

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 05 Νοεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρήστος Σώκος, Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.09.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/1217/07.10.2019 της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...».

Κατά του Νομικού Προσώπου Δημοσίου Δικαίου με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣ ...» [εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»] και

Της από 09.10.2019 παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η Απόφαση 159/2019 της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής [εφεξής ΟΕ] κατά το μέρος που, κατ' έγκριση των ΠΡΑΚΤΙΚΩΝ 1-4 που συνέταξε η Επιτροπή Διεξαγωγής του δημόσιου Διαγωνισμού «Προμήθεια τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του “ΔΗΜΟΥ ...” και του ΝΠΔΔ “...” του “ΔΗΜΟΥ ...”» (Διακήρυξη .../.../19.07.2019), έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης κατά το μέρος που έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος συγκεκριμένων ΟΜΑΔΩΝ του Διαγωνισμού, προβάλλοντας επιπρόσθετους λόγους ακύρωσης οι οποίοι θα έπρεπε να είχαν οδηγήσει την ως άνω Επιτροπή, αντιθέτως, στην απόρριψη της Προσφοράς της προσφεύγουσας.

Η εξέταση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το υπ' αριθμ. ... ηλεκτρονικό/e-παράβολο ποσού εξακοσίων ευρώ (€600) υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1-2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1-2 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64) [εφεξής ο Κανονισμός], με βάση τα ΤΜΗΜΑΤΑ του Διαγωνισμού για τα οποία ασκείται αυτή (βλ. επόμενες σκέψεις).

2. Επειδή, κατόπιν της Απόφασης ΟΕ 113/2019 του «ΔΗΜΟΥ ...» με την οποία εγκρίθηκαν αμφότερες οι Μελέτες 22/2019 της Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών και 111/2019 της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών, και καταρτίστηκαν οι όροι του ανοιχτού Διαγωνισμού με αντικείμενο την «Προμήθεια τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του “ΔΗΜΟΥ ...” και του ΝΠΔΔ “...” του “ΔΗΜΟΥ ...”», μέσω δημόσιας διαδικασίας διεπόμενης από τον Ν. 4412/2016 ΒΙΒΛΙΟ Ι (άρθρα 1-221) και με τη χρήση της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ (Α/Α ...), δημοσιεύτηκε προς τούτο η Διακήρυξη .../.../19.07.2019 από τον εκεί Δήμαρχο συνοδευόμενη αναποσπαστώς με τα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ της Α-Ε (άρθρο 1.2. σελ. 5). Ο ενιαίος Διαγωνισμός αυτός, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης €219.529,04 άνευ ΦΠΑ (13% + 24%) €29.540,76 (και συμπεριλαμβανομένου αυτού €249.069,80), με αρχική διάρκεια 1 έτους και με δυνατότητα χρονικής παράτασης μέχρι εξαντλήσεως του ποσού του προϋπολογισμού, υποδιαιρέθηκε σύμφωνα με το άρθρο 59 του Ν. 4412/2016 στα ΤΜΗΜΑΤΑ 1: «Βρεφονηπιακοί Σταθμοί Δημοτικής Ενότητας ...», 2: «Βρεφονηπιακός Σταθμός Δημοτικής Ενότητας ...», 3: «Κοινωνικό Παντοπωλείο Δήμου ...» και 4: «Φρέσκο γάλα για τους δικαιούχους υπαλλήλους», ορίστηκε δε πως προσφορές μπορούν να υποβληθούν είτε για μία ΟΜΑΔΑ, είτε για περισσότερες ΟΜΑΔΕΣ, είτε για το σύνολο της προμήθειας, αλλά για το σύνολο των ζητούμενων ποσοτήτων κάθε ΟΜΑΔΑΣ (ο

Αριθμός απόφασης: 1249/2019

προϋπολογισμός κάθε ΟΜΑΔΑΣ περιγράφεται αναλυτικά σε αμφότερες τις ως άνω Μελέτες 22/2019 και 111/2019 όπως έχουν τεθεί αντιστοίχως ως ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ Α και Β επί της Διακήρυξης) (άρθρο 1.3. σελ. 5-7). Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των ηλεκτρονικών προσφορών ορίστηκε η 06.08.2019 και ημερομηνία ανοίγματος-αποσφράγισης των (υπο)φακέλων «Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών» η 13.08.2019 (άρθρα 1.5. σελ. 12-13 και 3.1. σελ. 38). Η αναθέτουσα αρχή προέβη στη Διευκρίνιση 13966/31.07.2019 την οποία ανήρτησε αυθημερόν στο ΕΣΗΔΗΣ (άρθρο 2.1.3. σελ. 15). Από τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει πως η επίμαχη Διακήρυξη, μαζί με τις περιλαμβανόμενες σε αυτή ως άνω τεχνικές προδιαγραφές, δεν προσβλήθηκε σε προδικαστικό (άρθρα 345επ. Ν. 4412/2016 και 3επ. Κανονισμού) ή, πολύ περισσότερο, σε δικαστικό επίπεδο (άρθρο 372 Ν. 4412/2016) και, επί τη βάση του απρόσβλητου αυτού, διεξήχθη η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία.

3. Επειδή, από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου της υπόθεσης, συγκεκριμένα τα από 13.08.2019, 02.09.2019, 10.09.2019 και 10.09.2019 ΠΡΑΚΤΙΚΑ 1-4 που συντάξε η ορισθείσα, με την Απόφαση ΟΕ 2/2019, Επιτροπή Διαγωνισμού προκύπτει πως, ανάμεσα σε άλλες προμηθεύτριες εταιρείες, συμμετείχαν: Α] η προσφεύγουσα ατομική επιχείρηση «...» με την από 06.08.2019 Προσφορά 146008 για τα ΤΜΗΜΑΤΑ / ΟΜΑΔΕΣ 1) Α1, Β1, Γ1, Ζ1· 2) Α2, Β2, Γ2, Ζ2· 3) Ζ3 και 4) Α4 Β] η παρεμβαίνουσα «ΛΑΚΡΕ ΑΕ» με την από 06.08.2019 Προσφορά 147093 για τα ΤΜΗΜΑΤΑ / ΟΜΑΔΕΣ Α1, Β1, Γ1, Ε1, Ζ1 Α2, Β2, Γ2, Ε2, Ζ2, Ε3, Ζ3 και Α4, καταλήγοντας στην ανακήρυξη ως προσωρινών αναδόχων μεταξύ τους: 1) Για μεν το ΤΜΗΜΑ 1: «Παιδικοί Σταθμοί Δημοτικής Ενότητας ...» ΟΜΑΔΑ Α1: ΦΡΕΣΚΟ ΓΑΛΑ «...» Β1: ΕΙΔΗ ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ «...» Γ1: ΓΑΛΑΚΤΟΚΟΜΙΚΑ ΕΙΔΗ «...» ... Ζ1: ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ «...» 2) Για το ΤΜΗΜΑ 2: «Παιδικοί Σταθμοί Δημοτικής Ενότητας ...» ΟΜΑΔΑ Α2: ΦΡΕΣΚΟ ΓΑΛΑ Β2: ΕΙΔΗ ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ «...» ΟΜΑΔΑ Γ2: ΓΑΛΑΚΤΟΚΟΜΙΚΑ ΕΙΔΗ «...» ... Ζ2: ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ «...» 3) Για το ΤΜΗΜΑ 4 «Φρέσκο γάλα για τους δικαιούχους υπαλλήλους» Α4:

ΓΑΛΑ Η γνωμοδότηση αυτή επικυρώθηκε ομόφωνα όπως προκύπτει από την Απόφαση ΟΕ 159/2019 εκ του αποσπάσματος Πρακτικού της από 16.09.2019 τακτικής Συνεδρίασής της.

4. Επειδή, κατά της τελευταίας Απόφασης ΟΕ, στράφηκε η αιτούσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 27.09.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της την οποία συνοδεύει μετά των, άνευ αριθμησης, 12 ηλεκτρονικών αρχείων. Συγκεκριμένα, με τον 1ο λόγο ακύρωσης όπως αναπτύσσεται στο κείμενό της (σελ. 9-11) επικαλείται η αιτούσα «(α) Παράβαση νόμου – παράβαση όρων της Διακήρυξης – μη νόμιμη εγγυητική επιστολή», με τον δε 2ο (σελ. 11-16) «Παράβαση νόμου – παράβαση όρων της Διακήρυξης – μη συμμόρφωση με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης» ειδικότερα «Ανυπαρξία προσφερόμενου είδους» όσον αφορά την «(i) ΟΜΑΔΑ 1 : Z1, ΟΜΑΔΑ 2: Z2 Λιπαρή ουσία soft πλάκα για επάλειψη των 250 γρ», την «(ii) ΟΜΑΔΑ: Z1, ΟΜΑΔΑ 2: Z2 Μαργαρίνη φυτικής προέλευσης, τύπου soft, καθαρού βάρους 250γρ» και την «(iii) ΟΜΑΔΑ: Z1, ΟΜΑΔΑ 2: Z2 Ταχίνι με μέλι σε γυάλινη συσκευασία 300-400γρ.». Ήδη δε η αναθέτουσα αρχή έχει οίκοθεν προβεί σε αναστολή του Διαγωνισμού μέχρι την έκδοση οριστικής Απόφασης από τον παρόντα σχηματισμό, όπως προκύπτει από το Έγγραφο 18565/10.10.2019 που απέστειλε ο Δήμαρχος Λαυρεωτικής.

5. Επειδή, η εξεταζόμενη Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής Απόφασης η οποία αφορά δημόσιο Διαγωνισμό προμηθειών που υπάγεται, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ως προς το ρυθμιστικό του πλαίσιο στο ΒΙΒΛΙΟ Ι του Ν. 4412/2016 για τους κλασικούς τομείς (Οδηγία 2014/24/ΕΕ, ΕΕ L 94), συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης €219.529,04 άνευ ΦΠΑ, ανώτερης του ορίου που θεσπίζεται στα άρθρα 345 Ν. 4412/2016 και 1 α) Π.Δ. 39/2017 για την καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ενώ συντρέχει επιπρόσθετα η κατά χρόνο αρμοδιότητα της Αρχής όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 α) Ν. 4412/2016 αντικατασταθέν με το άρθρο

43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α΄ 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε, σύμφωνα με τα άρθρα 61 παρ. 4 και 120 παρ. 1 Ν. 4412/2016 με την καταχώριση της αντίστοιχης Προκήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, μετά τις 26.06.2017, συγκεκριμένα στις 19.07.2019 όπως αποδεικνύεται από τον ΑΔΑΜ: ... που έλαβε.

6. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή της κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά, όπως ομολογεί η ίδια (σελ. 4 Πεδίο Δ της Προσφυγής της), την 17.09.2019, ώστε η Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 27.09.2019, ήτοι εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

7. Επειδή, η αιτούσα, βάλλουσα κατά της επίμαχης Απόφασης κατά το μέρος που έκανε αποδεκτό τον (υπο)φάκελο «Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικής Προσφοράς» της παρεμβαίνουσας αναδεικνύοντάς της προσωρινή ανάδοχο για συγκεκριμένες ΟΜΑΔΕΣ των ΤΜΗΜΑΤΩΝ στα οποία υποδιαιρέθηκε ο ενιαίος Διαγωνισμός αυτός (βλ. ανωτέρω σκέψη 3), και επικαλούμενη ότι «σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην Οικονομική μου Προσφορά προσέφερα για τις ΟΜΑΔΕΣ Α1, Ζ1, Α2, Ζ2 και Α4 ποσό €52.741,14 πλέον ΦΠΑ, ήτοι τη δεύτερη χαμηλότερη προσφορά κατά σειρά πλειοδοσίας, αμέσως μετά την προσφορά της προσωρινής αναδόχου εταιρείας "...", η οποία έγινε δεκτή στην συνέχεια του Διαγωνισμού για τις ως άνω ΟΜΑΔΕΣ, προσφέροντας τίμημα, συνολικά €50.371,10 πλέον ΦΠΑ» (σελ. 8-9 της Προσφυγής), ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον [ΣτΕ (Γ΄ Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ΄ Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε΄ Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996], καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον χώρο όπου υπάγεται η επίμαχη δημόσια σύμβαση προμηθειών, συμμετείχε στον Διαγωνισμό καταθέτοντας την από 06.08.2019 Προσφορά ..., και πλέον μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης Απόφασης υφίσταται βλάβη όπως απαιτείται από τις διατάξεις

των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017, «επιδιώκοντας να αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος για το σύνολο των ΟΜΑΔΩΝ για τις οποίες έχει υποβάλει Προσφορά» [sic].

8. Επειδή, με έννομο συμφέρον μεν πλην όμως απαράδεκτα επιχειρεί να παρέμβει προς διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, η «...», δίχως να επιμεληθεί την ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ του κειμένου της «από 09.10.2019 Παρέμβασής της», κατά παράβαση των άρθρων 362 παρ. 3 Ν. 4412/2016 (με παραπομπή στο άρθρο 365 παρ. 1 όπως τροποποιήθηκε) και 7 Κανονισμού (με παραπομπή στο άρθρο 8 παρ. 3), μετά των συνημμένων, δίχως αρίθμηση, 5 ηλεκτρονικών αρχείων της [: «... .pdf» σελ. 1-2, «... .pdf» σελ. 1, «... .pdf» σελ. 1, «ΤΙΜΟΚΑΤΑΛΟΓΟΣ 2019 -pdf» σελ. 1-4 και «ΤΙΜΟΚΑΤΑΛΟΓΟΣpdf» σελ. 1-2], διότι τέτοια κατάθεση ουδέποτε έλαβε χώρα όπως προκύπτει από τη «ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ» της «ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ» του ηλεκτρονικού τόπου του αντίστοιχου Διαγωνισμού, δίχως να δίνει την ευκαιρία στο κρίνον Κλιμάκιο να εξετάσει τις αναιτιάσεις της προς ουσιαστική αντίκρουση των αποδιδόμενων, από την προσφεύγουσα, κατ' αυτής κατηγοριών. Αδιάφορο δε ότι ημερομηνία σύνταξής αυτής έχει αναγραφεί από την παρεμβαίνουσα η 09.10.2019, επικαλούμενη ότι άσκησε αυτή εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση σε αυτή της Προδικαστικής Προσφυγής της αιτούσας, η οποία έγινε από την αναθέτουσα αρχή ηλεκτρονικά την 29.09.2019. Κατά τ' άλλα δε με την Παρέμβασή της, η «...» πέρα από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης ΟΕ κατά το μέρος που συνιστά ευμενή γι' αυτή διοικητική πράξη, επιχειρεί προσθέτως να προβάλλει αντίθετους λόγους ακύρωσης κατά της αποδοχής του (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικής Προσφοράς» της προσφεύγουσας, ομοίως απαράδεκτως όμως [ΑΕΠΠ 8ο Κλιμάκιο 489/2019 σκέψη 8].

9. Επειδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη που διέπει τον κρίσιμο δημόσιο Διαγωνισμό προμηθειών αποτελώντας το κανονιστικό πλαίσιο αυτού και δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους [ΣΤΕ ΕΑ: 16-17/2011, 348/2010 και 613/2009], οριζόταν στα άρθρα: Α] 2.1.5.

«Εγγυήσεις» (σελ. 17): «Οι εγγυητικές επιστολές τ[ης] παραγράφ[ου] 2.2.2. ... περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται, δ) τον αριθμό της εγγύησης, ε) το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, στ) την πλήρη επωνυμία, τον Α.Φ.Μ. και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση (στην περίπτωση ένωσης αναγράφονται όλα τα παραπάνω για κάθε μέλος της ένωσης), ζ) τους όρους ότι: αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης, ι) την ανάληψη υποχρέωσης από τον εκδότη της εγγύησης να καταβάλει το ποσό της εγγύησης ολικά ή μερικά εντός 5 ημερών μετά από απλή έγγραφη ειδοποίηση εκείνου προς τον οποίο απευθύνεται και ια) στην περίπτωση των εγγυήσεων καλής εκτέλεσης και προκαταβολής, τον αριθμό και τον τίτλο της σχετικής σύμβασης. Υποδείγματα εγγυητικών επιστολών δίνονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Δ... Β] 2.2.2. «Εγγύηση συμμετοχής» (σελ. 18-19): «2.2.2.1. Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής... για ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 2% επί της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Συμμετέχων που υποβάλλει προσφορά για τα είδη συγκεκριμένης ΟΜΑΔΑΣ τροφίμων, προσκομίζει εγγύηση συμμετοχής που αντιστοιχεί σε 2% επί της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης (χωρίς το ΦΠΑ) της συγκεκριμένης ΟΜΑΔΑΣ ... [παρατίθενται αναλυτικά τα αντίστοιχα ποσά] ... Γ] 2.3. «Κριτήρια Ανάθεσης» (σελ. 32): «Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι: (α) για τις ΟΜΑΔΕΣ Α1 – Α2 – Α4 (φρέσκο γάλα), Γ1 – Γ2 (γαλακτοκομικά είδη), Δ1 – Δ2 (είδη αρτοποιείου), Ζ1 – Ζ2 – Ζ3 (είδη παντοπωλείου), η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) για το σύνολο των ειδών της κάθε ΟΜΑΔΑΣ, στις

τιμές της Μελέτης. (β) για τις ΟΜΑΔΕΣ Β1 – Β2 (είδη ιχθυοπωλείου), Ε1 – Ε2 – Ε3 (είδη κρεοπωλείου), ΣΤ1 – ΣΤ2 (είδη οπωροπωλείου), το μεγαλύτερο ενιαίο ποσοστό έκπτωσης, σε ακέραιες μονάδες, % στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσης, όπως αυτή προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο δελτίο πιστοποίησης τιμών της υπηρεσίας εμπορίου της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ..., σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 13 του Ν. 3438/2006». Δ] 2.4.3 «Περιεχόμενα Φακέλου “Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά”» (σελ. 34-35): «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) Το ΤΕΥΔ, όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.9.1. της παρούσας Διακήρυξης... β) εγγύηση συμμετοχής, σύμφωνα με το άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 της παρούσας Διακήρυξης... Ε] 2.4.6. «Λόγοι απόρριψης προσφορών» (σελ. 37): «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης ... θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσας διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης. ΣΤ] 3.1. «Αποσφράγιση και αξιολόγηση

προσφορών» (σελ. 38): «... Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016». Ζ] ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α «ΜΕΛΕΤΗ 22/2019 – Ενδεικτικός Προϋπολογισμός» (σελ. 9 και 12): «ΟΜΑΔΑ Ζ1: ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ: 1. Λιπαρή ουσία soft πλάκα για επάλειψη των 250γρ. (Κωδικός CPV: ...) 2. Μαργαρίνη φυτικής προέλευσης, τύπου soft, καθαρού βάρους 250γρ. (Κωδικός CPV: ...) ... 55. Ταχίни με μέλι σε γυάλινη συσκευασία 300 – 400γρ. (Κωδικός CPV: ...)»· (σελ. 15 και 18): «ΟΜΑΔΑ Ζ2: ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ: 1. Λιπαρή ουσία soft πλάκα για επάλειψη των 250γρ. (Κωδικός CPV: ...) 2. Μαργαρίνη φυτικής προέλευσης, τύπου soft, καθαρού βάρους 250γρ. (Κωδικός CPV: ...) ... 56. Ταχίни με μέλι σε γυάλινη συσκευασία 300 – 400γρ. (Κωδικός CPV: ...)».

10. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν [ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.], όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης, μεταξύ των οποίων και αυτές που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων [ΕΣ VI Τμήμα Πράξη 10/2018 σκέψη III], οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού [ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ], αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους.

11. Περαιτέρω, ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας

κρίσιμης για την επιχειρηματική συμμετοχή του σε αυτόν, ώστε να μην είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου από τη σε εξέλιξη διαδικασία, για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα [ΣΤΕ 53, 18, 19/2011, 3703/2010, 1329,1616, 1619/2008]. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

12. Η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προσφέροντες να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις και όχι να αναπληρώσουν το πρώτον μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά [ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/2009, 738/2009, 180/2009, 567/2008, 3075/2008, 307/2007, 929/2005 σκέψη 5, ΣΤΕ 963/2000, 2854/1997, ΕΑ 849 και 787/2005· βλ. και ΔΕφΘεσ 99/2017 σκέψη 14, ΔΕφΑθ 271/2011, ΑΕΠΠ 489/2019 σκέψη 18], ειδικότερα έχει γίνει δεκτό ότι η εκκίνηση της διαδικασίας παροχής διευκρινίσεων νοείται αποκλειστικά και μόνο όταν γεννάται αμφιβολία ως προς το περιεχόμενο της προσφοράς και όχι όταν αυτό είναι σαφές, δοθέντος ότι στην περίπτωση αυτή θα επρόκειτο για αθέμιτη τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς των διαγωνιζομένων [ΣΤΕ 90/2010 σκέψη 6].

13. Περαιτέρω, η απόκλιση προσφοράς υποψηφίου από απαράβατους όρους της Διακήρυξης, όπως είναι οι τεχνικές προδιαγραφές που θεωρούνται στο σύνολό τους ως όροι απαράβατοι (ΣΤΕ ΕΑ 61/2011 σκέψη 6), συνεπάγεται αυτομάτως τον αποκλεισμό του υποψηφίου κατ' ενάσκηση δέσμιας αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής (ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009 σκέψη 5), καθώς δεν επιτρέπεται η συμπλήρωσή τους με την παροχή διευκρινίσεων κατ' άρθρα 102 και 310 του Ν. 4412/2016 [ΑΕΠΠ 1/2018 σκέψη 31, 20/2018 κ.ά.]. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, η κλήση από την αναθέτουσα αρχή για παροχή διευκρινίσεων είναι ανεπίτρεπτη, όταν με αυτή δεν επέρχεται συμπλήρωση νομίμως κατ'

αρχήν υποβληθέντων στοιχείων, αλλά τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς διαγωνιζομένου [ΔΕφΘεσ 99/2017 σκέψη 14 κ.ά.].

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε, με το έγγραφό της 18215/07.10.2019, στο κρίνον Κλιμάκιο τον ηλεκτρονικό διοικητικό φάκελο της υπόθεσης, μετά της Έκθεσης Απόψεων .../07.10.2019 όπως αυτή αναρτήθηκε αυθημερόν στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού, στην οποία αιτείται την απόρριψη της Προσφυγής για τον 1ο λόγο ακύρωσης, παραδεχόμενη δε τη βασιμότητα του 2ου λόγου ακύρωσης.

15. Επειδή, για την επίλυση της υπό κρίση διαφοράς κρίσιμες διατάξεις εκ του Ν. 4412/2016 αποτελούν τα άρθρα 18, 54, 61, 79, 86, 91 παρ. 1 α)-β), 94, 102, 345επ., το κείμενο των οποίων παραλείπεται για λόγους συνοπτικότητας της παρούσας.

16. Επειδή, με τον 1ο λόγο ακύρωσης της προσβαλλόμενης Απόφασης ΟΕ υποστηρίζεται από την αιτούσα ότι (σελ. 9-11): «... η “...” δεν ανέφερε στην εγγυητική της επιστολή τα τμήματα του Διαγωνισμού για τα οποία υπέβαλε Προσφορά, αλλά αναφέρει το συνολικό ποσό για όλα τα ΤΜΗΜΑΤΑ. Με αυτό το περιεχόμενο, η εγγυητική επιστολή της ... είναι μη νόμιμη, λόγω μη συμμόρφωσης με τους όρους της Διακήρυξης. Αυτό έκρινε και το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με την υπ’ αρ. .../2013 απόφαση του Τμήματος Αναστολών, η οποία επισυνάπτεται στην παρούσα, απορρίπτοντας ως μη νόμιμη, την προσφορά εταιρείας, η οποία δεν ανέφερε στην εγγυητική της επιστολή τα τμήματα (ζώνες) του έργου για το οποίο υπέβαλε προσφορά...».

17. Επειδή, από τη μελέτη των στοιχείων του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα εξής: Κατά την κατάστρωση του κανονιστικού κειμένου της Διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή ενσωμάτωσε τις επίμαχες διατάξεις του άρθρου 72 Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε, στο άρθρο 2.1.5. αυτής ορίζοντας το κατ’ ελάχιστο περιεχόμενο των αναγκαίων στοιχείων κάθε προσκομιζόμενης εγγυητικής επιστολής, περαιτέρω δε, όπως ορθά επισημαίνει στην ανωτέρω Έκθεση Απόψεων που απέστειλε η

αναθέτουσα αρχή (σελ. 2-3), ναι μεν «προς διευκόλυνση των συμμετεχόντων στον παρόντα Διαγωνισμό» αποφάσισε να ενσωματώσει ως ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Δ «Υπόδειγμα Εγγυητικών Επιστολών» τόσο «Συμμετοχής» όσο και «Καλής εκτέλεσης» όπως αυτά καταρτίστηκαν σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 12 της ΕΑΑΔΗΣΥ (Απόφαση 290/2015), πλην όμως ουδόλως έθεσε στο επίμαχο άρθρο 2.1.5. «την επί ποινή αποκλεισμού κύρωση» σε περίπτωση που οι εγγυητικές επιστολές που κατέθεταν οι διαγωνιζόμενοι διαπιστώνονταν πως δεν είχαν συνταχθεί σύμφωνα με το συνημμένο Υπόδειγμα του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ αυτού (συνεπώς, επί αντίθετης περίπτωσης έκρινε η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα ΔΕφΑθ (ασφ.) 641/2013 όπως προκύπτει σαφώς από τη σκέψη 11 αυτής, βλ. αναφορά στο κείμενό της σε «υποχρεωτικά και επί ποινή αποκλεισμού»). Στην εδώ περίπτωση από την επισκόπηση του αντίστοιχου ηλεκτρονικού αρχείου όπως έχει αναρτηθεί ως στοιχείο του (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικής Προσφοράς» της παρεμβαίνουσας, προκύπτει πως έχει επισυνάψει την, περιλαμβάνουσα τα κατά την ως άνω νομοθετική διάταξη στοιχεία, Εγγυητική Επιστολή .../06.08.2019 από τοπικό υποκατάστημα (της περιοχής της εταιρικής έδρας της) ιδιωτικής τράπεζας ποσού €3.927 με σκοπό έκδοσής της «τη συμμετοχή της στο Διαγωνισμό της 06.08.2019 σύμφωνα με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη με Α/Σ ... για την ανάδειξη αναδόχου για την ανάδειξη της σύμβασης “Προμήθεια τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του «ΔΗΜΟΥ ...» και του ΝΠΔΔ «...» του «ΔΗΜΟΥ ...»» χωρίς να αναφέρει επί του σώματός της, παρά τον ορθό υπολογισμό του ποσού της εγγύησης, «τα ΤΜΗΜΑΤΑ για τα οποία συμμετέχει στο Διαγωνισμό» (όπως η εγκυρότητα της Επιστολής αυτής διαπιστώθηκε κατά τα άλλα από την Επιτροπή Διαγωνισμού μετά από επικοινωνία της με την εκδότρια (βλ. το έγγραφο της 14939/14.08.2019). Πλην όμως από την επισκόπηση των λοιπών στοιχείων που συναποτελούν τον ηλεκτρονικό φάκελο της Προσφοράς της, συγκεκριμένα από το «ΤΕΥΔ», την «Τεχνική προσφορά» και την «Υπεύθυνη Δήλωση», καμία αμφιβολία δε γεννάται για τα «Τμήματα του Διαγωνισμού για τα οποία συμμετείχε η παρεμβαίνουσα», ήτοι όσα αναφέρονται ανωτέρω (βλ. σκέψη 3). Πράγματι, από

τη διοικητική νομολογία της ΑΕΠΠ επί του τιθέμενου νομικού ζητήματος προκύπτει πως, σε περιπτώσιολογική βάση, λαμβανομένου υπόψη πως οι ιδιωτικοί φορείς χορηγούν τις ζητηθείσες εγγυητικές επιστολές με βάση προδιατυπωμένα έντυπα που έχουν καταρτίσει οι ίδιες, η Αρχή έχει κατασταλάξει [ενδεικτικά βλ. ΑΕΠΠ (8ο Κλιμάκιο) 843/2019, (2ο Κλιμάκιο) 202/2017 και (3ο Κλιμάκιο) 102/2017], πως οι αποκλίσεις αυτές δε συνιστούν ουσιώδεις πλημμέλειες της εγγυητικής επιστολής οι οποίες δύνανται να τη συμπαρασύρουν σε ακυρότητα, καθώς η παράλειψη αυτή δεν κωλύει την είσπραξη του ποσού της εγγύησης από την αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση που συντρέξουν οι κατάλληλες προϋποθέσεις [ΕΣ Πράξη 222/2012 VII Τμήματος], σε κάθε περίπτωση δε, σύμφωνα με τα κριθέντα από την Αρχή, η διαπιστωθείσα παράλειψη επιδέχεται, σύμφωνα με το άρθρο 102 Ν. 4412/2016 και 3.1. της Διακήρυξης, «διόρθωση ή συμπλήρωση» [ΑΕΠΠ 8ο Κλιμάκιο 843/2018 σκέψη 18, 4ο Κλιμάκιο 673/2019 σκέψη 17, 778/2018 σκέψη 18], διαδικασία η οποία θα μπορούσε να ενεργοποιηθεί από την αναθέτουσα αρχή. Πράγματι, όπως παγίως έχει κρίνει η Αρχή με τις ως άνω Αποφάσεις της, η περί του αντιθέτου νομική εκδοχή περί υποχρέωσης απόρριψης της Προσφοράς της παρεμβαίνουσας εν προκειμένω, την οποία υποστηρίζει η προσφεύγουσα, θα αποτελούσε αφόρητη τυπολατρία και αδικαιολόγητη εμμονή σε νομικά ανορθόδοξη ερμηνεία της Διακήρυξης, χωρίς όμως να συνάγεται αβίαστα ποια είναι τα προστατευτέα δικαιώματα που σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας θα καλούνταν να προασπίσει η αναθέτουσα αρχή καταφεύγοντας σε μία τέτοια κατεύθυνση η οποία αποβαίνει, όχι προς υπεράσπιση αλλά, προς ζημία του δημοσίου συμφέροντος.

18. Επειδή, περαιτέρω, με τον 2ο λόγο ακύρωσης διατείνεται η προσφεύγουσα επί λέξει πως (σελ. 11-16): « i) ΟΜΑΔΑ 1 : Z1, ΟΜΑΔΑ 2: Z2 ΛΙΠΑΡΗ ΟΥΣΙΑ SOFT ΠΛΑΚΑ ΓΙΑ ΕΠΑΛΕΙΨΗ ΤΩΝ 250γρ.: Στην Τεχνική Προσφορά της, η “...” δηλώνει ότι προς πλήρωση της απαίτησης της Διακήρυξης και της Τεχνικής Μελέτης .../2019 για το είδος της ΟΜΑΔΑΣ 1: Z1 και της ΟΜΑΔΑΣ 2: Z2 «λιπαρή ουσία soft πλάκα για επάλειψη των 250 γρ.» θα

προσφέρει το είδος με την εμπορική επωνυμία “...” της εταιρείας “...”. Ωστόσο, το εν λόγω προϊόν δεν υφίσταται και δεν συνεπώς κυκλοφορεί στην αγορά. Ειδικότερα, σύμφωνα με το από 24.09.2019 email της εταιρείας “...” που απεστάλη σε απάντηση του από ίδιας ημερομηνίας email της εταιρείας μας, το εν λόγω είδος δεν παράγεται, ούτε αποτελεί αντικείμενο εμπορίας και προμήθειας της εταιρείας “...”. Το μοναδικό είδος που εμπορεύεται η ως άνω εταιρεία είναι το είδος “...”, το οποίο δεν πληροί τους όρους της Διακήρυξης και της Τεχνικής Μελέτης, ως “λιπαρή ουσία soft πλάκα για επάλειψη των 250 γρ.” ούτε ως σύσταση ούτε βάσει συσκευασίας... Εν προκειμένω, η “...” δηλώνει αναληθώς ότι θα προμηθεύσει ένα είδος που δεν υπάρχει στην αγορά ούτε αποτελεί αντικείμενο εμπορίας της εταιρείας που δηλώνει “...”. Ταυτοχρόνως, η προσφορά ανύπαρκτου προϊόντος, καθιστά την Προσφορά της ως άνω εταιρείας ανεπίδεκτη εκτιμήσεως σε σχέση με προσφορές άλλων οικονομικών φορέων που προσφέρουν τιμή επί τη βάσει πραγματικά διαμορφωμένων τιμών αγοράς...»· «ΟΜΑΔΑ: Z1, ΟΜΑΔΑ 2: Z2 ΜΑΡΓΑΡΙΝΗ ΦΥΤΙΚΗΣ ΠΡΟΕΛΕΥΣΗΣ, ΤΥΠΟΥ SOFT, ΚΑΘΑΡΟΥ ΒΑΡΟΥΣ 250γρ.: Ομοίως, με τα ανωτέρω ..., η “...” δηλώνει στην Τεχνική της προσφορά ότι θα προμηθεύσει την Αναθέτουσα Αρχή σε σχέση με το ζητούμενο από τις ΟΜΑΔΕΣ Z1 και Z2 είδος «Μαργαρίνη φυτικής προέλευσης, τύπου soft, καθαρού βάρους 250γρ.», με προϊόν με την εμπορική ή επωνυμία “...” της εταιρείας “...”. Ωστόσο, το εν λόγω προϊόν δεν υφίσταται και δεν συνεπώς κυκλοφορεί στην αγορά. Ειδικότερα, σύμφωνα με το από 24.09.2019 email της εταιρείας “...” που απεστάλη σε απάντηση του από ίδιας ημερομηνίας email της εταιρείας μας, το εν λόγω είδος δεν παράγεται, ούτε αποτελεί αντικείμενο εμπορίας και προμήθειας της εταιρείας “...”. Το μοναδικό είδος που εμπορεύεται η ως άνω εταιρεία είναι το είδος “...”, το οποίο δεν πληροί τους όρους της Διακήρυξης και της Τεχνικής Μελέτης, καθ’ ότι η προσφερόμενη από την “...” συσκευασία είναι 200γρ. ενώ σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού, όπως αποτυπώνεται στην Τεχνική Μελέτη ζητείται συσκευασία 250γρ. ... Εν προκειμένω, η “...” δηλώνει αναληθώς ότι θα προμηθεύσει ένα είδος που δεν υπάρχει στην αγορά ούτε αποτελεί αντικείμενο εμπορίας της εταιρείας που δηλώνει... Ταυτοχρόνως,

η Προσφορά προϊόντος μικρότερης συσκευασίας, καθιστά την Προσφορά της ως άνω εταιρείας ανεπίδεκτη εκτιμήσεως σε σχέση με προσφορές άλλων οικονομικών φορέων που προσφέρουν τιμή επί της μεγαλύτερης συσκευασίας...» ·«(III) ΟΜΑΔΑ: Ζ1, ΟΜΑΔΑ 2: Ζ2 ΤΑΧΙΝΙ ΜΕ ΜΕΛΙ ΣΕ ΓΥΑΛΙΝΗ ΣΥΣΚΕΥΑΣΙΑ 300-400ΓΡ.: Περαιτέρω, η “...” δηλώνει στην Τεχνική της Προσφορά ότι θα προμηθεύσει την εταιρεία σε σχέση με το ζητούμενο από τις ΟΜΑΔΕΣ Ζ1 και Ζ2 είδος “Ταχίνι με μέλι σε γυάλινη συσκευασία 300-400γρ”, με το προϊόν με την εμπορική ονομασία “...” της εταιρείας “...”. Ειδικότερα, σύμφωνα με το από 27.09.2019 email της εταιρείας “...” που απεστάλη σε απάντηση του από ίδιας ημερομηνίας email της εταιρείας μας, το εν λόγω είδος δεν παράγεται, ούτε αποτελεί αντικείμενο εμπορίας και προμήθειας της εταιρείας “...”. Επομένως, το εν λόγω προϊόν δεν υφίσταται και συνεπώς δεν κυκλοφορεί στην αγορά... Εν προκειμένω, η ... δηλώνει αναληθώς ότι θα προμηθεύσει ένα είδος που δεν υπάρχει στην αγορά ούτε αποτελεί αντικείμενο εμπορίας της εταιρείας που δηλώνει “...”. Συγκεκριμένα, η εν λόγω εταιρεία παράγει απλό ταχίνι ή ταχίνι ολικής αλέσεως, όχι ταχίνι με μέλι, τα οποία διατίθενται σε πλαστικές συσκευασίες βάζο ή δοχείο 350γρ και 800 γρ. αντίστοιχα και όχι σε γυάλινη συσκευασία, όπως ζητείται ρητώς από τη Διακήρυξη και την Τεχνική Μελέτη του Διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, η Προσφορά της ως άνω εταιρείας είναι ανεπίδεκτη εκτιμήσεως σε σχέση με προσφορές άλλων οικονομικών φορέων που προσφέρουν τιμή επί της υπαρκτής συσκευασίας. Τα ανωτέρω έγιναν δεκτά με την υπ’ αρ. 152/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα Αναστολών) (επισυνάπτεται στην παρούσα), η οποία έκρινε ότι θα πρέπει να απορριφθούν οι προσφορές 3 εταιρειών, καθ’ ότι τα προσφερόμενα είδη, δεν συμμορφώνονται με τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών της προμήθειας (είτε λόγω διαφορετικής συσκευασίας από τη ζητούμενη, είτε λόγω ελλείψεως κάποιου εκ των απαιτούμενων από τη διακήρυξη χαρακτηριστικών π.χ. τυρί ΠΟΠ, αντί για απλό τυρί (πρβλ. και ΣΤΕ 2723/2018))...».

19. Επειδή, από τη μελέτη της από 05.08.2019 Τεχνικής Προσφοράς της «...» προκύπτει ότι η προσφέρουσα δεσμεύεται να προμηθεύσει, όσον αφορά τα ως άνω «αμφισβητούμενα» 3 προϊόντα, α) «λιπαρή ουσία soft πλάκα για επάλειψη 250γρ.», β) «μαργαρίνη φυτικής προέλευσης, τύπου soft, καθαρού βάρους 250γρ.» και γ) «ταχίνι με μέλι σε γυάλινη συσκευασία 300-400γρ.», συγκεκριμένα αναφέρεται στην Προσφορά: «Σχετικά με τον ηλεκτρονικό διαγωνισμό “ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΥΨΗ ΤΩΝ ΑΝΑΓΚΩΝ ΤΟΥ «ΔΗΜΟΥ ...» ΚΑΙ ΤΟΥ ΝΠΔΔ «...» ΔΗΜΟΥ ...” και με Αριθμό Διακήρυξης ..., σας δίνουμε τις παρακάτω τεχνικές προδιαγραφές:..... ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ: 1) Λιπαρή ουσία soft πλάκα για επάλειψη των 250γρ. με ¼ βούτυρο και 40% λιγότερα κορεσμένα λιπαρά από το βούτυρο αγελάδος, η οποία συντηρείται στο ψυγείο, σε ειδική συσκευασία με αλουμινόχαρτο. Εξωτερικά της συσκευασίας αναγράφονται τα συστατικά, η προέλευση και η εγγυημένη ημερομηνία λήξης τουλάχιστον 3 μηνών, αποδεδειγμένα ευρείας κατανάλωσης (τύπου ...). Το προς προμήθεια προϊόν “...” παράγεται στην εταιρεία “ΛΑΚΩΝΙΚΗ ΑΕ” η οποία και διαθέτει τα κατάλληλα πιστοποιητικά και HACCP τα όποια και επισυνάπτουμε. 2) Μαργαρίνη άριστης ποιότητας, φυτικής προέλευσης, τύπου soft, με βούτυρο, με 60% λιπαρά και με 3% βούτυρο. Με λιγότερα κορεσμένα λιπαρά από το βούτυρο αγελάδος, κατάλληλη για επάλειψη στο ψωμί. Συσκευασία τυποποιημένη σε κατάλληλο πλαστικό κεσεδάκι, καθαρού βάρους 250γρ. Εξωτερικά της συσκευασίας θα αναγράφονται η γραμμή καταναλωτών, τα συστατικά, η προέλευση και η εγγυημένη ημερομηνία λήξης τουλάχιστον 3 μηνών, αποδεδειγμένα ευρείας κατανάλωσης (τύπου ...). Το προς προμήθεια προϊόν “...” παράγεται στην εταιρεία “...” η οποία και διαθέτει τα κατάλληλα πιστοποιητικά και HACCP τα όποια και επισυνάπτουμε ... 56) Ταχίνι με μέλι ελληνικής εξαιρετικής ποιότητας, σε κατάλληλη γυάλινη συσκευασία 300γρ.-400γρ. Περιέχει ταχίνι (πολτό σησαμιού) και μέλι τουλάχιστον 20%. Είναι υψηλής διαθρεπτικής αξίας, δεν περιέχει συντηρητικά ή πρόσθετα. Εξωτερικά της συσκευασίας αναγράφονται τα συστατικά, η προέλευση και εγγυημένη ημερομηνία λήξης τουλάχιστον 1 έτος εκτός ψυγείου αποδεδειγμένα ευρείας κατανάλωσης. Το προς προμήθεια προϊόν “...”

διακινείται από την εταιρεία “...” η οποία και διαθέτει τα κατάλληλα πιστοποιητικά και HACCP τα όποια και επισυνάπτουμε....».

20. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, από τα προσαγόμενα αποδεικτικά στοιχεία, ήτοι τα: «από 24.09.2019 email της εταιρείας “...”», «από 24.09.2019 email της εταιρείας “...”» και «από 27.09.2019 email της εταιρείας “...”» εκ των παραγωγών των αντίστοιχων 3 προϊόντων που δεσμεύεται να προσκομίσει η παρεμβαίνουσα, όπως η αποδεικτική δύναμη αυτών έχει ad hoc κριθεί από πρόσφατη Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών Ν152/2019 σκέψεις 5, 7, 8 και 14, με την οποία, σε όμοιο δημόσιο διαγωνισμό προμήθειας αντίστοιχων ειδών, απορρίφθηκε η αντίθετη νομική άποψη της ΑΕΠΠ περί του ότι απαιτείται επιπλέον να αποδεικνύεται η ψευδής δήλωση από μέρους του προμηθευτή πως έχει προσκομίσει ανύπαρκτα ή μη κυκλοφορούντα είδη, αποδεικνύεται επί της ουσίας από τις προμηθεύτριες εταιρείες των 3 προϊόντων αυτών, ήτοι τις “...” για τα 2 πρώτα προϊόντα και “...” για το 3ο, η δεδομένη απόκλιση από τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές της Μελέτης 22/2019 της Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών και 111/2019 της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών κατά τα όσα αληθώς αιτιάται ο προσφεύγων στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας Απόφασης, η οποία θα έπρεπε να οδηγήσει δυνάμει των άρθρων 2.4.6. και 2.4.3.2. της Διακήρυξης σε απόρριψη της Προσφοράς της παρεμβαίνουσας ως προς τις αντίστοιχες ΟΜΑΔΕΣ. Εξάλλου, η ίδια η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί τη βασιμότητα του προβαλλόμενου 2ου λόγου ακύρωσης επισημαίνοντας ειλικρινώς ότι (σελ. 4-5 των Απόψεων): «Η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν ήταν σε θέση να γνωρίζει αν τα είδη με τα οποία δηλώνει ο Οικονομικός Φορέας ότι θα προμηθεύσει την Αναθέτουσα Αρχή κυκλοφορούν στην αγορά», έτσι ώστε η Προσφορά της «...» για τις ΟΜΑΔΕΣ Ζ1 και Ζ2 θα έπρεπε να είχε απορριφθεί. Επισημαίνεται από το κρίνον Κλιμάκιο, πάντως, πως στα πλαίσια του δικαιώματος ανταπόδειξης που διαθέτει κάθε θιγόμενος οικονομικός φορέας να παρέμβει στη διαδικασία εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής που στρέφεται κατ’ αυτού, η ουσιαστική

αμφισβήτηση από τον οικονομικό φορέα αυτόν της αιτίας της κατ' αυτού περί του εάν τα προϊόντα που προσφέρει είναι ανύπαρκτα ή εξακολουθούν να παράγονται, θα μπορούσε να γίνει μέσω αντίστοιχων νεότερων ηλεκτρονικών επιστολών/emails που τυχόν θα προσκόμιζε· πράγματι, ανεξαρτήτως του απαραδέκτου αυτής, στα σχετικά έγγραφα της Παρέμβασής της η εταιρεία «...» προσκόμισε τέτοιες επιστολές με τις οποίες επιχείρησε να ανατρέψει ουσιαστικά τις αποδιδόμενες κατ' αυτής κατηγορίες. Όμως, όπως τονίστηκε ανωτέρω (σκέψη 8), η απαράδεκτη άσκηση της κρινόμενης Παρέμβασης λόγω μη νομότυπης ολοκλήρωσης των προϋποθέσεων δημοσιότητάς της, ήτοι η μη ανάρτησή της στο ΕΣΗΔΗΣ, στερεί τον παρόντα κλιαμακιακό σχηματισμό από την ευκαιρία να εξετάσει επί της ουσίας τις ανταιπιάσεις της παρεμβαίνουσας στο πλαίσιο του ενιαίου πλέον ενδικοφανούς συστήματος που εισάγει ο διοικητικός νομοθέτης των δημοσίων συμβάσεων τόσο με την Προδικαστική Προσφυγή όσο και την επ' αυτής Παρέμβαση.

21. Επειδή, κατ' ακολουθία, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως προς τον 1ο λόγο ακύρωσης, και να γίνει δεκτή ως προς τον 2ο, απορριφθείσας της Παρέμβασης ως απαραδέκτως ασκηθείσας.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την Απόφαση .../2019 της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο των ΟΜΑΔΩΝ Ζ1 και Ζ2 του δημόσιου Διαγωνισμού «Προμήθεια τροφίμων για την

Αριθμός απόφασης: 1249/2019

κάλυψη των αναγκών του “ΔΗΜΟΥ ...” και του ΝΠΔΔ “...” του “ΔΗΜΟΥ ...”» (Διακήρυξη .../.../19.07.2019), την «...».

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος Παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 05.11.2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Βασιλική Κωστή