

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 2 Ιουλίου 2021, με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος (σε αναπλήρωση της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου δυνάμει της υπ' αριθ. 71/26.06.2021 Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ), Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1081/27-05-2021 της ένωσης εταιρειών «...- ...» και το διακριτικό τίτλο «...- ... - ...», όπως νομίμως εκπροσωπείται

Κατά της Περιφέρειας ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα ένωση εταιρειών αιτείται την ακύρωση όρων της ... 2021/26-04-2021 Διακήρυξης (εφεξής «η προσβαλλόμενη») για την ανάθεση του έργου «Προμήθεια Τροφίμων και Βασικής Υλικής Συνδρομής για τις ανάγκες του Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής για το ...(../...) των Κοινωνικών Συμπράξεων των Π.Ε. ..., ... και ... της Περιφέρειας ... 2020» και να επαναπροκηρυχθεί αυτή με νόμιμους όρους, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο και αποφάσισε τα εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν.

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και το άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64), ποσού 6.646,80 ευρώ και με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου αυτόματης δέσμευσης ...

2. Επειδή, με την ... 2021/26-04-2021 Διακήρυξη της Περιφέρειας ... προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, δημόσιου, διεθνούς διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων για την ανάθεση του έργου «Προμήθεια Τροφίμων και Βασικής Υλικής Συνδρομής για τις ανάγκες του Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής για το ... (.../...) των Κοινωνικών Συμπράξεων των Π.Ε. ..., ... και ... της Περιφέρειας ... 2020», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 1.329.360,84 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 27.04.2021 και με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό με α/α ... Όπως προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού η ένωση εταιρειών «...- ...» και ήδη προσφεύγουσα έως την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, η οποία είχε οριστεί για τις 24.05.2021 και ώρα 15:00, δεν υπέβαλε προσφορά, ενώ κατέθεσε την Προσφυγή της κατά της υπό κρίση προσβαλλόμενης Διακήρυξης 23 λεπτά πριν τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών.

3. Επειδή, ο υπό κρίση διαγωνισμός, ως εκ του ύψους της συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης της υπό ανάθεσης σύμβασης, χωρίς τον ΦΠΑ, υπερβαίνει το σχετικό όριο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26^{ης} Φεβρουαρίου 2014 (ΕΕ L 94), κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 4 (στοιχ. α) [άρθρο 5 στοιχ. α του Ν. 4412/2016], όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 1 του Κανονισμού (ΕΕ) 2015/2171 της Επιτροπής και εν συνεχεία με τον Κανονισμό 2019/1829 και ως εκ τούτου εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της, υπάγεται δε, ενόψει του ανωτέρω

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

αντικειμένου του (έργο), της συνολικής, χωρίς ΦΠΑ, εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική αρχή και ανήκει στη Γενική Κυβέρνηση, υποτομέας ΟΤΑ και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποστολή προς δημοσίευση της Προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016, στο Βιβλίο Ι (άρθρο 3 - 221) του Ν. 4412/2016, καθώς και στις οικείες διατάξεις του Βιβλίου ΙV αυτού και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, σε περίπτωση άσκησης Προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι παραδεκτώς προσβάλλονται αυτοί κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, αφού το δικαίωμα άσκησης αυτής, επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται για συμμετοχή σε διαγωνισμό και όχι απλά έχει υποστεί, αλλά και ενδέχεται να υποστεί, ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, γεγονός που στην περίπτωση της προσβολής όρων διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά, πλην, όμως, η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων της διακήρυξης ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό της προσφοράς του, άρα στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση Προσφυγή της, σύμφωνα με τα άρθρα 360 και 367 του Ν. 4412/2016 και τα άρθρα 3 και 18 του Π.Δ. 39/2017, κατ' αρχήν με προφανές έννομο συμφέρον, αφού ως ισχυρίζεται δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, πλην όμως δεν πληροί τα κριτήρια για τη συμμετοχή της σε αυτόν, τα οποία - ως διατείνεται - είναι μη νόμιμα και ως εκ τούτου αιτείται όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη και οι προαναφερόμενοι όροι αυτής, αφού υφίσταται βλάβη και πλήττεται η συμμετοχής της στον διαγωνισμό. Το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας, ωστόσο, κατά την έννοια που παραπάνω γίνεται δεκτό ότι έχει, επιβάλλεται να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς, επί κάθε μίας

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

επικαλούμενης από αυτήν πλημμέλειας της Διακήρυξης, επομένως ελέγχεται και κατά την εξέταση εκάστου κατ' ιδίαν λόγου της προσφυγής (ΑΕΠΠ 858, 859/2019), ενώ θα πρέπει να προκύπτει - προς συνδρομή αυτού - ότι η προσφεύγουσα αναφέρει ρητά και αποδεικνύει ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως, κατ' αυτήν, τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό ή ότι την εκ μέρους της υποβολή προσφοράς κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή ορισμένες προσβαλλόμενες με την προσφυγή και όχι να αρκείται στη γενική και αόριστη αναφορά της αντίθεσης των όρων αυτών προς το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο παραπονούμενη για την κατ' αυτήν παράλειψη της διακήρυξης προς θέσπιση όρων και τεχνικών προδιαγραφών που αυτή επιθυμεί να προδιαγράψει (βλ. ΣτΕ 1259/2019, ΔΕφΑΘ Ν133/2018). Περαιτέρω, η υπό εξέταση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 27.04.2021 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 24.05.2021, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας – η οποία έληγε στις 22.05.2021, ημέρα Σάββατο, κατά Νόμον ημέρα εξαιρετέα και συνεπώς παρατάθηκε για την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (βλ. Α.Ε.Π.Π. 309/2020, 567/2018, 524/2018, 330/2018, 175/2017), ήτοι τη Δευτέρα 24.05.2021 - από την πλήρη γνώση αυτής, η οποία κατά Νόμω όταν η προσφυγή στρέφεται κατά διακήρυξης τεκμαίρεται μετά δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ, ήτοι στις 12.05.2021 - ημερομηνία κατά την οποία εξάλλου και η προσφεύγουσα δηλώνει με την υπό κρίση Προσφυγή της ότι έλαβε γνώση της προσβαλλομένης - και εφόσον από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει τέτοια πλήρης γνώση σε προγενέστερο χρόνο (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 56/2020, 41/2020, 109/2019). Τέλος, έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή είναι κατ' αρχήν τυπικά παραδεκτή και θα πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

5. Επειδή, παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016, ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει με το άρθρο 43 παρ. 42 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α΄ 52), η αναθέτουσα αρχή, με το υπ' αριθ. Πρωτ 164106/02.06.2021 έγγραφο απόψεών της εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής, περαιτέρω δε, παραδεκτώς και εμπροθέσμως - σύμφωνα με τις προρρηθείσες διατάξεις - και η προσφεύγουσα υπέβαλε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το από 25.06.2021 Υπόμνημά της προ πέντε (5) ημερών από την ημερομηνία εξέτασης της παρούσας, αιτούμενη ό,τι και στην Προσφυγή της.

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «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 και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) 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», ενώ το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια΄ του Ν. 4412/2016 «περιεχόμενο των εγγράφων της σύμβασης» ορίζει ότι: «Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. [...] 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: [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης [...] ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής [...]».

Περαιτέρω, το άρθρο 75 του ίδιου Νόμου ορίζει 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 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. ..., 3., 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. 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. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους» και το άρθρο 86 «Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων» ότι «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 βασίζουν την 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, 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 [...]».

7. Επειδή, οι κανονιστικές πράξεις δεν έχουν ανάγκη αιτιολογίας (βλ. ΣτΕ 1463/2015, 2929/2016), εκτός εάν η αιτιολόγηση απαιτείται ρητά από το νόμο ή αυτό προκύπτει σαφώς (ΣτΕ 3915/1988, 2465/1993, 2230/2000), όπως στην περίπτωση που η έκδοση της πράξης επιτρέπεται ή επιβάλλεται όταν συντρέχουν ορισμένες προϋποθέσεις που καθορίζει η εξουσιοδοτική διάταξη.

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

Ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕλΣυν 2402/2010). Κατ' αναλογίαν, η θέσπιση τέτοιων όρων τεχνικής ικανότητας, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζει τη γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το κοινοτικό δίκαιο, ότι οι όροι αυτής δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕλΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια ανάθεσης μιας σύμβασης και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στο διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕλΣυν Τμ. Μείζονος–Επταμελούς Σύθεσης, 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015). Εξάλλου, από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό, υποκείμενες σε έλεγχο μόνον από την άποψη της τήρησης του εθνικού και ενωσιακού δικαίου, της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010, ΣΤΕ ΕΑ 201/2017, 354/2014, 314/2013, 2, 39 676,1025, 1140/2010, /2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΑΘ Ν263/2020, 491/2011, ΔΕφΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕφΑΘ226/2013).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με τον πρώτο λόγο της Προσφυγή της ότι υφίσταται παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας από τον όρο της παραγράφου 2.2.6.Β της Διακήρυξης που αφορά την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια. Ο όρος αυτός ορίζει ότι «[...] 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2018,2019,2020), να έχουν εκτελέσει επιτυχώς: 2.2.6.1 Δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών τροφίμων (είτε ολοκληρωμένων πλήρως είτε ολοκληρωμένων κατά το 50% του ποσού της σύμβασης) προϋπολογισμού μεγαλύτερου ή ίσου του πενήντα επί τοις εκατό (50%) της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, οι οποίες α) Περιλαμβάνουν την προμήθεια ιδίων ή αντίστοιχων ειδών τουλάχιστον κατά 50% αυτών που αναφέρονται στην παρούσα β) Ειδικά για τα τρόφιμα σε ψύξη, να προκύπτει πως ο οικονομικός φορέας έχει ολοκληρώσει την παράδοση ποσοτήτων τουλάχιστον ίσων ή μεγαλύτερων από το 50% των αναφερόμενων στην παρούσα διακήρυξη: α) νωπών κρεάτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης ,β) νωπών τυροκομικών σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης και ιγ)νωπών φρούτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης, αντίστοιχα. Σε περίπτωση που ο υποψήφιος ή το μέλος αυτού, έχει εκτελέσει το ανωτέρω έργο ως μέλος ένωσης προσώπων, η υπόψη εμπειρία προσμετράται κατά το ποσοστό συμμετοχής του στην ένωση που εκτέλεσε το έργο. Διευκρινίζεται ότι δεν είναι

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

αποδεκτή η κάλυψη της απαίτησης από περισσότερες αθροιζόμενες μεταξύ τους συμβάσεις». Από τις προδιαληφθείσες διατάξεις προκύπτει ότι με αυτές ορίζεται η ελάχιστη εμπειρία των οικονομικών φορέων και για την απόδειξη της οποίας απαιτείται η υλοποίηση ανάλογων με την παρούσα συμβάσεων, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στον όρο 2.2.6.1 της Διακήρυξης, ήτοι για την υλοποίηση του προκείμενου συμβατικού αντικείμενου, αξίας 1.329.360,84 ευρώ πλέον ΦΠΑ, ζητείται από τους οικονομικούς φορείς να έχουν εκτελέσει επιτυχώς σε ποσοστό τουλάχιστον 50% της αξίας τους, τουλάχιστον δύο συμβάσεις προϋπολογισμού τουλάχιστον 664.680,42 ευρώ κάθε μία με επιπλέον προϋπόθεση κάθε σύμβαση από αυτές να περιλαμβάνει την προμήθεια ιδίων ή αντίστοιχων ειδών τουλάχιστον κατά 50% ως προς τη σύνθεση ειδών της Διακήρυξης και ειδικά για τα τρόφιμα σε ψύξη και για τα οποία η αναθέτουσα ορθώς υποστηρίζει ότι έχουν αυξημένες απαιτήσεις διαχείρισης τους κατά την εκτέλεση του έργου, καθώς και να έχουν ολοκληρώσει την παράδοση ποσοτήτων τουλάχιστον ίσων ή μεγαλύτερων από το 50% των αναφερόμενων στη διακήρυξη, νωπών κρεάτων, νωπών τυροκομικών, νωπών οπωροκηπευτικών αντίστοιχα, ενώ, επιπροσθέτως, στη Διακήρυξη ορίζεται ότι δεν είναι αποδεκτή η κάλυψη της απαίτησης για κάθε μία από τις ως άνω αναφερόμενες συμβάσεις από περισσότερες αθροιζόμενες μεταξύ τους συμβάσεις. Από τους ανωτέρω όρους της Διακήρυξης συνάγεται ότι τα θεσπιζόμενα με αυτήν κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας συνδέονται αιτιολογικώς με τις συγκεκριμένες ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, όπως ορίζονται στο αντικείμενο της σύμβασης και συνεπώς αιτιολογείται η θέσπιση αυτών, ενώ περαιτέρω δεν προκύπτει περιορισμός του ανταγωνισμού - και δη αναιτιολόγητος ή τέτοιας έκτασης που να παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας από τα τιθέμενα κριτήρια. Και τούτο διότι, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να έχουν εκτελέσει επιτυχώς σε ποσοστό τουλάχιστον 50% της αξίας τους, τουλάχιστον δύο συμβάσεις προϋπολογισμού τουλάχιστον 664.680,42 ευρώ κάθε μία, ήτοι ποσοστού 50% σε σχέση με την υπό ανάθεση σύμβαση, με επιπλέον προϋπόθεση κάθε σύμβαση από αυτές να περιλαμβάνει την προμήθεια ιδίων ή αντίστοιχων ειδών τουλάχιστον κατά 50%

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

ως προς τη σύνθεση ειδών της Διακήρυξης, καθώς και να έχουν ολοκληρώσει την παράδοση ποσοτήτων τουλάχιστον ίσων ή μεγαλύτερων από το 50% των αναφερόμενων στη διακήρυξη, νωπών κρεάτων, νωπών τυροκομικών, νωπών οπωροκηπευτικών αντίστοιχα. Με άλλα λόγια, απαιτείται προς απόδειξη πλήρωσης των κριτηρίων επαγγελματικής επάρκειας η προσκόμιση δύο (2) συμβάσεων με ειδικότερα στοιχεία ποσοστού 50% σε σχέση με την υπό ανάθεση σύμβαση, αριθμός (ήτοι των δύο (2) συμβάσεων) και μεγέθη (50%), τα οποία σε καμία περίπτωση δεν είναι δυσανάλογα προς τα αντίστοιχα της υπό ανάθεσης σύμβασης, αλλά νομίμως προβλέπονται στη Διακήρυξη ως κριτήρια επαγγελματικής επάρκειας των υποψηφίων με τα αντίστοιχα αποδεικτικά αυτών έγγραφα, ως ένα «*minimum*» επίπεδο, που οι υποψήφιοι οφείλουν να πληρούν προκειμένου να συμμετάσχουν στην διαγωνιστική διαδικασία και το οποίο εγγυάται την άρτια εκτέλεση της συγκεκριμένης, υπό ανάθεσης, σύμβασης, λαμβάνοντας ως βάση θέσης των απαιτούμενων κριτηρίων της Διακήρυξης, τα μεγέθη που απαιτούνται από τη συγκεκριμένη αυτή σύμβαση, δηλαδή θέτουν κάλυψη ποσοστών 50% των μεγεθών σε σχέση με τη συγκεκριμένη υπο ανάθεση σύμβαση. Επέκεινα και όσον αφορά το κριτήριο ότι δεν είναι αποδεκτή η κάλυψη της απαίτησης για κάθε μία από τις ως άνω αναφερόμενες συμβάσεις από περισσότερες αθροιζόμενες μεταξύ τους συμβάσεις, αυτό βασίμως τίθεται στη Διακήρυξη, αιτιολογείται δε, αφού η επαγγελματική ικανότητα ενός οικονομικού φορέα που αποδεικνύεται από την ελάχιστη απαίτηση της επιτυχούς υλοποίησης κατά το 50% αυτής μιας σύμβασης 664.680,42 ευρώ δεν είναι ίδια με την επιτυχή υλοποίηση κατά το αντίστοιχο ποσοστό π.χ. 10 συμβάσεων των 66.468,05 ευρώ. Σε κάθε περίπτωση, οι ανωτέρω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι και ως απαράδεκτοι, καθόσον η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση των εν λόγω κριτηρίων, επιδιώκοντας τη διαμόρφωση ευνοϊκότερων, για εκείνη, συνθηκών συμμετοχής της στο διαγωνισμό, καθορίζοντας και προδιαγράφοντας το περιεχόμενο των κριτηρίων αυτών με βάση της δικές της επαγγελματικές δυνατότητες και ανάγκες, κατά μη νόμιμο τρόπο, αφού όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι (βλ. ΣτΕ 1259/2019, 3719/2011, ΣτΕ ΕΑ 307/2007, 201/2017, ΔΕφΑθ Ν263/2020, Ν133/2018). Επομένως, οι όροι που τίθενται στην παράγραφο 2.2.6.Β της Διακήρυξης και αφορούν την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια των υποψηφίων είναι αντικειμενικοί, ανάλογοι με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης και σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας, δεν περιορίζουν τη συμμετοχή των υποψηφίων και δεν παρεμβάλουν δυσανάλογα προς τον επιδιωκόμενο σκοπό εμπόδια στην ελεύθερη συμμετοχή των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων (ΔΕφΑθ 2277/2019, Ν98/2019), τα δε περί του αντιθέτου ισχυριζόμενα από την προσφεύγουσα τυγχάνουν απορριπτέα. Μετά ταύτα, ο πρώτος λόγος της Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος και σε κάθε περίπτωση ως αβάσιμος.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με το δεύτερο λόγο της Προσφυγή της ότι υφίσταται «ασάφεια του σημείου 1.3 της διακήρυξης και αδυναμία υπολογισμού του κόστους των προϊόντων όπου αναφέρεται ότι η αναθέτουσα αρχή διατηρεί το δικαίωμα της αναπροσαρμογής των ποσοτήτων, δεδομένης της αδυναμίας επακριβούς προσδιορισμού των αναγκών του ανά είδος και ποσότητα, ώστε να απορροφά κατά τη διάρκεια της σύμβασης τις αναγκαίες ποσότητες σύμφωνα με τις κάθε φορά διαμορφούμενες ανάγκες του ύστερα από έγκριση του αρμοδίου οργάνου και χωρίς να υπερβαίνει το συνολικό ποσό του ενδεικτικού προϋπολογισμού.». Ο όρος 1.3 της Διακήρυξης ορίζει ότι *«[...] Ο Δήμος διατηρεί το δικαίωμα της αναπροσαρμογής των ποσοτήτων, δεδομένης της αδυναμίας επακριβούς προσδιορισμού των αναγκών του ανά είδος και ποσότητα, ώστε να απορροφά κατά τη διάρκεια της σύμβασης τις αναγκαίες ποσότητες σύμφωνα με τις κάθε φορά διαμορφούμενες ανάγκες του ύστερα από έγκριση του αρμοδίου οργάνου και χωρίς να υπερβαίνει το συνολικό ποσό του ενδεικτικού προϋπολογισμού [...]»*. Ο όρος αυτός είναι καθόλα σαφής και αιτιολογείται από τη φύση του αντικειμένου του υπό κρίση

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

διαγωνισμού, καθότι ο αριθμός των ωφελούμενων της υπό ανάθεσης σύμβασης, προγράμματος ..., μεταβάλλεται μηνιαίως και προκύπτει από τον αριθμό των αιτήσεων που υποβάλλονται κατά τη χρονική στιγμή που βρίσκεται σε ισχύ και εκτελείται η εκάστοτε χρηματοδότηση για τις ανάγκες των Κοινωνικών συμπράξεων στο σύνολο της χώρας, είναι δηλαδή εκ των προτέρων αδύνατον να υπολογιστεί με ακρίβεια ο αριθμός των ωφελουμένων, ο οποίος αντιστοιχεί στον αριθμό των πακέτων και δη των ποσοτήτων των ειδών που πρόκειται να διανεμηθούν. Συνεπώς, η ιδιαιτερότητα αυτή, υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να θέτει έναν ενδεικτικό αριθμό ποσοτήτων ανά είδος, στηριζόμενη στις αιτήσεις που ήταν ενεργές σε προηγούμενα διαστήματα, ώστε να έχει μία «τάξη μεγέθους», ταυτόχρονα, όμως, να ορίζει «δικλείδες», ώστε να διατηρεί το δικαίωμά της να αναπροσαρμόζει τις ποσότητες, ώστε να καλύπτει τις ανάγκες των ωφελουμένων κατά την περίοδο υλοποίησης των συμβάσεων κατά «πραγματικούς» αριθμούς, ως εν προκειμένω συμβαίνει με την προρρηθείσα διάταξη του όρου 1.3. της Διακήρυξης, η οποία διασφαλίζει – ως «δικλείδα» κατά τα ανωτέρω - την ορθή χρήση των πόρων της αναθέτουσας αρχής. Άλλωστε, ο προσβαλλόμενος όρος αυτός αποτελεί όρο που χαρακτηρίζει όλες τις διακηρύξεις με αντίστοιχο με την παρούσα διακήρυξη αντικείμενο, ήτοι την «Προμήθεια Τροφίμων και Βασικής Υλικής Συνδρομής για τις ανάγκες του Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής για το ...(.../...)», το δε, οικονομικό «αποτύπωμα» και συμφέρον του όρου αυτού για έκαστο διαγωνιζόμενο, αποτελεί επιχειρηματική απόφαση και στάθμιση οικονομικών μεγεθών των οικονομικών φορέων, ουδόλως, όμως, το μη οικονομικό συμφέρον του όρου αυτού για κάποιον υποψήφιο επάγεται τη μη νομιμότητά του. Τούτων δοθέντων, ο λόγος αυτός της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με τον τρίτο λόγο της Προσφυγής της ότι υφίσταται «ασάφεια της Μελέτης της διακήρυξης και αδυναμία υπολογισμού του κόστους». Όπως συνάγεται από τη θεώρηση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, σε αυτήν είναι σαφής ο αριθμός των πακέτων

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

που θα διανεμηθούν ανά οικογένεια, αφού αυτός προκύπτει από το Παράρτημα Α, Μελέτη 001/2020 της Διακήρυξης (σελ. 110-117). Ειδικότερα, ορίζεται ότι κάθε αίτηση/οικογένεια θα παίρνει σε κάθε διανομή από 1 Πακέτο τύπου Π- ΤΡΟΦ -1-, οι οικογένειες με 2 έως και 3 άτομα θα λαμβάνουν ένα (+1) επιπλέον Πακέτο τύπου Π- ΤΡΟΦ -1 ανά διανομή, οι οικογένειες με 4 έως και 5 άτομα θα λαμβάνουν δύο (+2) επιπλέον Πακέτα Π-ΤΡΟΦ -1- ανά διανομή, οι οικογένειες με περισσότερα από 5 άτομα θα λαμβάνουν θρία (+3) επιπλέον Πακέτα Π- ΤΡΟΦ -1- ανά διανομή, ενώ κάθε οικογένεια με παιδιά δεύτερης βρεφικής ηλικίας, θα λαμβάνει σε κάθε διανομή 1 συσκευασία Βρεφικό Γάλα μέχρι εξαντλήσεως των αποθεμάτων. Επομένως, από τη Διακήρυξη σαφώς προκύπτουν οι συγκεκριμένοι αριθμοί πακέτων που κάθε ωφελούμενος θα λαμβάνει και τα οποία θα περιέχουν τα είδη για τα οποία θα δίνεται εντολή από την αρμόδια υπηρεσία εκτέλεσης του έργου. Από το σύνολο δε, των τεχνικών προδιαγραφών που έχουν τεθεί για κάθε προσφερόμενο είδος, προκύπτει ότι το καθένα από αυτά τα είδη θα είναι κατάλληλα συσκευασμένο, ώστε να δύνανται να τεθούν με ασφάλεια μαζί με τα λοιπά προσφερόμενα είδη σε ένα ενιαίο πακέτο τροφίμων το οποίο αποτελεί το «καλάθι» του ωφελουμένου, κατάλληλου βάρους και αντοχής για τα είδη που θα περιλαμβάνονται σε αυτό, ενώ στο πλαίσιο των διαγωνισμών ..., η έννοια του πακέτου, που χρησιμοποιείται στις διακηρύξεις με αντίστοιχο αντικείμενο, είναι αυτή της συγκέντρωσης των ειδών, η σύνθεση τους ανάλογα με το είδος και τη ποσότητα που δικαιούται ο εκάστοτε ωφελούμενος σε κατάλληλες προς διανομή συσκευασίες και η διανομή αυτών απευθείας στους ωφελούμενους. Η σύνθεση του εκάστοτε πακέτου εξαρτάται από τα μέλη της οικογένειας του κάθε ωφελουμένου, η οποία καθορίζεται 15 ημέρες πριν τη διανομή των ειδών βάσει των ενεργών αιτήσεων ωφελουμένων του τελευταίου μήνα. Συνεπώς και κατά τα ανωτέρω, η ακριβής σύνθεση των πακέτων προς διανομή δεν μπορεί να προσδιοριστεί πριν την οριστικοποίηση των ενεργών αιτήσεων ωφελουμένων του ... για τον αντίστοιχο μήνα διανομής. Ετέρωθεν και σε κάθε περίπτωση, ο λόγος αυτός της Προσφυγής, κατά το μέρος που βάλλει κατά της Διακήρυξης για το λόγο ότι αυτή είναι ασαφής, θα πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελώς

Αριθμός απόφασης: 1257/2021

προβαλλόμενος, αφού δεν προκύπτει ότι ζητήθηκε από την προσφεύγουσα η παροχή διευκρινίσεων, κατ' άρθρο 67 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και την παράγραφο 2.1.4 της παρούσας Διακήρυξης, από την αναθέτουσα αρχή, ώστε και αληθώς υποτιθέμενος ο ισχυρισμός της, περί ασάφειας, η οποία της προκαλούσε σύγχυση αναφορικά με τον ορθό τρόπο υποβολής της προσφοράς της, να διευκρινισθεί αυθεντικώς και αληθώς το νόημά της. Επομένως ο λόγος αυτός της Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, πρέπει να απορριφθεί η Προσφυγή σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω, το δε παράβολο, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να καταπέσει, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 2 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 22 Ιουλίου 2021 από την αναπληρώτρια της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθ. 90/09.07.2021 Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ.

Η Πρόεδρος

Ειρήνη Αποκάρδου

Ο Γραμματέας

Μιχαήλ Σοφιανός