Αποθήκευσης και Διανομής, υποχρεούται επί ποινή αποκλεισμού να προσκομίσει:

α) σχετικό συμφωνητικό μίσθωσης ή προσύμφωνο μίσθωσης με τον κύριο αυτής, στο οποίο ορίζεται ότι, σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, η εν λόγω μίσθωση έχει διάρκεια τουλάχιστον έως την 31/12/2021.

β) Οποιοδήποτε έγγραφο από το οποίο να προκύπτει η ακριβής τοποθεσία του ΚΑΔ (τοπογραφικό / κτηματολογικό διάγραμμα ή διαδικτυακή αποτύπωση κ.α.) υπογεγραμμένο από πολιτικό μηχανικό).

γ) Έγγραφα ιδιοκτησιακού καθεστώτος της αυτοτελούς εγκατάστασης ή συμφωνητικό μίσθωσης εν ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς και αντίγραφο του αναρτημένου συμφωνητικού από το Taxisnet, με διάρκεια

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

τουλάχιστον μέχρι τις 31-12-2020, θεωρημένο από αρμόδια αρχή, εφόσον απαιτείται.

δ) Άδειες λειτουργίας σε ισχύ ήδη κατά την υποβολή προσφοράς, που κατά τις κείμενες νομοθετικές διατάξεις επιτρέπουν την άσκηση αποθηκευτικών δραστηριοτήτων και δραστηριοτήτων χονδρικού εμπορίου. Οι άδειες των ως άνω εγκαταστάσεων, πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να συνοδεύονται συσσωρευτικά από τα ακόλουθα: την προβλεπόμενη άδεια οικοδομής, τοπογραφικό και αρχιτεκτονικό διάγραμμα και κάτοψη της εγκατάστασης υπογεγραμμένα από πολιτικό μηχανικό, καθώς και τις κατά νόμο προβλεπόμενες άδειες για την αποθήκευση τροφίμων. Τονίζεται ότι όλες οι εγκαταστάσεις πρέπει να επιτρέπουν κατά νόμο, έκαστη, την αποθήκευση του συνόλου των υπό διανομή ειδών. Σε περίπτωση που ο οικονομικός Φορέας δεν διαθέτει ο ίδιος ή δεν έχει ενοικιάσει τις ανωτέρω εγκαταστάσεις και προσφεύγει σε στήριξη στις ικανότητες τρίτου, ισχύουν τα αναφερόμενα στην Οδηγία 23 της ΕΑΔΗΣΥ (ΑΔΑ: Ψ3ΗΙΟΞΤΒ- Κ3Ε) Ο στηρίζων την προσφορά θα πρέπει να υποβάλλει, επί ποινή αποκλεισμού, όλα τα εκ του νόμου δικαιολογητικά και όσα αναφέρονται παραπάνω. Iii) ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II - Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων

ΕΙΔΙΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ

ΟΜΑΔΑ Α ΤΡΟΦΙΜΑ ΝΩΠΑ ΚΑΙ ΟΜΑΔΑ Β ΒΥΣ

Οι προμήθειες έχουν προσδιοριστεί λαμβάνοντας υπόψη των αριθμό και τη διάρθρωση των ωφελουμένων (ενημέρωση Φεβρουαρίου 2020).

Οι προδιαγραφές έχουν ακολουθήσει τον Οδηγό Εφαρμογής του Προγράμματος ΤΕΒΑ και έχουν ενσωματώσει τις καλές πρακτικές των προηγούμενων αποκεντρωμένων διανομών τροφίμων και βασικής υλικής συνδρομής.

Οι διανομές των προϊόντων θα γίνονται σε τακτική βάση, σύμφωνα με τις οδηγίες της Αναθέτουσας Αρχής, θα πραγματοποιούνται σε χώρους κατάλληλους που θα καθορίζονται από τους Επικεφαλής Εταίρους των Κοινωνικών Συμπράξεων και θα οργανώνονται με τέτοιο τρόπο ώστε να επιτύχουμε όσο το δυνατό συντομότερους χρόνους αναμονής, με σεβασμό στην αξιοπρέπεια των ωφελούμενων πολιτών

Ο Προγραμματισμός του αριθμού διανομών ανά Τμήμα είναι κατ' ελάχιστον:

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

1 διανομή σε νωπά τρόφιμα και 1 διανομή σε Β.Υ.Σ.

Η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί το δικαίωμα να τροποποιήσει το πλήθος των διανομών, τη σύνθεση των συνταγών και τη διανεμόμενη ποσότητα, μέχρι εξαντλήσεως των αναφερομένων στην παρούσα διακήρυξη ποσοτήτων.

Η εκτέλεση της προμήθειας θα λάβει χώρα στα σημεία διανομής που θα υποδείξει η Αναθέτουσα Αρχή και σε συνεργασία με τους Εταίρους της κάθε Κοινωνικής Σύμπραξης. Η Διανομή θα πραγματοποιηθεί επιτόπου και απευθείας σε αδύναμους οικονομικά ωφελούμενους και τα προϊόντα θα δίνονται με τη μορφή έτοιμων συσκευασμένων «πακέτων» με τα αντίστοιχα είδη ανά ομάδα, νωπά τρόφιμα και είδη ΒΥΣ- Βασικής Υλικής Συνδρομής. Ο Ανάδοχος αναλαμβάνει εξολοκλήρου, υλοποιεί και ενοποιεί για όσες διανομές απαιτηθεί τις εξής απαιτούμενες διαδικασίες: στην «ομαδοποίηση» των ειδών, ανά Σημείο Διανομής και ανά κατηγορία, εντός ανοιχτού τελάρου ή κυτίου, αναλόγως συνθηκών συντήρησης, την ενδιάμεση αποθήκευση, σε κατάλληλες αποθήκες που θα διαθέτει ο Ανάδοχος ειδικά για τις ανάγκες του ΤΕΒΑ τη μεταφορά των προϊόντων σε όλα τα σημεία διανομής (εντός ή/και εκτός αυτών) των 6 ΚΣ και για κάθε προγραμματισμένη διανομή, από Εταίρους και Επικεφαλής, τη διανομή των πακέτων προϊόντων, απευθείας στους ωφελούμενους και ανά ΟΜΑΔΑ, νωπά τρόφιμα και είδη ΒΥΣ- Βασικής Υλικής Συνδρομής, την επαναποθήκευση σε κατάλληλους χώρους του Αναδόχου των αδιαθέτων ανά διανομή προϊόντων, μέχρι την επόμενη διανομή τους και ως την εξάντληση των αποθεμάτων αυτών σε επόμενες αναδιανομές που θα πραγματοποιηθούν.....[...] Η προσωρινή αποθήκευση των ειδών ενδιάμεσα των διανομών, θα πραγματοποιείται σε αποθηκευτικούς χώρους που θα διαθέτουν τις νόμιμες αδειοδοτήσεις, ανάλογα με τα είδη προς προσωρινή αποθήκευση και θα διατίθενται από τον Οικονομικό Φορέα για όλο το χρονικό διάστημα υλοποίησης της σύμβασής του.

Λόγω του όγκου των προϊόντων, ο Οικονομικός Φορέας, επί ποινή αποκλεισμού, απαιτείται:

α) να διαθέσει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασής του, συμπεριλαμβανομένων και ενδεχόμενων παρατάσεων αυτής, «Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής» (ΚΑΔ), με τις κατά νόμο άδειες λειτουργίας για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου, το οποίο να έχει έγκριση ψυκτικής εγκατάστασης

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

(ΚΩΔΙΚΟΣ Ρ) από την αρμόδια υπηρεσία του ΕΦΕΤ, απορρυπαντικών και καθαριστικών, το οποίο θα βρίσκεται στην περιοχή της χωρικής έκτασης της Περιφέρειας Η συγκεκριμένη εγκατάσταση, θα αποτελεί τον κεντρικό κόμβο του δικτύου διανομών, εφοδιασμού και αναδιανομής αδιάθετων προϊόντων της υπό ανάθεση σύμβασης, θα πρέπει να έχει εμβαδό τουλάχιστον 750 τετραγωνικά μέτρα και πιστοποιήσεις για αποθήκευση ξηρού φορτίου, ψυχρού φορτίου, ειδών καθαριότητας-υγιεινής και δυνατότητας ανασυσκευασίας.

β) υπεύθυνη δήλωση πως δεσμεύεται να διαθέσει, σε περίπτωση που του ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή, έξι (6) επιπλέον αποθηκευτικούς χώρους (από έναν στα όρια των Π.Ε.-Κ.Σ. ..., ..., ..., ..., ...και ...), οι οποίοι θα πληρούν όλα τα νόμιμα προαπαιτούμενα (άδειες και πιστοποιητικά) για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου καθώς και για τα είδη καθαριότητας και υγιεινής, όπως επίσης και όλα τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας.....[...].».

14. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ. ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

15. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, πολλώ, δε, μάλλον όταν τίθενται ρητώς επί ποινή αποκλεισμού ή επί ποινή απαραδέκτου, οπότε τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, ΔΗΜΗΤΡΗΣ Ι. ΡΑΙΚΟΣ,

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ, 2017, σελ 195-197).

16. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 25 και C-599/10, *SAG ELV Slovenko* κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 27).

17. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS *Succhi di Frutta*, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C 243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C 19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C 213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C 396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV*

Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

18. Επειδή η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

19. Επειδή κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διάφορων ερμηνευτικών μεθόδων, με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστημική - υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων - και την τελολογική, του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης. Αντιστοίχως, διαφοροποιείται η διακριτική ευχέρεια της απλής διαπίστωσης της συνδρομής των πραγματικών ή νομικών καταστάσεων, που συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις για την έκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία δύναται να είναι θετική ή αρνητική, σωστή ή λανθασμένη. Στην περίπτωση αυτή, το διοικητικό όργανο έχει απλώς αρμοδιότητα να εξακριβώσει την ύπαρξη των στοιχείων, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθέτουν ορισμένη πραγματική ή νομική κατάσταση, για να κρίνει, εάν υπάρχει η προϋπόθεση εφαρμογής ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου με την έκδοση της σχετικής πράξης δεδομένου ότι η διαπίστωση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων είναι αναγκαία για την άσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας. (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑΘ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

20. Επειδή, περαιτέρω, διευκρινίζεται ότι διακριτική ευχέρεια ή εξουσία υπάρχει, όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου αλλά του αφήνουν περιθώριο δράσης. Ειδικότερα, η αρμοδιότητα έχει χαρακτήρα διακριτικής ευχέρειας όταν, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις, το σχετικό όργανο: α) μπορεί, αλλά δεν έχει υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη ή β) πρέπει να εκδώσει την πράξη, μπορεί όμως να καθορίζει κατά την κρίση του το χρονικό σημείο έκδοσής της ή γ) μπορεί να επιλέξει μεταξύ περισσοτέρων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τόμ. 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδοση, αριθμ. 149, σελ. 139).

21. Επειδή, πράξη που διενεργείται στα πλαίσια διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, ελέγχεται μόνο στα ακραία όριά της, που καθορίζονται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

22. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, η οποία κατοχυρώνεται συνταγματικά στο άρθρο 25 παρ. 1 Συντ., αναλύεται στις αρχές της αναγκαιότητας, καταλληλότητας και αναλογικότητας με τη στενή έννοια, και κατατάσσεται εντός των αρχών ενωσιακού δικαίου κατά την πάγια νομολογία ΔΕΕ. Έχει, δε, την έννοια ότι ένα κράτος μέλος οφείλει κατά τη διαδικασία επιλογής των κατάλληλων προς

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

λήψη μέτρων, να επιλέγει αυτά που προξενούν τα λιγότερα δυνατά προβλήματα στην άσκηση της διακριτικής του ευχέρειας, προκρίνοντας μεταξύ μέτρων που θεωρεί αναγκαία και πρόσφορα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).17. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurttemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως και πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού. Έχει, δε, παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της πλησσύμενης απαίτησης, απαραδέκτως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, απορρίπτονται δε ως απαράδεκτοι λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007, ΣτΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣτΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΑθ 491/2011, ΔΕφΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕφΑθ 226/2013, Ε.Α. ΣτΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι απαιτήσεις της Διακήρυξης, ως έχει κριθεί και ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές, από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/20).

23. Επειδή, κατά την νομολογία, τα προσόντα που σχετίζονται με τη οικονομική επάρκεια και με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες, πρέπει να είναι συναφή ποσοτικώς και ποιοτικώς με το αντικείμενο και τον σκοπό της υπό ανάθεση συμβάσεως και όχι να κρίνονται αυτά αφηρημένα (βλ. ΔεφΤρ21/2019). Έχει, δε, κριθεί ότι βάσει αντίστοιχης πρόβλεψης που αφορά στην προμήθεια τροφίμων και ειδών πρώτης ανάγκης

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

ότι δεν περιορίζεται ο κύκλος των δυναμένων να μετάσχουν στον διαγωνισμό, αλλά αντιθέτως διευρύνεται αφού δεν ζητείται η ανά είδος προσκόμιση δικαιολογητικών εμπειρίας (ΔεφΤρ 21/2019).

24. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο προσφυγής αναφέρει ότι βαίνει η πρόβλεψη του άρθρου 2.2.6. την οποία δεν πληροί και η ίδια, πέραν του σκοπού της συγκεκριμένης ανάθεσης αλλά οι εν θέματι ισχυρισμοί προβάλλονται όλως αορίστως, ήτοι χωρίς να υπεισέρχεται η προσφεύγουσα σε ειδικότερη αιτιολογία ως προς το ιδιαίτερο περιοριστικό της διάταξης εν σχέσει με το αντικείμενο της σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση, η επίκληση συγκεκριμένων μεγάλων σε προϋπολογισμό συμβάσεων τελευταίας τριετίας, προβάλλεται αλυσιτελώς, άλλως ως ερειδόμενης επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, καθώς από την αδιάστικτη διατύπωση του οικείου όρου (βλ. και επικαλούμενη με τις απόψεις διευκρίνιση, η οποία ωστόσο, παρίσταται επιβεβαιωτική), προκύπτει α) η ύπαρξη τουλάχιστον τριών συναφών συμβάσεων και μάλιστα εν γένει προμηθειών τροφίμων ή και ειδών βασικής υλικής συνδρομής (Β.Υ.Σ.) και β) η κάλυψη από τις σχετικές συμβάσεις τριετίας – ανεξαρτήτως αριθμού – του διπλάσιου ποσού του προϋπολογισμού της σύμβασης. Περαιτέρω, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή, η πρόβλεψη ως προς τις συναφείς συμβάσεις που δύνανται να προσμετρηθούν για τον υπολογισμό του 200% του προϋπολογισμού της σύμβασης δεν περιορίζεται στο ακριβές αντικείμενο της σύμβασης καθώς αφορά εν γένει τρόφιμα και είδη βασικής υλικής συνδρομής συνδυαστικά. Με τις απόψεις τη, δε, η αναθέτουσα αρχή αναφερόμενη στον τρόπο υλοποίησης, ο οποίος περιγράφεται καταρχήν στο Παράρτημα Ι (φυσικό αντικείμενο) επισημαίνει ότι είναι απαιτητικός, εκτείνεται σε μεγάλη έκταση, και χρήζει, ενδεχομένως, αναπροσαρμογής ως προς τις παραδόσεις απαιτώντας ανάδοχο με εξαιρετικές ικανότητες, μέσα και εμπειρία για την προσήκουσα εκτέλεση. Επίσης, μεταξύ άλλων, η δυνατότητα συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων υπογραμμίζεται από την δυνατότητα συμπράξεων με σκοπό την σωρευτική κάλυψη των τιθέμενων προδιαγραφών. Επομένως, δεν προκύπτει ότι ο τιθέμενος όρος δεν είναι πρόσφορος για την υπό εξέταση σύμβαση κι επομένως, ο πρώτος λόγος κρίνεται απορριπτέος.

25. Επειδή, όπως έχει κριθεί, κατά το στάδιο που προηγείται της συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, ο ενδιαφερόμενος να του ανατεθεί η σύμβαση ο οποίος δεν μετέσχε στον διαγωνισμό, διατηρεί το έννομο συμφέρον του τόσο για την άσκηση των προβλεπόμενων ενδίκων βοηθημάτων παροχής προσωρινής προστασίας (ήτοι αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010 -και του προϊσχύοντος 2522/1997- ή, ήδη, αναστολή εκτελέσεως του ν. 4412/2016) όσο και για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως κατά της διακήρυξεως, μόνον εφόσον προβάλλει ότι η διακήρυξη αυτή περιλαμβάνει όρο που, κατά τους ισχυρισμούς του, αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή ότι την υποβολή εκ μέρους του προσφοράς, έστω με επιφύλαξη, κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή ορισμένες προβαλλόμενες πλημμέλειες της διακήρυξης (βλ. ΣΤΕ 4606/2012, 1987/2011, πρβλ. επίσης ΣΤΕ 4039,1650/2009, 2982/2008, επίσης Δ.Ε.Κ. απόφαση της 12.2.2004, C-230/02, Grossmann Air Service, Συλλογή 2004, σ. I - 1829, σκέψεις 39 και 40, ΕΑ 86/2018, 717, 616/2012 182/2011, 1291, 1148/2009 κ.ά.).

26. Επειδή, έχει κριθεί ότι απαραδέκτως αιτείται προσφεύγων την ακύρωση όρων σύμβασης που ενσωματώνονται στη διακήρυξη, επειδή βάλλει κατά διατάξεων που αφορούν στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης και συνεπώς δεν βάλονται διατάξεις που αποκλείουν ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό και ως εκ τούτου δεν προκύπτει ζημία ή βλάβη της προσφεύγουσας (ΣΤΕ (ΑΣΦ) 114/2007 και 113/2008, ΔεφΑθ 708/2012). Επομένως, καταρχήν απαραδέκτως προσβάλλει η προσφεύγουσα όρο που αφορά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, εφόσον μάλιστα δεν καταδεικνύει κατά τρόπο σαφή πως επηρεάζει ο συγκεκριμένος όρος τη συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία, καθιστώντας την έστω ουσιωδώς δυσχερή.

27. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα προσβάλλει την δυναμική υποχρέωση διάθεσης 6 σημείων αποθήκευσης των προς διανομή προϊόντων . Ωστόσο, καταρχήν, αν και αρχικώς επικαλείται αδυναμία υποβολής προσφοράς λόγω των προσβαλλόμενων όρων, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο όρος την εμποδίζει να υποβάλει άρτια προσφορά ενώ εκτινάσσει την οικονομική προσφορά, ειδικά για την ίδια που

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

δεν είναι εγκατεστημένη στην Μακεδονία κατά τρόπο μη αναλογικό με την υπό ανάθεση σύμβαση. Ωστόσο, δεν αναφέρει υπό ποια έννοια καθίσταται λόγω του επίμαχου όρου δυσχερής η εκ μέρους της υποβολή άρτιας προσφοράς, μην τεκμηριώνοντας επαρκώς το έννομο συμφέρον της. Ειδικότερα, ως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή με σχετική διευκρίνιση, η οποία έχει ενταχθεί στο οικείο κανονιστικό πλαίσιο, έχει καταστεί σαφές ότι αρκεί η συμφωνία (προσύμφωνο) με ιδιοκτήτες των επίμαχων χώρων, που προορίζονται για αποθήκες για την δυναμική αξιοποίησή τους από την προσφεύγουσα βάσει ειδικότερης συμφωνίας εφόσον απαιτηθεί από την αναθέτουσα. Ωστόσο, σε κάθε περίπτωση, δεν απαιτείται στο παρόν στάδιο υπέρμετρη δέσμευση πόρων από την πλευρά της προσφεύγουσας, καθώς αρκεί απλώς η προσκόμιση μαζί με τα απαραίτητα στοιχεία και λοιπά έγγραφα προσυμφώνου με ιδιοκτήτη πρόσφορου χώρου, το οποίο δύναται να μετατραπεί σε συμφωνητικό μίσθωσης σε περίπτωση ανάληψης της σύμβασης κι επομένως, δεν προκύπτει εξ αυτού του λόγου –ασύμμετρος τουλάχιστον προς το προστατευόμενο δημόσιο συμφέρον –περιορισμός του ανταγωνισμού (απόφαση 7μ ΕΣ 286/2017, Δημήτριος Πυργάκης, «Κριτήρια επιλογής σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε Ε.Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, εκδ. ΝΒ, 2019, σελ. 283 επ.). Εξάλλου, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται δυσκολία στην ανεύρεση του απαιτούμενου χώρου και κατάρτιση του συγκεκριμένου προσυμφώνου, ούτε στην υποβολή πλήρους φακέλου λόγω ελλιπούς οργανωτικής δομής, καθόσον συνιστά οικονομικό φορέα που συμμετέχει σε διαγωνιστικές διαδικασίες. Περαιτέρω, όλως επικουρικώς, η – έστω και δυναμική – αναγκαιότητα χρήσης των επίμαχων αποθηκών, για τον προσδιορισμό των οποίων δεν εισάγεται χιλιομετρικός περιορισμός (βλ. ΔεφΑΘ 150/2019), παρίσταται βάσιμη με τα δεδομένα πολυπλοκότητας εκτέλεσης της σύμβασης σε σχέση με τα ευπαθή τρόφιμα προς διανομή αλλά και την μεγάλη σε έκταση Περιφέρεια που δέον είναι να καλυφθεί και δη σε πολύ σύντομους χρόνους παράδοσης, επιστροφών και ανασυσκευασίας εν καιρώ που ακόμη δεν απαλειφθεί η πανδημία Covid- 19 (βλ. ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

1668/2020). Επομένως, κατά αυτό το σκέλος, ο δεύτερος προβαλλόμενος λόγος κρίνεται απορριπτέος.

28. Επειδή, ωστόσο, στο βαθμό που αναφέρεται ως προϋπόθεση η ύπαρξη χώρου αδειοδοτημένου για ξηρά τρόφιμα, τα οποία δεν εντάσσονται στο υπό προμήθεια αντικείμενο σύμβασης και ανεξαρτήτως αν στο παρόντα χρόνο οι προϋποθέσεις αδειοδότησης είναι ίδιες ως αναφέρει – χωρίς να το αποδεικνύει – η αναθέτουσα αρχή, ο συγκεκριμένος όρος παρίσταται ασύνδετος με την συγκεκριμένη προμήθεια και ως εκ τούτου απρόσφορος. Επομένως, ο συγκεκριμένος όρος κρίνεται βάσιμος

29 Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

30. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

31.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ύψους δεκαπέντε χιλιάδων (15.000,00) ευρώ πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν.4412/2016, άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη Διακήρυξη όσον αφορά τον επιμέρους όρο της διακήρυξης περί πλήρωσης των προϋποθέσεων για αποθήκευση ξηρών τροφίμων στους 6 αποθηκευτικούς χώρους που αναφέρονται στην Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων του Παραρτήματος II.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ύψους δεκαπέντε χιλιάδων (15.000,00) ευρώ στην προσφεύγουσα

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 18^η Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε την 8^η Ιουλίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1201/2021

**Ο Πρόεδρος
Μιχαήλ Οικονόμου**

**Η Γραμματέας
Παναγιώτα Καλαντζή**