

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 1^η Νοεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος – Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27/9/2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 1183/30.9.2019, της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής «προσφεύγουσα») που εδρεύει ..., ..., τ.κ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), νομίμως εκπροσωπούμενου και

Της εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής «πρώτη παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει ..., οδός ..., αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης και

Της εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής «δεύτερη παρεμβαίνουσα»), με έδρα ..., ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να απορριφθούν οι προσφορές της πρώτης και δεύτερης παρεμβαίνουσας, να ανακληθεί η με αριθμ. 500/17-9-2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, άλλως τροποποιηθεί, κατά το μέρος που αφορά την αποδοχή των άνω εταιρειών, άλλως καθ' ερμηνεία εν γένει του αιτήματος να ακυρωθεί η ως άνω προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής.

Με την πρώτη παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής και την διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης καθώς και κάθε άλλης συναφούς πράξης, προγενέστερης ή επόμενης.

Με τη δεύτερη παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής όσον αφορά την προσφορά της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 2 του Ν.4412/2016 και 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 νόμιμο e-παράβολο, ύψους ευρώ 7.500,00 ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, δεσμευθεί και κατατεθεί e- παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό ... με αποδεικτικό της τράπεζας Eurobank της 27/9/2019 περί πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου (αριθμός συναλλαγής ...) και εκτύπωση από την ιστοσελίδα του ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο» και αναφέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»).

2. Επειδή, με την υπ. αριθμ. ... Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός επιλογής αναδόχου για την «Προμήθεια λευκού, φρέσκου, παστεριωμένου, αγελαδινού γάλακτος με 3,5% λιπαρά κατ' ελάχιστον, για τους δικαιούχους υπαλλήλους (στους οποίους παρέχονται τα Μέσα Ατομικής Προστασίας) του Δήμου ... και των νομικών προσώπων του καθώς και για τις ανάγκες των παιδιών που φιλοξενούνται από τους Παιδικούς Σταθμούς του Δήμου ... και τα νομικά πρόσωπά του για δύο (2) έτη», προϋπολογισμού 1.691.536,55 ευρώ συμπ. ΦΠΑ 13%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Προκήρυξη της εν λόγω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση την 25/06/2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 27-6-2019 στο ΚΗΜΔΗΣ [Α.Δ.Α.Μ ... (ΑΔΑΜ προκήρυξης ...)] και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς υποβάλλοντας προσφορές και ειδικότερα η προσφεύγουσα με την α/α 142331 προσφορά της, η πρώτη παρεμβαίνουσα με την με α/α 147037 προσφορά της, η εταιρεία με την με α/α 146426 προσφορά της και η δεύτερη παρεμβαίνουσα με την με α/α 146918 προσφορά της αντίστοιχα.

3. Επειδή, με την προσβαλλόμενη με αριθμό 500 της 17/9/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (30^ο πρακτικό της τακτικής συνεδρίασης της ως άνω Επιτροπής) επικυρώθηκαν τα σχετικά πρακτικά της

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

αρμόδιας Επιτροπής αξιολόγησης α) δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών και β) οικονομικών προσφορών. Με το, δε, πρώτο από 21/8/2019 (αρ. πρωτ. 112138) πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών, μετά από την αποσφράγιση, έλεγχο των σχετικών υποφακέλων και έλεγχο γνησιότητας των εγγυητικών επιστολών, η αρμόδια Επιτροπή πρότεινε να γίνουν δεκτές όλες οι προσφορές γιατί τα δικαιολογητικά και οι τεχνικές προσφορές ήταν σύμφωνα με την διακήρυξη. Περαιτέρω, με το δεύτερο από 22/8/2019 (αρ.πρωτ. 115571) πρακτικό αξιολόγησης οικονομικής προσφοράς και δεδομένου ότι κατά την κρίση της Επιτροπής όλες οι προσφορές κρίθηκαν σύμφωνες με την διακήρυξη, η αρμόδια Επιτροπή πρότεινε την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της πρώτης παρεμβαίνουσας, η οποία προσέφερε κατά τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα στο οικείο πρακτικό τη χαμηλότερη τιμή για όλη την ποσότητα που προκηρύχθηκε και το σύνολο των προς προμήθεια προϊόντων, ήτοι τόσο για το Τμήμα 1 (γάλα λευκό, φρέσκο, παστεριωμένο, αγελαδινό, 3,5% λιπαρά, συσκευασία ενός (1) λίτρου) και το Τμήμα 2 (γάλα λευκό, φρέσκο, παστεριωμένο, αγελαδινό, 3,5% λιπαρά, συσκευασία δέκα (10) λίτρων). Επισημαίνεται, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση μετά των σχετικών πρακτικών κοινοποιήθηκαν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) προς όλους τους ενδιαφερόμενους την 18/9/2019.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 27/9/2019 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) - ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη γνωστοποιήθηκε σε όλους τους ενδιαφερομένους την 18/9/2019 - έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Επισημαίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προσφυγή στην ΑΕΠΠ στις 30/10/2019 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

10. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε μετά εννόμου συμφέροντος καταρχήν, δεδομένου ότι στρέφεται κατά αμφοτέρων των οικονομικών φορέων που προηγούνται της προσφεύγουσας σε κατάταξη όσον αφορά το Τμήμα 1, ήτοι της προσωρινής αναδόχου (πρώτη παρεμβαίνουσα) και της δεύτερης σε κατάταξη (δεύτερη παρεμβαίνουσα) , καθώς η προσφεύγουσα

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

αναδείχθηκε τρίτη σε κατάταξη. Αντιστοίχως, η προσφεύγουσα στρέφεται, όσον αφορά το Τμήμα 2 κατά της προσωρινής αναδόχου (πρώτη παρεμβαίνουσα), καθόσον έχει αναδειχθεί δεύτερη σε κατάταξη. Περαιτέρω, το επάλληλο αίτημα της προσφεύγουσας περί ανάκλησης της προσβαλλόμενης πράξης προβάλλεται απαραδέκτως, καθώς δεν δύναται βάσει του οικείου κανονιστικού πλαισίου η ΑΕΠΠ να ανακαλέσει απόφαση καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018) αλλά δύναται δυνάμει του άρθρου 367 Ν. 4412/2016 μόνο να ακυρώσει πράξη ή παράλειψη και στην δεύτερη περίπτωση (παράλειψης) να αναπέμψει στην αναθέτουσα προκειμένου να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια. Ομοίως εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ το αίτημα της προσφεύγουσας περί απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και της δεύτερης παρεμβαίνουσας καθώς και της τροποποίησης της προσβαλλόμενης πράξης (βλ. και ΕΑ ΣτΕ 54/2018).

11. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, 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.

12. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 παρ. 1 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής «επικοινωνία», στις 30/9/2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε όλους τους συμμετέχοντες, περιλαμβανομένων των παρεμβαίνουσών, οι οποίες θίγονται από την αποδοχή της εν θέματι προσφυγής, προκειμένου να λάβουν γνώση.

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 3/10/2019 το σχηματισθέντα φάκελο εγγράφων, όπου εμπεριέχονταν οι απόψεις επί της προσφυγής μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ). Επισημαίνεται ότι τις απόψεις κοινοποίησε ομοίως μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ αυθημερόν η αναθέτουσα αρχή, στην προσφεύγουσα.

14. Επειδή, η πρώτη παρεμβαίνουσα άσκησε με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

(ΕΣΗΔΗΣ) στις 10/10/2019 την παρέμβασή της, την οποία κοινοποίησε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Η ως άνω παρέμβαση ασκήθηκε εμπροθέσμως, από την προσωρινή ανάδοχο, η οποία έχει προφανές έννομο συμφέρον για τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασης και εν γένει έχει ασκηθεί παραδεκτώως.

15. Επειδή, η δεύτερη παρεμβαίνουσα, άσκησε την παρέμβασή της με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στις 11/10/2019, την οποία κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ στις 14/10/2019 μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Ωστόσο, η ως άνω παρέμβαση έχει ασκηθεί εκπροθέσμως κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 362 του Ν. 4412/2016 κι επομένως απαραδέκτως.

16. Επειδή, στις 18/10/2019 η προσφεύγουσα κατέθεσε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού ΕΣΗΔΗΣ εμπρόθεσμο υπόμνημα κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 365 του ν. 4412/2016 ως ισχύει.

17. Επειδή, στις 26/10/2019, κατέθεσε υπόμνημα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού ΕΣΗΔΗΣ η πρώτη παρεμβαίνουσα.

18. Επειδή, ωστόσο, καταρχήν το «γράμμα» του νόμου 4412/2016 (άρθρο 365) με την τροποποίηση που επέφερε το ν. 4605/2019 παρέχει το δικαίωμα αντίκρουσης των απόψεων με υπόμνημα στον προσφεύγοντα και όχι στον παρεμβαίνοντα. Εξάλλου, και σύμφωνα με την απόφαση ΣΤΕ 780/2019 καθ' ερμηνείαν της προγενέστερης μορφής του αυτού άρθρου, αναδεικνύεται απαραίτητη - επί αιτήματος του προσφεύγοντος - η κοινοποίηση στον τελευταίο τόσο των απόψεων όσο και τυχόν παρέμβασης, προκειμένου στα πλαίσια της αρχής της αντιμωλίας, να είναι σε θέση (ο προσφεύγων) να τα αντικρούσει με υπόμνημα. Καθίσταται, επομένως, σαφές, ότι τόσο η νομολογία όσο και η διαμορφούμενη μετά την νομοθετική ρύθμιση οικεία διάταξη, εστιάζουν στην αντίκρουση των απόψεων (και της παρέμβασης η δικαστική απόφαση) στα πλαίσια της ισότητας των όπλων. Ωστόσο, κατά την ορθότερη ερμηνεία, ανεξαρτήτως καταρχήν της μη πρόβλεψής της στο οικείο νομοθετικό πλαίσιο, η άσκηση υπομνήματος από την παρεμβαίνουσα, δεν εξυπηρετεί την αρχή της αντιμωλίας υπό την έννοια

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

της αναγκαιότητας που υπογραμμίζει η νομολογία, λαμβάνοντας υπόψη ότι α) η προσφυγή αντικρούεται με την παρέμβαση, η οποία ασκείται προς διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης, οπότε δεν διαφαίνεται, σε κάθε περίπτωση, ανάγκη αντίκρουσης των απόψεων συμπεριλαμβανομένης τυχόν συμπληρωματικής αιτιολογίας υπό το «φως» των άρθρων 6 και 13 ΕΣΔΑ (πρβλ. απόφαση ΑΕΠΠ 518/2019, σκ. 35-37). Επομένως, το υπόμνημα της πρώτης παρεμβαίνουσας απορρίπτεται ως απαράδεκτο.

19. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της τα εξής : *«ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΕΤΑΙΡΙΑ ...*

1ος ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ :

Παραβίαση άρθρων 2.2.4., 2.2.8. της διακήρυξης και άρθρων 78 και 82 νόμου 4412/2016

Σύμφωνα με το άρθρο 1.3. της διακήρυξης (συνοπτική περιγραφή αντικείμενου) , αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης αποτελεί η «προμήθεια λευκού, φρέσκου, παστεριωμένου, αγελαδινού γάλακτος ...»

Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.4. της διακήρυξης ορίζεται ότι : « ... οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας .»

Η εταιρία ..., από το ISO το οποίο υπέβαλε στο φάκελο δικαιολογητικών προκύπτει ότι το αντικείμενο της εταιρικής της δραστηριότητας δεν σχετίζεται με το φυσικό αντικείμενο του φρέσκου γάλακτος που αποτελεί το αντικείμενο του διαγωνισμού. Αυτός είναι και ο λόγος για τον οποίο κατ' ουσίαν η υποψήφια ανάδοχος στην πραγματικότητα δεν θα κάνει τίποτα περισσότερο από διακίνηση τιμολογίων αφού στο υποβληθέν ΕΕΕΣ αναφέρει ότι θα παραχωρήσει υπερβολικά το 100% της υπό ανάθεση σύμβασης !!! Το γεγονός δε ότι ο υπο - προμηθευτής της (...) έχει συναφές αντικείμενο καθώς και τις απαιτούμενες άδειες για τη δραστηριότητα αυτή για να συμμετάσχει στο διαγωνισμό δεν μπορεί να «θεραπεύσει» την έλλειψη αυτή αφού η καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας που απαιτείται σε έναν διαγωνισμό βάσει του όρου 2.2.4. της διακήρυξης ΔΕΝ είναι «δεκτική δανεισμού», και πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου.

Ειδικότερα, Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8. της διακήρυξης (Στήριξη στην ικανότητα τρίτων) ορίζεται ότι : «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται.».

Επομένως, σύμφωνα με το προαναφερθέν άρθρο 2.2.8. της διακήρυξης δεκτικά «δανεισμού» απαιτούμενα προσόντα είναι μόνο τα τεχνικά και οικονομικά των παραγράφων 2.2.5. και 2.2.6. και ΟΧΙ η καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 2.2.4. και τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας του άρθρου 2.2.7. της διακήρυξης.

Αυτός είναι και ο λόγος που στο άρθρο 78 παρ. 1 του νόμου 4412/2016 περιορίζεται ρητά η δυνατότητα δανεισμού κριτηρίων επιλογής σε τεχνικά και χρηματο-οικονομικά : « ... 1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς ...».

Επομένως, είναι σαφές ότι τα απαιτούμενα προσόντα διασφάλισης ποιότητας είναι εξ ορισμού *Intuitu Personae* στο πρόσωπο του ίδιου του υποψηφίου αναδόχου.

Επομένως, η εταιρία ... θα πρέπει να αποκλειστεί από το διαγωνισμό προεχόντως λόγω έλλειψης συναφούς επαγγελματικής δραστηριότητας με το υπό ανάθεση αντικείμενο του φρέσκου γάλακτος.

2ος ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ :

Παραβίαση άρθρου 2.2.7. της διακήρυξης.

Α) Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.7 της διακήρυξης (Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης) ορίζεται ότι : «Οι

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

οικονομικοί φορείς οφείλουν να καταθέσουν πιστοποίηση για το σύστημα διασφάλισης ποιότητας τροφίμων κατά το πρότυπο ISO 22000»

Με την προσφορά της η εταιρία ... υπέβαλε ISO 22000 με αριθμό ... και ημερομηνία έκδοσης πιστοποιητικού τις 29 Ιουλίου 2019, ενώ ο διαγωνισμός είχε προκηρυχθεί στις 28 Ιουνίου 2019 και η ημερομηνία υποβολής προσφορών ήταν στις 2 Αυγούστου 2019. Πέραν του ουσιαστικού γεγονότος ότι σε ότι αφορά το περιεχόμενο του iso 22000 δεν νοείται εμπορία άνευ αποθήκευσης, αφού το iso πιστοποιεί τις διαδικασίες μίας εφοδιαστικής αλυσίδας, στην προκειμένη περίπτωση και λόγω του «επείγοντος» να φαίνεται ότι τυπικά έχει εκδοθεί σε δόκιμο κατά τη διακήρυξη χρόνο, το πιστοποιητικό αυτό δεν έχει εκδοθεί «ανεπιφύλακτα» από το καθ' ύλην αρμόδιο όργανο για την χρήση του αλλά είναι ΥΠΟ ΑΙΡΕΣΗ. Συγκεκριμένα, λόγω της ιδιαιτερότητας επισπευσμένης έκδοσης όπως προαναφέρθηκε, στο ίδιο το σώμα του ISO αναφέρεται ότι « ... το παρόν πιστοποιητικό ισχύει υπό την προϋπόθεση διενέργειας των απαιτούμενων ετησίων εντός δωδεκαμήνου από την ημερομηνία έκδοσης επιθεωρήσεων επιτήρησης και υπόκειται στους κανονισμούς της». Επομένως το συγκεκριμένο ISO δεν έχει εκδοθεί ανεπιφύλακτα, παραβιάζει το άρθρο 2.2.7. της διακήρυξης και η προσφορά της εταιρίας ... θα πρέπει να απορριφθεί.

B) Σύμφωνα με το Παράρτημα των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης ορίζεται με σαφήνεια μεταξύ άλλων ότι : « ... Οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται, επίσης, να περιλάβουν στην τεχνική τους προσφορά : 1) Τη σύσταση σε θρεπτικά συστατικά του προσφερόμενου γάλακτος 2) τη διάρκεια ζωής 3) Τις συνθήκες αποθήκευσης

Το γάλα πρέπει να προέρχεται από νομίμως λειτουργούντα εργοστάσια, γεγονός που θα πιστοποιείται από τα παρακάτω έγγραφα : 1) Πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας τροφίμων κατά το πρότυπο ISO 22000 2) Άδεια λειτουργίας εργοστασίου εν ισχύ 3) Βεβαίωση από την αρμόδια ΔΝΣΗ Κτηνιατρικής υπηρεσίας ότι το εργοστάσιο λειτουργεί σύμφωνα με την εθνική και κοινοτική νομοθεσία και έχει κωδικό κτηνιατρικής έγκρισης».

Με την προσφορά της εταιρίας ..., έχει υποβληθεί ISO 9001 για το εργοστάσιο της ... και όχι 22000 όπως απαιτείται από τη διακήρυξη.

Επομένως, επικουρικά σε ότι αφορά την απαίτηση του άρθρου 2.2.7. της διακήρυξης η προσφορά είναι απορριπτέα και για τον λόγο αυτό.

3ος ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ :

Παραβίαση άρθρου 2.1.5. της διακήρυξης και άρθρου 72 νόμου 4412/2016.

Σύμφωνα με το άρθρο 2.1.5. της διακήρυξης ορίζεται ότι « οι εγγυήσεις 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 ΑΦΜ και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση 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 τέλος χαρτοσήμου η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης κ.λπ. ...».

Με την προσφορά της, η εταιρία ...κατέθεσε την υπ. αριθμ. ... εγγυητική επιστολή από το Ταμείο Παρακαταθηκών και δανείων η οποία παρουσιάζει μία σειρά από ουσιώδεις ελλείψεις σε σχέση τα υποχρεωτικώς αναφερόμενα στο άρθρο 2.1.5. της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, ελλείπει εντελώς από το σώμα της εγγυητικής το περιεχόμενο της παραγράφου 2.1.5.ζ.'και συγκεκριμένα 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 τέλος χαρτοσήμου ...». Και ναι μεν έχει κριθεί καταρχήν από την ΑΕΠΠ (ΑΠΟΦΑΣΗ 175/2019) ότι «τυπικά στοιχεία» όπως π.χ. η διεύθυνση ή το ΑΦΜ του υποψηφίου αναδόχου καίτοι δεν εμφανίζονται στο σώμα της εγγυητικής επιστολής είναι δεκτικά διευκρίνησης / συμπλήρωσης βάσει του άρθρου 102 του νόμου 4412/2016 από τις αναθέτουσες αρχές, ΟΜΩΣ στην προκειμένη περίπτωση πρόκειται για ουσιώδεις όρους που δίνουν ανταγωνιστικό πλεονέκτημα και όχι για απλές «επιβεβαιώσεις» πληροφορίες. Πιο συγκεκριμένα , τίθεται ευθέως θέμα δυνατότητας είσπραξης της ίδιας της

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

εγγυητικής από την Αναθέτουσα Αρχή εάν παραστεί ανάγκη λόγω έλλειψης του συγκεκριμένου όρου, η δε εκ των υστέρων συμπλήρωσή του συνιστά δίχως αμφιβολία ανεπίτρεπτη μεταβολή προσφοράς. (Βλ. χαρακτηριστικά απόφαση ΑΕΠΠ 175/2019 ΣΚΕΨΗ 31. ... « ... Επειδή, εν πάσει περιπτώσει, δεν προκύπτει κάποιο πραγματικό ή νομικό κώλυμα ως προς τη δυνατότητα που θα είχε η αναθέτουσα να εισπράξει το ποσό της εγγυητικής σε περίπτωση κατάπτωσης της σε βάρος του προσφεύγοντος, αφού η εκδούσα τράπεζα είχε δεσμευτεί απέναντί της, παραιτούμενη από το δικαίωμα της διζήσεως και της ενστάσεως και η εγγυητική επιστολή είχε συνταχθεί σε συμφωνία με τους όρους της διακήρυξης κατά τα λοιπά στοιχεία της, ώστε να εξασφαλίζεται με απόλυτη ασφάλεια η ταυτότητα του λήπτη της εγγυητικής, η ταυτότητα της αναθέτουσας προς την οποία απευθυνόταν η εγγυητική συμμετοχής αλλά και ενδεικτικά αρκούντως προσδιοριστικά στοιχεία της διακήρυξης ...» και σκέψη 32 : « ... 32. Επειδή, εν προκειμένω, και όπως ήδη έχει κριθεί σε ανάλογες περιπτώσεις (Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. με αρ. 102/2017, 198 και 341/2018), η αναθέτουσα αρχή, δρώντας υπό το φως των αρχών του άρθρου 18 του ν.4412/2016, υπό συγκεκριμένες αυστηρές και στενά ερμηνευόμενες προϋποθέσεις που αφορούν αθροιστικά: 1) στον επουσιώδη χαρακτήρα του σφάλματος στο σώμα της εγγυητικής, 2) στη δυνατότητα που έχει (η αναθέτουσα) από τα λοιπά στοιχεία αυτής να διαπιστώσει χωρίς αμφιβολία τον φορέα υπέρ του οποίου έχει εκδοθεί, την αναθέτουσα αρχή υπέρ της οποίας δύναται να καταπέσει, και την ταυτότητα του διαγωνισμού, 3) στην πραγματική δυνατότητα είσπραξης της εγγυητικής εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής σε περίπτωση που αυτή καταπέσει και 4) στη μη παραβίαση των οριζόμενων στις παρ. 1-4 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή, βάσει της παρ. 5 του άρθρου 102 του ανωτέρω νόμου, καλεί τον διαγωνιζόμενο προς παροχή διευκρινίσεων, με σκοπό την επίτευξη μεγαλύτερου δυνατού ανταγωνισμού μεταξύ των διαγωνιζομένων, προς εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος ...».

Κατά συνέπεια, στην προκειμένη περίπτωση και δεδομένης της ουσιαστικής έλλειψης των κρίσιμων απαραίτητων όρων όπως αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε τέλος χαρτοσήμου ...», η εγγυητική επιστολή της εταιρίας ... και η προσφορά της θα έπρεπε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορριφθεί από την Αναθέτουσα Αρχή και επομένως η απόφασή της θα πρέπει να ακυρωθεί.

4ος ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ :

Παραβίαση άρθρου 2.2.5. της διακήρυξης

Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.5. της διακήρυξης (οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) ορίζεται ότι : «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματο-οικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (2016-2017-2018) κατ' ανώτατο όριο συναρτήσει της ημερομηνίας δημιουργίας του οικονομικού φορέα των δραστηριοτήτων του ίσο ή μεγαλύτερο των 800.000 ευρώ. Επιχειρήσεις που λειτουργούν για διάστημα μικρότερο των τριών τελευταίων ετών απαιτείται να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών ίσο ή μεγαλύτερο των 800.000 για τα έτη λειτουργίας τους ...» Από το υποβληθέν ΕΕΕΣ της υποψήφιας εταιρίας ... προκύπτει τζίρος ύψους περίπου 11.000 ευρώ. Επομένως δεν καλύπτει το τεθέν από τη διακήρυξη και επί ποινή αποκλεισμού κριτήριο επιλογής χρηματοοικονομικής επάρκειας των 800.000 ευρώ και η προσφορά του θα πρέπει να αποκλειστεί. Επισημαίνεται σε κάθε περίπτωση ότι η γενική αναφορά σε δάνεια εμπειρία στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του δεν καλύπτει το κριτήριο επιλογής χρηματο οικονομικής επάρκειας, αφού για το θέμα της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που δανείζεται την εμπειρία και τις συμβάσεις της ... υπάρχει ρητή αναφορά στο ΕΕΕΣ για στήριξη στη ... και ειδική αναφορά για το ποιες συμβάσεις επικαλείται. Αντίθετα, για το θέμα της χρηματοοικονομικής επάρκειας παραθέτει τα δικά του οικονομικά στοιχεία και δεν δηλώνει ότι θα χρησιμοποιήσει στο σημείο αυτό τη Επομένως, η προσφορά της εταιρίας ... θα πρέπει να απορριφθεί αφού δεν καλύπτει το κριτήριο επιλογής χρηματοοικονομικής επάρκειας.

5ος ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ :

Παραβίαση άρθρου 4.1. της διακήρυξης σχετικά με την υπεργολαβία

Σύμφωνα με το άρθρο 4.1 της διακήρυξης ορίζεται μεταξύ άλλων ότι : « ... Ο ανάδοχος δεν απαλλάσσεται από τις συμβατικές του υποχρεώσεις και

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

ευθύνες λόγω ανάθεσης της εκτέλεσης τμήματος / τμημάτων της σύμβασης σε υπεργολάβους. Η τήρηση των υποχρεώσεων της παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 από υπεργολάβους δεν αίρει την ευθύνη του κυρίου αναδόχου ... Σε περίπτωση διακοπής της συνεργασίας του αναδόχου με υπεργολάβο / υπεργολάβους της σύμβασης αυτός υποχρεούται σε άμεση γνωστοποίηση της διακοπής αυτής στην αναθέτουσα αρχή, οφείλει δε να διασφαλίσει την ομαλή εκτέλεση του τμήματος / των τμημάτων της σύμβασης είτε από τον ίδιο είτε από νέο υπεργολάβο ...».

Από το περιεχόμενο του άρθρου αυτού αλλά και από τις διατάξεις περί υπεργολαβίας του νόμου 4412/2016 προκύπτει αβίαστα ότι υπάρχει μεν δυνατότητα προσφυγής στην υπεργολαβία από πλευράς υποψηφίου αναδόχου, αλλά πάντα για ΜΕΡΟΣ / ΤΜΗΜΑ της σύμβασης και όχι για το σύνολο της υπό ανάθεση σύμβασης. Δεν νοείται υπεργολαβική παραχώρηση του 100% του συμβατικού αντικειμένου διότι σε αυτή την περίπτωση ο υποψήφιος ανάδοχος είναι «εικονικός», υποβάλλει προσφορά όχι για να υλοποιήσει μία σύμβαση αλλά για να διευκολύνει τον πραγματικό ανάδοχο που θα κληθεί να εκτελέσει τη σύμβαση. Στην προκειμένη περίπτωση, από το υποβληθέν ΕΕΕΣ της εταιρίας ... προκύπτει με σαφήνεια υπεύθυνη δήλωσή της για υπεργολαβική παραχώρηση του 100% της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, με την δήλωση αυτή, αλλά και την ουσία που εμπεριέχει παραβιάζεται ευθέως το άρθρο 4.1. της διακήρυξης σχετικά με την υπεργολαβία και η προσφορά της εταιρίας ... θα πρέπει να απορριφθεί. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΕΤΑΙΡΙΑ

1ος ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ :

Παραβίαση άρθρου 2.4.3.2. και τεχνικού Παραρτήματος της διακήρυξης ως προς την υποχρέωση υποβολής άδειας λειτουργίας εν ισχύ

Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2. της διακήρυξης οι υποψήφιοι θα πρέπει να καταθέσουν με την προσφορά τους : « 1) αναλυτική τεχνική περιγραφή των προσφερόμενων ειδών στην οποία θα περιλαμβάνονται απαραίτητα η σύσταση σε θρεπτικά συστατικά του προσφερόμενου γάλακτος, η διάρκεια ζωής του και οι συνθήκες αποθήκευσης 2) Άδεια λειτουργίας εργοστασίου η οποία θα πρέπει να βρίσκεται απαραίτητα εν ισχύ ... 3) Βεβαίωση από την

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

αρμόδια ΔΝΣΗ Κτηνιατρικής Υπηρεσίας ότι το εργοστάσιο λειτουργεί σύμφωνα με την εθνική και κοινοτική νομοθεσία ...»

Σύμφωνα με το Παράρτημα των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης ορίζεται με σαφήνεια μεταξύ άλλων ότι : « ... Οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται, επίσης, να περιλάβουν στην τεχνική τους προσφορά : 1) Τη σύσταση σε θρεπτικά συστατικά του προσφερόμενου γάλακτος 2) τη διάρκεια ζωής 3) Τις συνθήκες αποθήκευσης

Το γάλα πρέπει να προέρχεται από νομίμως λειτουργούντα εργοστάσια, γεγονός που θα πιστοποιείται από τα παρακάτω έγγραφα : 1) Πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας τροφίμων κατά το πρότυπο ISO 22000 2) Άδεια λειτουργίας εργοστασίου εν ισχύ 3) Βεβαίωση από την αρμόδια ΔΝΣΗ Κτηνιατρικής υπηρεσίας ότι το εργοστάσιο λειτουργεί σύμφωνα με την εθνική και κοινοτική νομοθεσία και έχει κωδικό κτηνιατρικής έγκρισης».

Όπως προκύπτει με σαφήνεια από τις ανωτέρω διατάξεις της διακήρυξης οι υποψήφιοι ανάδοχοι θα έπρεπε να υποβάλλουν με την προσφορά τους άδεια λειτουργίας του εργοστασίου εν ισχύ. Η εταιρία ... υπέβαλλε καταρχήν έγγραφο αδείας του 2011 για το εργοστάσιό της με ημερομηνία λήξης το 2014, το οποίο και δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό. Εν συνεχεία με το υποβληθέν έγγραφο «περί άδειας λειτουργίας» αναφέρεται αφενός βάσει της ΚΥΑ απλούστευσης των αδειοδοτικών λειτουργιών σε μη αναγκαιότητα πλέον έκδοσης άδειας λειτουργίας, παράλληλα όμως στο ίδιο έγγραφο αναφέρεται στην αίτηση που έχει καταθέσει για έκδοση νέας άδειας λειτουργίας .

Σύμφωνα με την ΚΥΑ για την απλούστευση της αδειοδότησης (ΦΕΚ 3181 Β 2014) « ... Η κατάργηση της υποχρέωσης λήψης άδειας λειτουργίας ή υποβολής υπεύθυνης δήλωσης δεν απαλλάσσει τον ενδιαφερόμενο από την υποχρέωση λήψης και διατήρησης σε ισχύ των προβλεπόμενων από την παραπάνω υπουργική απόφαση 483/2012 κατ' ιδίαν εγκρίσεων, δικαιολογητικών και τυχόν σύμφωνης γνώμης άλλων Υπηρεσιών κατά περίπτωση ...» ΚΑΙ « ... 2. Πριν από την έναρξη λειτουργίας της οικονομικής δραστηριότητας, καθώς και σε κάθε επέκταση ή εκσυγχρονισμό της, ο ενδιαφερόμενος ενημερώνει σχετικά την Αδειοδοτούσα Αρχή του Ν. 3982/2011, η οποία και διενεργεί εκ των υστέρων τους κατά νόμο ελέγχους.

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

Όταν δεν προηγείται στάδιο άδειας εγκατάστασης, στην εν λόγω ενημέρωση ο ενδιαφερόμενος συμπληρώνει το προβλεπόμενο στην άνω απόφαση 483/2012 ερωτηματολόγιο. Σε περίπτωση αλλαγής του φορέα της δραστηριότητας, κατά το άρθρο 23 του Ν.3982/2011, τόσο ο παλαιός, όσο και ο νέος φορέας, ενημερώνουν σχετικά την Αδειοδοτούσα Αρχή ...».

Με την προσφορά της, η εταιρία έχει υποβάλλει και μία βεβαίωση καταχώρησης ερωτηματολογίου (βάσει της ΚΥΑ) το 2018 θεωρώντας ότι επέχει «θέση άδειας λειτουργίας εν ισχύ». Η κρίση αυτή, που προφανώς έγινε χωρίς αιτιολόγηση δεκτή από την αναθέτουσα αρχή, είναι βάσει του υφιστάμενου νομικού πλαισίου νομικά εσφαλμένη. Όπως προαναφέρθηκε, η κατάργηση της υποχρέωσης λήψης άδειας λειτουργίας ή υποβολής υπεύθυνης δήλωσης δεν απαλλάσσει τον ενδιαφερόμενο από την υποχρέωση λήψης και διατήρησης σε ισχύ των προβλεπόμενων από την παραπάνω υπουργική απόφαση 483/2012 κατ' ιδίαν εγκρίσεων, δικαιολογητικών και τυχόν σύμφωνης γνώμης άλλων Υπηρεσιών κατά περίπτωση. Επομένως, και εν συνεχεία της αίτησης που έχει υποβάλλει η εταιρία ... συμπληρώνεται το ερωτηματολόγιο που αφορά ειδικά για την περίπτωση της την δραστηριότητα του γάλακτος με ότι αυτό συνεπάγεται από πλευράς απαίτησης ειδικότερων αδειοδοτήσεων. Τέλος, το έγγραφο που κατά το νόμο επέχει πλέον θέση «νόμιμης άδειας λειτουργίας εν ισχύ» δεν είναι ούτε το αίτημα, ούτε καν το συμπληρωμένο ερωτηματολόγιο αλλά Η ΓΝΩΣΤΟΠΟΙΗΣΗ που γίνεται εν συνεχεία της περιγραφόμενης διαδικασίας στην πλατφόρμα του Υπουργείου NOTIFY BUSINESS.GR, η οποία και περιέχει το σύνολο των προαπαιτούμενων -ανά κατηγορία- αδειοδοτήσεων (π.χ. κτηνιατρική, πυροσβεστική κ.λπ) συνοδευόμενων με τους κατά περίπτωση αποδεικτικούς ΑΔΑ. (Βλ. σχετικό υποβληθέν έγγραφο γνωστοποίησης για την εταιρία μας (... ΓΝΩΣΤΟΠΟΙΗΣΗ ΓΙΑ ΤΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΜΕΤΑΠΟΙΗΤΙΚΗΣ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΑΣ ΤΟΥ ΤΟΜΕΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΠΟΤΩΝ) (α/α τεχνικής προσφοράς 04).

Αντίστοιχο Έγγραφο γνωστοποίησης, που επέχει όπως αναλύθηκε θέση νόμιμης εν ισχύ αδειάς, δεν έχει υποβληθεί από την εταιρία και το αίτημα για ερωτηματολόγιο σε καμία περίπτωση δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του νόμου και της διακήρυξης για νόμιμη άδεια εργοστασίου εν ισχύ.

Επομένως, η τεχνική προσφορά της εταιρίας θα πρέπει να απορριφθεί από το διαγωνισμό.

2ος ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ :

Παραβίαση άρθρου 2.4.3.2. και τεχνικού Παραρτήματος της διακήρυξης ως προς την υποχρέωση υποβολής με την τεχνική προσφορά των συνθηκών αποθήκευσης

Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2. της διακήρυξης οι υποψήφιοι θα πρέπει να καταθέσουν με την προσφορά τους : « 1) αναλυτική τεχνική περιγραφή των προσφερόμενων ειδών στην οποία θα περιλαμβάνονται απαραίτητα η σύσταση σε θρεπτικά συστατικά του προσφερόμενου γάλακτος, η διάρκεια ζωής του και οι συνθήκες αποθήκευσης 2) Άδεια λειτουργίας εργοστασίου η οποία θα πρέπει να βρίσκεται απαραίτητα εν ισχύ ... 3) Βεβαίωση από την αρμόδια ΔΝΣΗ Κτηνιατρικής Υπηρεσίας ότι το εργοστάσιο λειτουργεί σύμφωνα με την εθνική και κοινοτική νομοθεσία ...»

Σύμφωνα με το Παράρτημα των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης ορίζεται με σαφήνεια μεταξύ άλλων ότι : « ... Οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται, επίσης, να περιλάβουν στην τεχνική τους προσφορά : 1) Τη σύσταση σε θρεπτικά συστατικά του προσφερόμενου γάλακτος 2) τη διάρκεια ζωής 3) Τις συνθήκες αποθήκευσης

Πέραν του θέματος της μη προσκόμισης της άδειας λειτουργίας εν ισχύ, η υποψήφια ανάδοχος με την τεχνική προσφορά που υπέβαλε στο διαγωνισμό, παρέλειψε, ενώ είχε υποχρέωση επί ποινή αποκλεισμού, να καταθέσει έγγραφο αδείας ψυκτικών εγκαταστάσεων (βλ. αντίστοιχο έγγραφο αδείας ψυκτικών εγκαταστάσεων που υποβάλαμε με την προσφορά μας με αριθμ. 333719/16-11-2009) (α/α τεχνικής προφοράς 09). Το έγγραφο αυτό είναι υποχρεωτικό λόγω της απαίτησης της διακήρυξης αλλά και λόγω της φύσης του υπό ανάθεση φυσικού αντικειμένου της σύμβασης που συνίσταται σε προμήθεια και διανομή φρέσκου γάλακτος. Σε κάθε περίπτωση, πέραν της έλλειψης του μόνου στην ουσία εγγράφου που καταγράφει δεσμευτικά τις συνθήκες αποθήκευσης δεν έχει κατατεθεί με την τεχνική προσφορά της εταιρίας ΚΑΝΕΝΑ άλλο έγγραφο εναλλακτικά από το οποίο να μπορούν να καταγραφούν οι συνθήκες αποθήκευσης που απαιτείται από τη διακήρυξη. Επομένως, λόγω της έλλειψης υποβολής των συνθηκών αποθήκευσης, η

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

προσφορά της εταιρίας ... είναι ελλιπής και θα πρέπει να απορριφθεί...[.] ». Με, το, δε, υπόμνημά της η προσφεύγουσα αναφέρει τα κάτωθι « Σύμφωνα με το άρθρο 365 του νόμου 4412/2016 ορίζεται μεταξύ άλλων ότι : « ... Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης ...» και « ... Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής ...». Αναφορικά με τις απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής (έγγραφο 165555/02-10- 2019) και την εκεί αναφερόμενη πρόσθετη και συμπληρωματική αιτιολογία που παρατίθεται θα θέλαμε να προσθέσουμε τα ακόλουθα : Α) Σε ότι αφορά τον πρώτο λόγο, με την προδικαστική μας προσφυγή αναδείξαμε ότι σε ότι αφορά το κριτήριο επιλογής που σχετίζεται με την επαγγελματική καταλληλότητα, η εταιρία ..., « ... από το ISO το οποίο υπέβαλε στο φάκελο δικαιολογητικών προκύπτει ότι το αντικείμενο της εταιρικής της δραστηριότητας δεν σχετίζεται με το φυσικό αντικείμενο του φρέσκου γάλακτος που αποτελεί το αντικείμενο του διαγωνισμού. Αυτός είναι και ο λόγος για τον οποίο κατ' ουσίαν η υποψήφια ανάδοχος στην πραγματικότητα δεν θα κάνει τίποτα περισσότερο από διακίνηση τιμολογίων αφού στο υποβληθέν ΕΕΕΣ αναφέρει ότι θα παραχωρήσει υπεργολαβικά το 100% της υπό ανάθεση σύμβασης !!! Το γεγονός δε ότι ο υπο - προμηθευτής της (...) έχει συναφές αντικείμενο καθώς και τις απαιτούμενες άδειες για τη δραστηριότητα αυτή για να συμμετάσχει στο διαγωνισμό δεν μπορεί να «θεραπεύσει» την έλλειψη αυτή αφού η καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας που απαιτείται σε έναν διαγωνισμό βάσει του όρου 2.2.4. της διακήρυξης ΔΕΝ είναι «δεκτική δανεισμού», και πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου...». Με τις απόψεις της αναθέτουσα αρχή δεν δείχνει να αντιλαμβάνεται το περιεχόμενο του κριτηρίου επιλογής σχετικά με την επαγγελματική καταλληλότητα και απλώς αναφέρει ότι η εταιρία ...είναι εγγεγραμμένη στο ΓΕΜΗ. Το γεγονός εγγραφής στο ΓΕΜΗ δεν αρκεί σε καμία περίπτωση από μόνο του για να καλύψει την συγκεκριμένη απαίτηση της διακήρυξης και η προσφορά θα έπρεπε να απορριφθεί άνευ εταίρου. Η δε αναφορά της παρεμβαίνουσας σχετικά με το ότι η γενική

εμπορική ιδιότητα είναι δήθεν απόλυτα συναφής με το αντικείμενο είναι απορριπτέα καθώς το φυσικό αντικείμενο του διαγωνισμού είναι απολύτως συγκεκριμένο. Η δε αναφορά σε δυνατότητα παροχής διευκρινήσεων είναι κατά τη γνώμη μας ατυχής αφού όταν εκ των εγγράφων που κατατίθενται δεσμευτικά σε μία διαγωνιστική διαδικασία δεν προκύπτει η συνάφεια της επαγγελματικής δραστηριότητας είναι αδύνατον να προκύψει εκ των υστέρων μέσω «διευκρινήσεων». Β) Σε ότι αφορά τον τρίτο λόγο « ... Σύμφωνα με το άρθρο 2.1.5. της διακήρυξης ορίζεται ότι « οι εγγυήσεις 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 ΑΦΜ και τη διεύθυνση του οικονομικού φορέα υπέρ του οποίου εκδίδεται η εγγύηση 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 τέλος χαρτοσήμου η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών θ) την ημερομηνία λήξης ή τον χρόνο ισχύος της εγγύησης κ.λπ. ...». Επομένως, η διακήρυξη αλλά και ο νόμος στο άρθρο 72 του 4412/2016 σε ότι αφορά την αναγκαιότητα των στοιχείων και ουσιωδών όρων που πρέπει να έχει μία εγγυητική για να είναι παραδεκτή ουδόλως διακρίνουν σχετικά με το εάν η εγγυητική προέρχεται από τράπεζα, πιστωτικό ίδρυμα, ασφαλιστική εταιρία ή τα Ταμείο Παρακαταθηκών και δανείων. Επομένως, η κρίση της αναθέτουσας αρχής είναι εσφαλμένη και η προσφορά θα έπρεπε να απορριφθεί. Γ) Σε ότι αφορά στον τέταρτο λόγο, σύμφωνα με το άρθρο 78 παρ. 1 ορίζεται μεταξύ άλλων ότι : « ... Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης ...». Αντίστοιχη ρητή πρόβλεψη υπάρχει και στο άρθρο 2.2.8. της διακήρυξης σχετικά με την χρηματοοικονομική επάρκεια. Επομένως, για να μπορεί παραδεκτά να δανειστεί η χρηματοοικονομική επάρκεια, αναγκαία και ικανή συνθήκη βάσει της

συγκεκριμένης διακήρυξης αποτελεί η ουσιαστική προϋπόθεση να είναι δεσμευτικά έναντι της της αναθέτουσας αρχής από κοινού υπεύθυνοι. Πέραν λοιπόν της απουσίας δήλωσης στο ΕΕΕΣ της ...του δανεισμού χρηματοοικονομικής επάρκειας από τη ..., από κανένα έγγραφο είτε της «υποτιθέμενης δανείζουσας» είτε της «δανειζόμενης» δεν προκύπτει ΑΠΟ ΚΟΙΝΟΥ ΔΕΣΜΕΥΣΗ τους έναντι της Αναθέτουσας Αρχής. Για αυτό το λόγο ελλείπει της οποιαδήποτε ρητής δέσμευσης δεν νοείται για την συγκεκριμένη διακήρυξη δανεισμός χρηματο - οικονομικής επάρκειας, η δε αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση αδυναμίας εκτέλεσης της σύμβασης της εταιρίας... λόγω ελαχίστων χρηματο - οικονομικών πόρων εάν στραφεί και αναζητήσει ευθύνες από την «υποτιθέμενη δανείζουσα» θα λάβει την απάντηση ότι από κανένα έγγραφο ή σημείο της προσφοράς της δεν προκύπτει δέσμευση για «από κοινού ευθύνη έναντι της αναθέτουσας αρχής». Το γεγονός δε αυτό είναι προφανές ότι ουδόλως δύναται να διορθωθεί μέσω «διευκρινήσεων » και εκ των υστέρων συμμόρφωση με τον όρο της διακήρυξης. Επομένως, η προσφορά της εταιρίας ... θα έπρεπε να απορριφθεί. Δ) Σε ότι αφορά τον πέμπτο λόγο της προσφυγής η ίδια η επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού κατ' ουσίαν συνομολογεί ότι προϋποτίθεται ότι ένα μέρος της σύμβασης θα πρέπει αναγκαστικά βάσει των διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης να εκτελείται από τον υποψήφιο ανάδοχο, γεγονός που διέλαθε της προσοχής της και δεν ελήφθη υπόψιν κατά την αξιολόγηση. Επομένως, σε κάθε περίπτωση αυτοτελώς και μόνο για τον πέμπτο λόγο η προσφορά της εταιρίας ... θα έπρεπε δεσμευτικά να έχει απορριφθεί αφού δεν πρόκειται να εκτελέσει κανένα μέρος της σύμβασης και θα εκχωρήσει υπεργολαβικά το 100% του έργου».

20. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει αυτολεξεί τα εξής « ΑΠΟΨΕΙΣ ΕΠΙ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «...»

Στην ..., σήμερα 02-10-2019, ημέρα Τετάρτη και ώρα 09:00, στο γραφείο ..., στον ... (οδός ...) του Δήμου ..., συνεδρίασε η επιτροπή που συστήθηκε με την υπ. αριθ. 288/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., προκειμένου να διατυπώσει τις απόψεις της για την από 30-01-2019 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «...» κατά της υπ. αριθ. 500/17-09-2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... που

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

αφορά τις προσφορές που υποβλήθηκαν στον υπ' αριθ. ... ηλεκτρονικό διαγωνισμό της υπ' αριθ. ... διακήρυξης της Διεύθυνσης Οικονομικής και Ταμειακής Διαχείρισης, Τμήμα Προκηρύξεων και Δημοπρασιών, για την προμήθεια λευκού, φρέσκου, παστεριωμένου, αγελαδινού γάλακτος, με 3,5% λιπαρά κατ' ελάχιστον, για τους δικαιούχους υπαλλήλους (στους οποίους παρέχονται τα μέσα ατομικής προστασίας) του Δήμου ... και των νομικών του προσώπων του, καθώς και για ανάγκες των παιδιών που φιλοξενούνται από τους Παιδικούς Σταθμούς του Δήμου ... και τα νομικά πρόσωπα του για δυο (2) έτη με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή .

Στη συνεδρίαση της επιτροπής, που είχε απαρτία, παρέστησαν οι εξής:

[...]

Η Επιτροπή αφού έλαβε υπόψη της την υπ. αριθ. ... διακήρυξη της Διεύθυνσης Οικονομικής και Ταμειακής Διαχείρισης, Τμήμα Προκηρύξεων και Δημοπρασιών, για την προμήθεια λευκού, φρέσκου, παστεριωμένου, αγελαδινού γάλακτος, με 3,5% λιπαρά κατ. ελάχιστον, για τους δικαιούχους υπαλλήλους (στους οποίους παρέχονται τα μέσα ατομικής προστασίας) του Δήμου ... και των νομικών του προσώπων του, καθώς και για ανάγκες των παιδιών που φιλοξενούνται από τους Παιδικούς Σταθμούς του Δήμου ... και τα νομικά πρόσωπα του για δυο (2) έτη με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή που διέπει τον εν λόγω διαγωνισμό, παρατηρεί τα εξής:

Ως προς την εταιρεία ...

Όσο αφορά τον πρώτο (1ο) λόγο της προδικαστικής προσφυγής η Επιτροπή Αξιολόγησης κατά την αξιολόγηση έλαβε υπόψη τα παρακάτω: Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.4 της διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού και σύμφωνα με τα υπ. αριθ. ... και ... έγγραφα του Γ.Ε.Μ.Η., τα οποία επισυνάπτονται, η εταιρεία ... είναι γραμμένη στο Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο Η πληροφορία αυτή αντλήθηκε από την ηλεκτρονική διεύθυνση του Μέρους IV- Κριτήριο επιλογής παράγραφος Α-Καταλληλότητα Εδάφιο Εγγραφή στο σχετικό εμπορικό μητρώο. Όσο αφορά τον δεύτερο (2°) λόγο της προδικαστικής προσφυγής η Επιτροπή Αξιολόγησης έχει να παραθέσει τα παρακάτω: Στο πιστοποιητικό ISO 22000 της εταιρείας ... αναγράφεται «ότι ισχύει υπό την προϋπόθεση διενέργειας των απαιτούμενων

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

ετησίων εντός δωδεκαμήνου από την ημερομηνία έκδοσης επιθεωρήσεων επιτήρησης και υπόκειται στους κανονισμούς της»

Στο πιστοποιητικό ISO 22000 της εταιρείας ... «...» αναγράφεται «Η πιστοποίηση αυτή υπόκειται σε ετήσιο έλεγχο. Η ισχύς του πιστοποιητικού (3 έτη) προϋποθέτει ότι πραγματοποιούνται με επιτυχία οι ετήσιες εποπτικές επιθεωρήσεις.»

Δηλαδή και για τα δύο πιστοποιητικά ISO 22000 των εταιρειών υπάρχουν οι ίδιες προϋποθέσεις. Κατατέθηκαν επίσης για την εταιρεία ... τα πιστοποιητικά ISO 22000 και ISO 9001 τα οποία είναι αναρτημένα στο Ε.ΣΗ.ΔΗ.Σ.

Όσο αφορά την ημερομηνία έκδοσης του πιστοποιητικού ISO 22000 της εταιρείας ... που είναι 29-07-2019 γίνεται δεκτή διότι η εταιρεία ... ανήρτησε την προσφορά της στο Ε.ΣΥ.ΔΗ.Σ στις 02/08/19 13:06:52 οπότε το πιστοποιητικό της ήταν σε ισχύ την στιγμή που κατατέθηκε η προσφορά της.

Όσο αφορά τον τρίτο (3^ο) λόγο της προδικαστικής προσφυγής η Επιτροπή Αξιολόγησης έχει να παραθέσει τα παρακάτω:

Σύμφωνα με το άρθρο 2.1.5.- Εγγυήσεις της διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού αναφέρεται ότι « Μπορούν επίσης να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α.-Τ.Μ.Ε.Δ.Ε ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου ποσού»

Τα στοιχεία που κατ' ελάχιστον πρέπει να έχουν οι εγγυήσεις σύμφωνα με το άρθρο 2.1.5.- Εγγυήσεις αφορούν εγγυητικές επιστολές και όχι τα γραμμάτια παρακατάθεσης χρεογράφων.

Όσο αφορά τον τέταρτο (4^ο) λόγο της προδικαστικής προσφυγής η Επιτροπή Αξιολόγησης έχει να παραθέσει τα παρακάτω:

Στο ΕΕΕΣ της εταιρείας ... η εν λόγω εταιρεία δήλωσε τους κύκλους εργασιών τους δικούς της, χωρίς να αναφέρει ότι κάνει χρήση δάνειας εμπειρίας. Συγχρόνως η εταιρεία ... με υπεύθυνη της δήλωση, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.ΣΥ.ΔΗ.Σ., δηλώνει ότι θα κάνει χρήση δάνειας εμπειρίας όσο αφορά την χρηματοοικονομική επάρκεια και τεχνική επάρκεια από την εταιρεία

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

Το ίδιο αναφέρει και η εταιρεία σε υπεύθυνη της δήλωση, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.ΣΥ.ΔΗ.Σ. Στο ΕΕΕΣ της εταιρείας δηλώνεται ότι θα δανείσει την εμπειρία της όσο αφορά τη χρηματοοικονομική και την τεχνική επάρκεια. Προφανώς η εταιρεία ... εκ παραδρομής στο δικό της ΕΕΕΣ αναφέρει τη δάνεια εμπειρία μόνο στην τεχνική επάρκεια.

Όσο αφορά τον πέμπτο (5^ο) λόγο της προδικαστικής προσφυγής η Επιτροπή Αξιολόγησης έχει να παραθέσει τα παρακάτω:

Σύμφωνα με το άρθρο 4.4.- Υπεργολαβία της διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού στην παράγραφο 4.4.1. «Ο Ανάδοχος δεν απαλλάσσεται από τις συμβατικές του υποχρεώσεις και ευθύνες λόγω ανάθεσης της εκτέλεσης τμήματος/τμημάτων της σύμβασης σε υπεργολάβους». Αυτό όμως προϋποθέτει ότι ένα ποσοστό της προμήθειας θα παραμένει στον συμμετέχοντα στη δημοπρασία. Η Επιτροπή εκ παραδρομής δεν έλαβε υπόψη της την αναφορά της εταιρείας ... στην υπεργολαβία σε ποσοστό 100% αλλά μόνο στη χρήση της δάνειας εμπειρίας και λόγω των υπεύθυνων δηλώσεων των εταιρειών.

Ως προς την εταιρεία ...

Όσο αφορά τον πρώτο (1^ο) λόγο της προδικαστικής προσφυγής η Επιτροπή Αξιολόγησης κατά την αξιολόγηση έλαβε υπόψη τα παρακάτω:

Η Επιτροπή Αξιολόγησης κατόπιν τηλεφωνικής επικοινωνίας με την Διεύθυνση Ανάπτυξης - Περιφερειακής Ενότητας ... - Τμήμα Χορήγησης Αδειών Ανάπτυξης Ενέργειας και Φυσικών Πόρων -Τμήμα Α και συγκεκριμένα με τον (εκδύσας της κατατεθειμένης αδειάς) μας διευκρίνισε ότι η άδεια που κατατέθηκε από την εταιρεία όσο αφορά την άδεια λειτουργίας ισχύει επ' άοριστον και οι χρονικές διάρκειες περιορισμοί ισχύουν μόνο για τις τροποποιήσεις και επεκτάσεις των εγκαταστάσεων - η χρονική διάρκεια ορίζεται ως ο χρόνος στον οποίο πρέπει να ολοκληρωθεί η τροποποίηση ή η επέκταση της επιχείρησης-(άδεια εγκατάστασης). Η εν λόγω Υπηρεσία μας ενημέρωσε ότι είναι στη διάθεση μας για οποιαδήποτε πληροφορία, αλλά λόγω σφικτών χρονικών περιορισμών της απάντησης μας προς την ΑΕΕΠ δεν ήταν δυνατή η αποστολή των απόψεων τους εγγράφως.

Όσο αφορά τον δεύτερο (2^ο) λόγο της προδικαστικής προσφυγής η Επιτροπή Αξιολόγησης έχει να παραθέσει τα παρακάτω:

Στη τεχνική περιγραφή του γάλακτος αναφέρονται οι συνθήκες διατήρησης «Διατηρείται υπό ψύξη 0 έως και +4οC». Για την Επιτροπή οι συνθήκες αποθήκευσης είναι οι συνθήκες διατήρησης του γάλακτος.

Στο σημείο αυτό η επιτροπή ολοκλήρωσε το έργο της.».

21. Επειδή, η πρώτη παρεμβαίνουσα υποστηρίζει τα εξής « [...] ΛΟΓΟΙ ΔΙΑΤΗΡΗΣΗΣ ΤΗΣ ΠΡΑΞΗΣ- ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

ΠΡΩΤΟΝ. Όσον αφορά στην καταλληλότητα μας

1. Στο άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, με το οποίο ενσωματώθηκε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται, 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.».

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

Περαιτέρω, για την συμμετοχή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία απαιτείται μεταξύ άλλων, η συμπλήρωση προδιατυπωμένης υπεύθυνης δήλωσης (ΕΕΕΣ- Παράρτημα Ι), στην οποία μεταξύ άλλων ο οικονομικός φορέας καλείται να απαντήσει προς απόδειξη της καταλληλότητας του για τη συμμετοχή του στον παρόντα διαγωνισμό το μέρος IV. Α. σχετικά με το αν είναι εγγεγραμμένος σε σχετικό εμπορικό μητρώο.

2. Κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Οι διατάξεις της διακήρυξης, οι οποίες διέπουν τον διαγωνισμό, περιέχουν ειδικές ρυθμίσεις που είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέες και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης ως ειδικότερες και αφορώσες το συγκεκριμένο διαγωνισμό (βλ. ΣΤΕ 1502/2003, ΣΤΕ ΕΑ 16/2005, 977/2004, ΔΕΦΑΘ 2277/2014, ΔΕΦΑΘ αναστ. 895/2012). Η παράβαση των ανωτέρω διατάξεων 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.

Σύμφωνα δε με τους όρους της υπόψη Διακήρυξης, κατά το στάδιο αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων ισχύει ο κανόνας της προαπόδειξης, κατ' εφαρμογή του οποίου οι διαγωνιζόμενοι καλούνται μέσω της συμπλήρωσης και υποβολής του ΕΕΕΣ, το οποίο συνιστά προκαταρκτική υπεύθυνη δήλωση, να αποδεικνύουν τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, χωρίς περαιτέρω υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών (ΔΕΦΘεσ/νίκης 166/2018).

3. Σε πλήρη συμμόρφωση με τα ανωτέρω και προκειμένου να προ-αποδείξουμε την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής μας δραστηριότητας και την νόμιμη συμμετοχή μας στον επίμαχο διαγωνισμό απαντήσαμε θετικά στο ως άνω ερώτημα του ΕΕΕΣ του διαγωνισμού (Μέρος

IV. Α). Άλλωστε στο στάδιο υποβολής προσφορών για την απόδειξη της καταλληλότητας αρκεί και μόνη αυτή η δήλωση στο ΕΕΕΠ, χωρίς να απαιτείται σύμφωνα με την διακήρυξη η με οποιονδήποτε τρόπο απόδειξη της ως άνω δήλωσης.

Με την υπό κρίση προσφυγή υποστηρίζεται ότι δήθεν το ISO που υποβάλλαμε δεν σχετίζεται με το φυσικό αντικείμενο του διαγωνισμού. Πλην όμως η διακήρυξη ουδόλως απαίτησε να ασκεί ο προσφέρων δραστηριότητα που έχει ειδικώς και κατά στενό τρόπο διατυπωθείσα περιγραφή αντίστοιχη ή ίδια με το φυσικό αντικείμενο, αλλά απαίτησε να έχει δραστηριότητα σχετική με το φυσικό αντικείμενο, ήτοι να καλύπτει το τελευταίο.

Ειδικότερα, με το άρθρο 2.2.4. της οικείας διακήρυξης διευκρινίζεται η πραγματική βούληση της αναθέτουσας αρχής και προκύπτει σαφώς η απαίτηση ο υποψήφιος να ασκεί οποιαδήποτε συναφή δραστηριότητα σε σχέση με την προμήθεια γάλακτος στην οποία προφανώς περιλαμβάνεται και η αμιγώς εμπορική δραστηριότητα τροφίμων και ποτών.

Συνεπώς στον υπό κρίση διαγωνισμό γίνεται δεκτή η χωρίς περιορισμό συμμετοχή οποιασδήποτε εμπορικής επιχείρησης μπορεί να παράσχει την κρίσιμη προμήθεια, αρκεί να ασκεί συναφή δραστηριότητα, χωρίς να απαιτείται η συνδρομή προϋποθέσεων συγκεκριμένης ενασχόλησης προκειμένου κάποιος υποψήφιος να θεωρηθεί κατάλληλος για τη σύμβαση.

Στην περίπτωση μας, όπως προκύπτει είμαστε εγγεγραμμένοι στο Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο Αθηνών στους Κωδικούς Δραστηριότητας «... - ΕΜΠΟΡΙΚΟΙ ΑΝΤΙΠΡΟΣΩΠΟΙ ΠΟΥ ΜΕΣΟΛΑΒΟΥΝ ΣΤΗΝ ΠΩΛΗΣΗ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ...- ΕΜΠΟΡΙΚΟΙ ΑΝΤΙΠΡΟΣΩΠΟΙ ΠΟΥ ΜΕΣΟΛΑΒΟΥΝ ΣΤΗΝ ΠΩΛΗΣΗ ΠΟΤΩΝ ... - ΛΙΑΝΙΚΟ ΕΜΠΟΡΙΟ ΒΡΩΣΙΜΩΝ ΕΛΑΙΩΝ ΚΑΙ ΛΙΠΩΝ, ΜΕ ΑΛΛΗΛΟΓΡΑΦΙΑ Η ΜΕΣΩ ΔΙΑΔΙΚΤΥΟΥ ... - ΛΙΑΝΙΚΟ ΕΜΠΟΡΙΟ ΑΛΛΩΝ ΤΡΟΦΙΜΩΝ Π.Δ.Κ.Α., ΜΕ ΑΛΛΗΛΟΓΡΑΦΙΑ Η ΜΕΣΩ ΔΙΑΔΙΚΤΥΟΥ ... - ΛΙΑΝΙΚΟ ΕΜΠΟΡΙΟ ΑΛΚΟΟΛΟΥΧΩΝ ΠΟΤΩΝ, ΜΕ ΑΛΛΗΛΟΓΡΑΦΙΑ Η ΜΕΣΩ ΔΙΑΔΙΚΤΥΟΥ ... - ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΔΙΑΜΕΣΟΛΑΒΗΣΗΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΞΑΓΩΓΗ ΑΓΑΘΩΝ» και συνεπώς έχουμε το δικαίωμα να συμμετέχουμε σε διαγωνιστικές διαδικασίες που αφορούν προμήθεια κάθε είδους ποτού, ήτοι υγρού που προορίζεται για

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

ανθρώπινη κατανάλωση, στην έννοια δε του ποτού εντάσσεται προφανώς και το γάλα (Σχ. 1Α, 1Β) .

Ενόψει των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι η δήλωση μας στο ΕΕΕΣ ότι πληρούμε τους όρους καταλληλότητας ορθώς έγινε δεκτή από τον Δήμο ..., απορριπτόμενου ως αβάσιμου του πρώτου λόγου προσφυγής περί δήθεν απόρριψης της προσφοράς μας.

4. Σε κάθε περίπτωση όμως και όλως επικουρικά, ακόμη κι αν για οποιοδήποτε λόγο ήθελε κριθεί ότι υφίσταται οποιοσδήποτε λόγος αμφιβολίας ως προς το γεγονός της δραστηριοποίησης μας σε σχετικό αντικείμενο αντίστοιχο του επίμαχου διαγωνισμού, και πάλι τούτο δεν συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς μας όπως όλως αβασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, αλλά λόγο κλήσης μας εκ μέρους της αναθέτουσας προς υποβολή διευκρινίσεων προκειμένου τούτη να αποφανθεί αιτιολογημένα για την πλήρωση ή μη του εν λόγω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 (Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών).

Ενόψει τούτων όσα αβασίμως προβάλλονται από τον προσφεύγοντα θα πρέπει να απορριφθούν, δεδομένου ότι κανένας λόγος απόρριψης δεν συντρέχει στο πρόσωπο μας καθώς έχουμε πράγματι δικαίωμα να συμμετάσχουμε στον επίμαχο διαγωνισμό και πληρούμε τον όρο της καταλληλότητας και ειδικότερα τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.4. της Διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού.

ΔΕΥΤΕΡΟΝ. Όσον αφορά στην υποβολή του ISO 22000

Στο μέρος ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ της οικείας διακήρυξης προβλέπεται ότι :«2.2.7 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να καταθέσουν Πιστοποίηση για το σύστημα διασφάλισης ποιότητας τροφίμων κατά το πρότυπο ISO 22000.»

Περαιτέρω στο μέρος ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ της οικείας διακήρυξης προβλέπεται ότι στο στάδιο της κατακύρωσης «B.5. Για την απόδειξη της συμμόρφωσης τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν Πιστοποιητικό ISO 22000».

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

Σε πλήρη συμμόρφωση με τα ανωτέρω, στην σχετική ερώτηση του ΕΕΕΣ (μέρος IV .Δ). αν ο οικονομικός φορέας είναι σε θέση να προσκομίσει τα απαιτούμενα πιστοποιητικά απαντήσαμε θετικά.

Παρόλα αυτά ο προσφεύγων επικαλείται ότι δήθεν η προσφορά μας δεν είναι παραδεκτή λόγω υποβολής μη ανεπιφύλακτου ISO. Ωστόσο, ο πρώτος ισχυρισμός του δεύτερου λόγου της προσφυγής ερείδεται επί εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης και δη απαίτησης που εξαρχής δεν υφίστατο τουλάχιστον κατά το στάδιο υποβολής προσφορών και τούτο διότι η υποβολή του ISO συνιστά απαίτηση του σταδίου της κατακύρωσης (βλ. σημείο Β5 της διακήρυξης).

Σε κάθε περίπτωση ωστόσο, επισημαίνεται ότι το ISO που υποβάλλαμε, το οποίο εκδόθηκε από τον ανεξάρτητο Φορέα Πιστοποίησης, βρίσκεται σε ισχύ από την 29η Ιουλίου 2019, όπως προκύπτει από το απολύτως σαφές και ρητό περιεχόμενο αυτού. Συγκεκριμένα, στο ανωτέρω πιστοποιητικό αναγράφεται επί λέξει ότι «ημερομηνία έκδοσης παρόντος πιστοποιητικού 29 Ιουλίου 2019 — Ημερομηνία λήξης παρόντος πιστοποιητικού 29 Ιουλίου 2020». Συνεπώς αβασίμως προβάλλονται τα περί του αντιθέτου από τον προσφεύγοντα.

Προς επίρρωση των ανωτέρω και προς απόδειξη της απολύτου εγκυρότητας και νομιμότητας του σχετικού πιστοποιητικού μας, προσκομίζουμε την από 09/10/2019 Βεβαίωση του ανωτέρω ανεξάρτητου Φορέα Πιστοποίησης (Σχ. 2), στην οποία αναφέρεται ότι για την έκδοση του επίμαχου πιστοποιητικού ολοκληρώθηκε επιτυχώς η Αρχική Αξιολόγηση του Συστήματος Διαχείρισης της Ασφάλειας των Τροφίμων κατά ISO 22000:2005. Η προϋπόθεση διενέργειας ετήσιων ελέγχων τίθεται βάσει των κανόνων Διαπίστευσης σε όλα ανεξαιρέτως τα σχετικά πιστοποιητικά ISO και δεν θίγει την ισχύ και την εγκυρότητά τους. Σημειωτέον δε ότι η προϋπόθεση διενέργειας ετήσιων ελέγχων έχει τεθεί και στο αντίστοιχο πιστοποιητικό της προσφεύγουσας, με αποτέλεσμα σε κάθε περίπτωση ο εν λόγω ισχυρισμός να προβάλλεται αλυσιτελών

Ο δεύτερος ισχυρισμός του δεύτερου λόγου ερείδεται σε πλάνη περί τα πράγματα του προσφεύγοντος και τούτο διότι εσφαλμένως αναφέρεται ότι για την ... υποβλήθηκε μόνο ISO 9001, στην πραγματικότητα, όπως

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

προκύπτει από το έγγραφο της τεχνικής προσφοράς μας υποβάλλαμε ISO 22000 τόσο για εμάς όσο και για την εταιρία Συνεπώς αναληθώς και αβασίμως προβάλλονται τα περί του αντιθέτου από τον προσφεύγοντα.

ΤΡΙΤΟΝ. Όσον αφορά στην νομιμότητα της εγγυητικής επιστολής μας

1. Με τον τρίτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής γίνεται επίκληση υποβολής μη νόμιμης εγγυητικής επιστολής. Ωστόσο ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος είναι παντελώς αβάσιμος διότι ερείδεται επί εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης και δη απαιτήσεως που εξαρχής δεν υφίσταται στην περίπτωση εγγύησης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων. Ειδικότερα:

Ο προσφεύγων επικαλείται δήθεν παρανομία της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής που υπέβαλε η εταιρία μας λόγω μη αναγραφής α) του στοιχείου της ανέκκλητης και ανεπιφύλακτης παροχής εγγύησης, β) της παραίτησης του εκδότη από το δικαίωμα διαιρέσεως και διζήσεως και γ) της υποβολής του ποσού που τυχόν θα καταπέσει σε τέλος χαρτοσήμου.

2. Ωστόσο, σχετικά με τις εγγυήσεις που παρέχονται δια γραμματίου παρακατάθεσης στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, έχουν παγίως κριθεί από την ΑΕΙΠΠ (βλ. και Αποφάσεις ΑΕΙΠΠ 94, 202/2017, 195/2018, 373/2018), τα ακόλουθα:

Κατά το άρ. 72 παρ. 3 Ν. 4412/2016 “Οι εγγυήσεις των παραγράφων 1 και 2 εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα.”.

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι κατά νόμον αναγνωρίζονται δύο διακριτής νομικής φύσης, πλην ισοδύναμοι προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τρόποι παροχής εγγύησης υπέρ των οικονομικών φορέων ως προς τις διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων. Ο πρώτος είναι η

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

εγγυητική επιστολή συμμετοχής, η οποία συνιστά υπόσχεση τρίτου (πιστωτικά/χρηματοδοτικά ιδρύματα και ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ) προς καταβολή ορισμένου ποσού στον προς ου απευθύνεται σε πρώτη ζήτηση του τελευταίου που εκδίδεται από πιστωτικά/χρηματοδοτική ιδρύματα και το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ και ο δεύτερος η σύσταση εγγυοδοτικής παρακαταθήκης, δηλαδή η εκ μέρους του οικονομικού φορέα κατάθεση ποσού στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων υπέρ της αναθέτουσας.

Η εγγύηση, δηλαδή η ανάληψη εκ του εγγυητού της υποχρεώσεως απέναντι στον δανειστή να εκπληρώσει την παροχή του πρωτοφειλέτη, εφόσον δεν το πράξει ο τελευταίος, διαφέρει από την εγγυοδοσία, ήτοι την εξασφάλιση δια της παροχής μετρητών και χρεογράφων ή την παρακατάθεση στη φύλαξη τρίτου, ενός προσώπου περί την καλή εκπλήρωση των καθηκόντων του ή από οφειλέτη προς τρίτο για την εκπλήρωση των υποχρεώσεών του (βλ. Γεωργιάδη Σταθόπουλο, ΑΚ 847). Οι δε διατάξεις περί συμβάσεως εγγύησης δεν εφαρμόζονται επί της εγγυοδοσίας, η οποία διέπεται από τις ειδικές ανά περίπτωση διατάξεις που αφορούν (αν πρόκειται για συμβατική εγγυοδοσία, δηλαδή εγγυοδοσία που παρέχεται με χρήση συγκεκριμένου τύπου σύμβασης) τη σύμβαση βάσει της οποίας παρέχεται (βλ. Βαθρακοκοίλη «ΕΡΝΟΜΑΚ Ερμηνεία Νομολογία Αστικού Κώδικα», Τόμος Γ , Ειδικό Ενοχικό, Αθήνα, 2006, σελ. 544).

Η μη αναφορά στο Γραμμάτιο του ΤΠΔ των όρων ότι η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται της ένστασης διζήσεως και διαιρέσεως, και ότι το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται σε τέλος χαρτοσήμου, ουδόλως επηρεάζει τη νομιμότητά του και τη χρήση του προς τον σκοπό παροχής εγγυοδοσίας και εξασφάλισης της αναθέτουσας. Και τούτο διότι, κατά τα ανωτέρω, με την κατάθεση στο ΤΠΔ καταρτίζεται σύμβαση εγγυοδοτικής παρακαταθήκης με τον παρακαταθέτη οικονομικό φορέα ως δανειστή, το ΤΠΔ ως οφειλέτη και τον τρίτο χάριν του οποίου έγινε η κατάθεση και όχι σύμβαση εγγυήσεως, το δε ΤΠΔ οφείλει ούτως ή άλλως να αποδώσει στον υπέρ ου η κατάθεση, χωρίς να έχει δυνατότητα και δικαίωμα να αρνηθεί την απόδοση. Επομένως, δεν υφίσταται λόγος να αναφέρεται στο γραμμάτιο εγγυοδοτικής παρακαταθήκης το ανέκκλητο και το ανεπιφύλακτο της απόδοσης, αφού το ΤΠΔ δεν είναι εγγυητής που θα καλύψει την υποχρέωση

του πρωτοφειλέτη, αλλά θεματοφύλακας με υποχρέωση απόδοσης έναντι του τρίτου.

Εξάλλου η ένσταση διζήσεως, δηλαδή το δικαίωμα του εγγυητή να αρνηθεί να καταβάλει έως ο δανειστής επιχειρήσει αναγκαστική εκτέλεση κατά του πρωτοφειλέτη και αυτή αποβεί άκαρπη προβλέπεται αποκλειστικά και μόνο για τις συμβάσεις εγγύησης κατά την ..., το δε δικαίωμα διαιρέσεως κατά το οποίο καθένας από τους περισσότερους συνεγγυητές μπορεί να απαιτήσει από το δανειστή την κατανομή της απαίτησής του μεταξύ όλων των αξιόχρεων συνεγγυητών (αν υπάρχει προς τούτο πρόβλεψη σχετική στη σύμβαση της εγγύησης), ομοίως αφορά αποκλειστικά τη σύμβαση εγγύησης κατά την Αμφότερα δε τα δικαιώματα δεν σχετίζονται με την περίπτωση παρακαταθήκης, αφού το ΤΠΔ, ως μη έχων την ιδιότητα του εγγυητή δεν διαθέτει τέτοια δικαιώματα εξαρχής, οπότε δεν υφίσταται και λόγος ή και δυνατότητα παραίτησης από αυτήν.

Όσον αφορά δε στα τέλη χαρτοσήμου στο οπίσθιο φύλλο του γραμματίου σύστασης χρηματικής παρακαταθήκης ορίζεται ρητά στο σημείο 11 ότι υποβάλλεται σε τέλη χαρτοσήμου («Σε περίπτωση κατάπτωσης εγγυοδοτικής παρακαταθήκης το ποσό της κατάπτωσης αποδίδεται άμεσα στον υπέρ ου η κατάπτωση ..το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος πάγιου χαρτοσήμου»).

3. Εν προκειμένω, η διακήρυξη στον όρο 2.1.5 αυτής αφενός ρητώς προέβλεπε δυνατότητα παροχής γραμματίου παρακαταθήκης του ΤΠΔ με παρακατάθεση του αντίστοιχου ποσού, αφετέρου όρισε ελάχιστο περιεχόμενο αποκλειστικά και μόνο για τις «εγγυήσεις» και όχι τυχόν για τα γραμμάτια παρακαταθήκης του ΤΠΔ. Οι υπόλοιποι δε όροι του ως άνω άρ. 2.1.5 αναφέρεται στις εγγυητικές επιστολές, δηλαδή τις εκδιδόμενες από πιστωτικά ιδρύματα ή το ΕΤΑΑ ΤΣΜΕΔΕ.

Τούτο προκύπτει από την ίδια τη διατύπωση του ως άνω άρθρου της διακήρυξης, αφενός διότι το πρώτο έως δεύτερο εδάφιο του αναφέρεται σε «εγγυητικές επιστολές των άρ. 2.2.2 και 4.1», οι οποίες είτε «εκδίδονται» από πιστωτικά ιδρύματα ή «εκδίδονται» από το ΕΤΑΑ- ΤΣΜΕΔΕ ή δεν εκδίδονται αλλά ισοδυνάμως «παρέχονται» με γραμμάτιο του ΤΠΔ. Επομένως, αντιδιαστέλλεται ρητά η έκδοση εγγυητικής επιστολής από την παροχή

εγγύησης, δηλαδή την ισοδύναμη λύση δια γραμματίου του ΤΠΔ. Αφετέρου, το ίδιο άρθρο ορίζει ότι «Οι εγγυητικές επιστολές εκδίδονται κατ' επιλογή των οικονομικών φορέων από έναν ή περισσότερους εκδότες της παραπάνω παραγράφου. Οι εγγυήσεις αυτές περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α)... ια)...», διατύπωση εκ της οποίας προκύπτει ότι τα στοιχεία α-ια που περιλαμβάνει αναφέρονται σε εγγυητικές επιστολές *stricto sensu*, ήτοι εκδιδόμενες από πιστωτικά ιδρύματα ή το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ.

4. Από τα ανωτέρω καθίσταται προφανές ότι οι όροι: ότι η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ότι ο εκδότης παραιτείται από την ένσταση της διζήσεως και το δικαίωμα διαιρέσεως και ότι το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε τέλος χαρτοσήμου αφορούν μόνο τις παρεχόμενες από τις Τράπεζες εγγυητικές επιστολές και όχι τις εργοδοτικές παρακαταθήκες που εκδίδει το Ταμείο Παρακαταθηκών & Δανείων, (843/2018, 373/2018 ΑΕΠΠ) σε κάθε δε περίπτωση το γεγονός ότι το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε τέλος χαρτοσήμου προκύπτει από το ίδιο σώμα του εγγράφου της εγγύησης.

Συνεπώς, και κατ' ακολουθία, όσων αναφέρθηκαν, ο τρίτος λόγος της προσφυγής περί δήθεν παραβίασης των ελαχίστων απαιτούμενων στοιχείων κατά τον όρο 2.1.5 είναι απορριπτέος.

ΤΕΤΑΡΤΟΝ. Όσον αφορά στην ικανοποίηση των απαιτήσεων της διακήρυξης περί χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας

Με τον τέταρτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής προβάλλεται ότι δεν πληρούμε τις απαιτήσεις της χρηματοοικονομικής επάρκειας. Πλην όμως ο ισχυρισμός αυτός είναι αβάσιμος καθώς για το συγκεκριμένο κριτήριο στηριζόμαστε στις ικανότητες της Ειδικότερα: Στο σημείο 2.2.8. της οικείας διακήρυξης ορίζεται ότι «2.2.8. Στήριξη στην ικανότητα τρίτων Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Όταν οι οικονομικοί

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης . Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. Διευκρινίζεται ότι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 79, 79Α του Ν.4412/2016 και την υπ'αριθμ.23 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων επισυνάπτεται χωριστό έντυπο ΕΕΕΣ για κάθε έναν από τους φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται.».

Ενόψει τούτου στο ΕΕΕΣ που υποβάλαμε απαντήσαμε θετικά στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;» και προς συμπλήρωση του ΕΕΕΣ υποβάλαμε υπεύθυνες δηλώσεις, οι οποίες συνιστούν αναπόσπαστο μέρος της προσφοράς μας.

Από την υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου μας, κ. ... προκύπτει ότι η στήριξη μας στην εταιρία ... αφορά, μεταξύ άλλων, στο κριτήριο επιλογής «οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» (βλ. σχετική υπεύθυνη δήλωση όπου αναφέρεται: «Στηρίζομαι στις ικανότητες τρίτων και ειδικότερα στις ικανότητες της Ανώνυμης Εταιρίας με την επωνυμία «...» και δ.τ, «...» αναφορικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, τις τεχνικές προδιαγραφές, καθώς και τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης. Προσκομίζω έγγραφη δέσμευση του ανωτέρω φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζομαι. Υποβάλλω με την προσφορά μου και ξεχωριστό έντυπο ΕΕΕΣ για τον ανωτέρω φορέα.»).

Περαιτέρω, από τις υπεύθυνες δηλώσεις των νόμιμων εκπροσώπων της ... και από το ΕΕΕΣ που υποβλήθηκε για την εταιρία ... προκύπτει ότι η εταιρία ... θα μας δανείσει, μεταξύ άλλων, την «οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» (βλ. υπεύθυνες δηλώσεις κας ... και κ. ..., όπου αναφέρεται «1. Η εταιρία μας πληροί τα κριτήρια επιλογής που τίθενται στην με

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

αριθμό ... Διακήρυξη του Δήμου ... για την Προμήθεια λευκού, φρέσκου, παστεριωμένου, αγελαδινού γάλακτος με 3,5% λιπαρά κατ' ελάχιστον, για τους δικαιούχους υπαλλήλους (στους οποίους παρέχονται τα Μέσα Ατομικής Προστασίας) του Δήμου ... και των νομικών προσώπων του καθώς και για τις ανάγκες των παιδιών που φιλοξενούνται από τους Παιδικούς Σταθμούς του Δήμου ... και τα νομικά πρόσωπά του για δύο (2) έτη π.δ. 1.691.536,55 € με το Φ.Π.Α. 13%, αναφορικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, τις τεχνικές προδιαγραφές, καθώς και τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης 2. Τα ανωτέρω κριτήρια επιλογής και τους αναγκαίους πόρους που έχει η εταιρία μας στη διάθεση της, τα δανείζει και δεσμεύεται ότι είναι στη διάθεση της εταιρίας με την επωνυμία «...» με ΑΦΜ ... και έδρα ..., οδός ... αρ. ... για την συμμετοχή της εν λόγω εταιρίας στον ανωτέρω διαγωνισμό σας.»).

Οι ως άνω υπεύθυνες δηλώσεις αποδεικνύουν επαρκώς την σοβαρή και πραγματοποιήσιμη δέσμευση του τρίτου οικονομικού φορέα ... να παράσχει την οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητα της σε εμάς και την δυνατότητα μας να κάνουμε χρήση αυτών κατά την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. ΣτΕ 2747/2014).

Από τον συνδυασμό των ανωτέρω εγγράφων προκύπτει πέραν αμφιβολίας ότι γίνεται επίκληση της συμμετοχής στην υπό κατάρτιση σύμβαση του τρίτου οικονομικού φορέα ... ως δανειστή της χρηματοοικονομικής επάρκειας. Ενόψει τούτου υποβάλαμε, ως οφείλαμε διακριτό ΕΕΕΣ για την ..., στο οποίο ορίζεται ότι «Ο μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα για τον αριθμό ετών που απαιτούνται βάσει της σχετικής προκήρυξης/γνωστοποίησης ή των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης είναι ο εξής: Αριθμός ετών 3 Μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών 109.587.000 EUR».

Συνεπώς ευλόγως έγινε δεκτή η συμμετοχή μας από την αναθέτουσα αρχή, απορριπτομένων ως αβάσιμων των περί του αντιθέτου προβαλλόμενων λόγων. Σε κάθε περίπτωση άλλωστε και όλως επικουρικά, δοθέντος ότι έχουν ήδη κατατεθεί, στον φάκελο της τεχνικής προσφοράς μας, οι ως άνω υπεύθυνες δηλώσεις οι οποίες συμπληρώνουν το ΕΕΕΣ και σε κάθε

περίπτωση συνιστούν αναπόσπαστο μέρος της προσφοράς, σε καμία περίπτωση δεν υφίσταται λόγος απόρριψης της προσφοράς μας όπως όλως αβασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, αλλά λόγο κλήσης μας εκ μέρους της αναθέτουσας προς υποβολή διευκρινίσεων προκειμένου τούτη να αποφανθεί αιτιολογημένα για την πλήρωση ή μη του εν λόγω κριτηρίου επιλογής σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 (Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών).

ΠΕΜΠΤΟΝ. Όσον αφορά στην σύνδεση της εταιρίας μας με την εταιρία

...

Σε συνέχεια όσων αναφέρονται στον προηγούμενο λόγο της παρέμβασης μας, αναφέρουμε ότι:

1. Στο άρθρο 78 του ν. 4412/2016 ορίζονται τα εξής: «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των θεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των

παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.»

2. Στο ΕΕΕΣ που συμπληρώσαμε σύμφωνα με το συνημμένο υπόδειγμα, δηλώθηκαν τα εξής: • Στο Μέρος II ενότητα Γ (Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων), δόθηκε θετική απάντηση στην ερώτηση εάν ο συμμετέχων στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και κατονομάστηκε ο φορέας στήριξης (...).

- Στο Μέρος II ενότητα Δ (Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας), δόθηκε αρνητική απάντηση στην ερώτηση εάν ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας.

- Τέλος, στο Μέρος IV ενότητα Γ (Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) στο ερώτημα «κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει προβεί στις ακόλουθες κυριότερες παραδόσεις του είδους που έχει προσδιοριστεί;» συμπληρώθηκε η απάντηση ΣΤΗΡΙΞΗ ΣΤΙΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΤΡΙΤΩΝ (ΔΕΣ ΕΕΕΣ ...) και ακριβώς από κάτω στην ερώτηση Ποσοστό υπεργολαβίας δόθηκε η απάντηση “100/ 100 (...)” .Περαιτέρω στην υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου μας αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι «Στηρίζομαι στις ικανότητες τρίτων και ειδικότερα στις ικανότητες της Ανώνυμης Εταιρίας με την επωνυμία «...» και δ.τ, «...» αναφορικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, τις τεχνικές προδιαγραφές, καθώς και τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης. Προσκομίζω έγγραφη

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

δέσμευση του ανωτέρω φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζομαι. Υποβάλλω με την προσφορά μου και ξεχωριστό έντυπο ΕΕΕΣ για τον ανωτέρω φορέα.».

Από τις ανωτέρω υπεύθυνες δηλώσεις προκύπτει ότι η εταιρίας μας δανείζεται από την εταιρία ... τόσο την χρηματοοικονομική επάρκεια όσο και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (βλ. ΑΕΠΠ 149/2017 για την έννοια της δάνειας εμπειρίας σε σύγκριση με την υπεργολαβία).

Τέλος, στις υπεύθυνες δηλώσεις των νόμιμων εκπροσώπων της ... αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι «1. Η εταιρία μας πληροί τα κριτήρια επιλογής που τίθενται στην με αριθμό 20/2019 Διακήρυξη του Δήμου ... για την Προμήθεια λευκού, φρέσκου, παστεριωμένου, αγελαδινού γάλακτος με 3,5% λιπαρά κατ' ελάχιστον, για τους δικαιούχους υπαλλήλους (στους οποίους παρέχονται τα Μέσα Ατομικής Προστασίας) του Δήμου ... και των νομικών προσώπων του καθώς και για τις ανάγκες των παιδιών που φιλοξενούνται από τους Παιδικούς Σταθμούς του Δήμου ... και τα νομικά πρόσωπά του για δύο (2) έτη π.δ. 1.691.536,55 € με το Φ.Π.Α. 13%, αναφορικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, τις τεχνικές προδιαγραφές, καθώς και τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης 2. Τα ανωτέρω κριτήρια επιλογής και τους αναγκαίους πόρους που έχει η εταιρία μας στη διάθεση της, τα δανείζει και δεσμεύεται ότι είναι στη διάθεση της εταιρίας με την επωνυμία «...» με ΑΦΜ .. και έδρα την .., οδός .. αρ. ... για την συμμετοχή της εν λόγω εταιρίας στον ανωτέρω διαγωνισμό σας.»

Εν προκειμένω, από το σύνολο των απαντήσεων που συμπληρώθηκαν στο ΕΕΕΣ και τις συνημμένες με αυτό υπεύθυνες δηλώσεις, προκύπτει με απόλυτη σαφήνεια ότι γίνεται επίκληση της συμμετοχής στην υπό κατάρτιση σύμβαση του τρίτου οικονομικού φορέα ... ως δανειστή και όχι ως υπεργολάβου σε συγκεκριμένο ποσοστό της σύμβασης. Ειδικότερα, επικαλεστήκαμε ειδικώς και ρητώς τα στοιχεία της ... τα οποία επιθυμούμε να προσμετρηθούν υπέρ της συμμετοχής μας και αποδείξαμε με τα προβλεπόμενα πρόσφορα μέσα ότι τα στοιχεία αυτά θα βρίσκονται στην διάθεσή μας κατά την διάρκεια της εκτελέσεως της συμβάσεως, προσκομίζοντας τις απαραίτητες εγγυήσεις (βλ. υπεύθυνες δηλώσεις).

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

Συγκεκριμένα, αφενός αναφέραμε στο συμπληρωμένο ΕΕΕΣ την στήριξη μας στις ικανότητές τρίτων, απαντώντας θετικά στο οικείο πεδίο του υποβληθέντος ΕΕΕΣ, αφ' ετέρου συνυποβάλλοντας διακεκριμένο ΕΕΕΣ για την ..., όπως οι ανωτέρω διατάξεις αξιώνουν και του οποίου η υποβολή συνιστά ουσιώδη τυπική προϋπόθεση για την συμμετοχή στον ένδικο διαγωνισμό, προκειμένου να διαπιστωθεί αν στο πρόσωπό του συντρέχει λόγος αποκλεισμού ή αν πληρούνται τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Ενόψει τούτου η προσφορά που υποβάλλαμε ήταν απολύτως νόμιμη και ορθή και ως τέτοια έγινε δεκτή από την αναθέτουσα αρχή.

Σε κάθε περίπτωση βέβαια, ακόμη κι αν ανέκυπτε οποιαδήποτε αμφιβολία όσον αφορά στην σχέση που μας συνδέει με την ..., και πάλι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού μας, δεδομένου ότι σε μια τέτοια υποθετική περίπτωση η αναθέτουσα θα είχε υποχρέωση να ζητήσει διευκρινίσεις σχετικά με τη φύση της συμμετοχής της εταιρίας ... στη σύμβαση, δοθέντος μάλιστα ότι έχουν ήδη κατατεθεί, στον φάκελο της τεχνικής προσφοράς μας οι σχετικές δηλώσεις, η δε διόρθωση της απάντησης στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ και η διαγραφή του αριθμητικού ποσοστού «100/100» στο πεδίο της ενότητας Γ του Μέρους IV, μπορούσε να γίνει με απλή εναρμόνιση ή αντιπαράβολη των ήδη υποβληθέντων δικαιολογητικών και δεν θα συνεπαγόταν μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων (ΔΕφΘεσ 124/2018, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 135/2018, 446/2014 σκ. 8η-9η.).

Τούτο δε επιβεβαιώνεται από το υπ' αριθ. πρωτ. 3959/1.2.2019 έγγραφο της Μονάδα Παρακολούθησης Διαγωνισμών και Συμβάσεων με θέμα «Γνωμοδότηση συμπλήρωση ΕΕΕΣ- δάνεια εμπειρία- υπεργολαβία», «Η Επιτροπή Διαγωνισμού έχει τη δυνατότητα σύμφωνα με το άρθρο 102 ν. 4412 να ζητήσει διευκρινίσεις, προκειμένου να διαπιστώσει, σε συνδυασμό και με την πρόβλεψη της διακήρυξης, εάν ο τρίτος συνιστά εν προκειμένω δανείζοντα εμπειρία ή υπεργολάβο. Εφόσον βέβαια έχει κατατεθεί ΕΕΕΣ του τρίτου, η εν λόγω διαφοροποίηση δεν έχει ιδιαίτερη σημασία στο συγκεκριμένο στάδιο, δεδομένης αφενός της ασάφειας και των ελλείψεων που υπάρχουν στη διακήρυξη, αφετέρου διότι ΜΟΝΗ Η ΛΑΝΘΑΣΜΕΝΗ ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗ ΤΟΥ ΠΕΔΙΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑ ΔΕΝ ΜΠΟΡΕΙ ΝΑ ΑΠΟΤΕΛΕΣΕΙ ΑΠΟ ΜΟΝΗ ΤΗΣ ΛΟΓΟ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ».

2. Σε κάθε περίπτωση ωστόσο και όλως επικουρικά επισημαίνουμε ότι ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος είναι μη νόμιμος και αβάσιμος, διότι από καμία διάταξη της εφαρμοστέας εν προκειμένω διακήρυξης και από καμία διάταξη του εθνικού και κοινοτικού εν γένει δικαίου δεν προκύπτει ανώτατο επιτρεπτό όριο ανάθεσης υπεργολαβίας. Ειδικότερα, οι σχετικές διατάξεις του ν. 4412/2016 (άρθρο 58) και του άρθρου 4.1. της διακήρυξης θεσπίζουν υποχρέωση ενημέρωσης εκ μέρους του συμμετέχοντος προς την αναθέτουσα αρχή σχετικά με την ανάθεση σε υπεργολάβους. Περαιτέρω, η Κατευθυντήρια Οδηγία 23/2018 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων επισημαίνει την ανάγκη υποβολής χωριστού ΕΕΕΣ σε περίπτωση υπεργολάβου που θα εκτελέσει ποσοστό ανώτερο του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης. Πλην όμως ο ν. 4412/2016, δεν θέτει ανώτατα ποσοστά για την εκτέλεση από υπεργολάβους (πρβλ. ΔΕΚ C-406/14 σκ. 33: «το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας αυτής αναγνωρίζει ρητώς στους προσφέροντες την δυνατότητα να στηριχθούν σε υπεργολαβίες για την εκτέλεση σύμβασης, και μάλιστα η δυνατότητα αυτή είναι κατ' αρχήν απεριόριστη, καθώς η ως άνω διάταξη προβλέπει ότι οι προσφέροντες μπορούν να αποδείξουν ότι, στηριζόμενοι στις δυνατότητες άλλων φορέων, πληρούν τις στοιχειώδεις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες τις οποίες απαιτεί η αναθέτουσα αρχή, εφόσον τεκμηριώσουν ότι, αν η σύμβαση τους ανατεθεί, θα έχουν πράγματι στη διάθεσή τους πόρους που είναι μεν αλλότριοι πλην αναγκαίοι για την εκτέλεση της σύμβασης». Και σκ. 35 «η επίδικη ρήτρα έχει διαφορετικό περιεχόμενο, στον βαθμό που επιβάλλει περιορισμούς στη χρήση υπεργολαβιών ως προς ένα τμήμα της σύμβασης καθοριζόμενο με τρόπο γενικό και αφηρημένο υπό τη μορφή ποσοστού αυτής, και μάλιστα ανεξαρτήτως της δυνατότητας ελέγχου των ικανοτήτων τυχόν υπεργολάβων και χωρίς οποιαδήποτε αναφορά από την οποία να προκύπτει αν πρόκειται για βασικά καθήκοντα. Για όλους αυτούς τους λόγους, πρέπει να γίνει δεκτό ότι μια τέτοια ρήτρα είναι ασύμβατη προς την οδηγία 2004/18, η οποία είναι η κρίσιμη ρύθμιση στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης.»). Επισημαίνεται δε, ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

(ΣΤΕ ΕΑ 179/2009, 61/2011, υπόθ'-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.6.2007). Ως εκ τούτου ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος σε κάθε περίπτωση ερείδεται στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι τίθεται ανώτατο επιτρεπτό όριο υπεργολαβίας και κρίνεται απορριπτέος ».

22. Επειδή, το άρθ. 71 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Γενικές αρχές (άρθρο 56 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» προβλέπει ότι : «Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος και στα έγγραφα της σύμβασης,...β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή δυνάμει των άρθρων 73 και 74 ...».

23. Επειδή, στην περ. α) της παρ. 2 του άρθρου 73 «Λόγοι αποκλεισμού» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία...».

24. Επειδή, το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» αναφέρει ρητώς « 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. Πόσον 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 XI του Προσαρτήματος Α` ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό. ..[.] 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.

Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οι οικονομικοί φορείς ανά ομάδες τμημάτων, αν ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως.

Εάν οι συμβάσεις βάσει συμφωνίας-πλαίσιο πρόκειται να ανατεθούν μετά από προκήρυξη νέου διαγωνισμού, η μέγιστη απαίτηση ετήσιου κύκλου εργασιών που αναφέρεται στο πέμπτο εδάφιο της παρούσας παραγράφου υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που θα εκτελεστούν ταυτοχρόνως ή , εάν αυτό δεν είναι γνωστό, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της συμφωνίας-πλαίσιο. Στην περίπτωση δυναμικών συστημάτων αγορών, η μέγιστη απαίτηση ετήσιου κύκλου εργασιών που αναφέρεται στο πέμπτο εδάφιο υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που πρόκειται να ανατεθούν στο πλαίσιο του εν λόγω συστήματος. 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 βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 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. ».

25. Επειδή, το άρθρο 78 του ν. 4412/216 με τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» προβλέπει τα εξής « 1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ` του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α` ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.

3. Το παρόν άρθρο δεν εφαρμόζεται στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των ορίων».

26. Επειδή, το άρθρο 82 του ν. 4412/2016 «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» αναφέρει τα κάτωθι «1. Οι αναθέτουσες αρχές, εάν απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας τα οποία βασίζονται στη σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων και έχουν πιστοποιηθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη. Επίσης, κάνουν δεκτά άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει τα εν λόγω πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας.

2. Εάν οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν την υποβολή πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που να βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με συγκεκριμένα συστήματα ή πρότυπα όσον αφορά την περιβαλλοντική διαχείριση, παραπέμπουν στο σύστημα οικολογικής διαχείρισής και ελέγχου (EMAS) της Ένωσης ή σε άλλα συστήματα περιβαλλοντικής διαχείρισης που έχουν αναγνωρισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 45 του Κανονισμού (ΕΚ) αριθμ. 1221/2009 ή σε άλλα πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης βασιζόμενα σε αντίστοιχα ευρωπαϊκά ή διεθνή πρότυπα που έχουν εκδοθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη. Όταν ο οικονομικός φορέας τεκμηριωμένα δεν έχει πρόσβαση στα εν λόγω πιστοποιητικά ή δεν έχει τη δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται επίσης άλλα αποδεικτικά μέσα μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης, υπό την προϋπόθεση ότι ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα συγκεκριμένα μέτρα είναι ισοδύναμα με εκείνα που απαιτούνται βάσει του εφαρμοστέου συστήματος ή του προτύπου περιβαλλοντικής διαχείρισης. 3. Εφόσον της ζητηθεί, η Αρχή θέτει στη διάθεση άλλων κρατών μελών, σύμφωνα με το άρθρο 343, κάθε πληροφορία σχετικά με τα έγγραφα που προσκομίζονται ως στοιχεία αποδεικτικά της συμμόρφωσης με ποιοτικά και περιβαλλοντικά πρότυπα που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2.».

27. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης» του ν.4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν...Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη

δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά.[...] 5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82. 6. Κατά παρέκκλιση της παρ. 5, οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Κατά παρέκκλιση της παρ. 5, οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση ή συνάψει τη συμφωνία-πλαίσιο, διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά. Για τον σκοπό του πρώτου εδαφίου, η Γενική Δ/ση Μεταρρυθμιστικής Πολιτικής και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης του Υπουργείου Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης και οι αρμόδιοι φορείς τήρησης των βάσεων δεδομένων, διασφαλίζουν ότι οι βάσεις δεδομένων, οι οποίες περιέχουν σχετικές πληροφορίες για τους οικονομικούς φορείς και μπορούν να χρησιμοποιούνται από τις αναθέτουσες αρχές, μπορούν επίσης να χρησιμοποιούνται υπό τις ίδιους όρους από τις αναθέτουσες αρχές άλλων κρατών-μελών...[...]. Ειδικότερα, σύμφωνα με τις διατάξεις του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, άμεσης εφαρμογής για τα κράτη μέλη, καθιερώθηκε το τυποποιημένο έντυπο για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (Επίσημη Εφημ. ΕΕ L3/16 της 6-1-2016). Περαιτέρω, όπως αναφέρεται στο Προοίμιο του Εκτελεστικού Κανονισμού: « (1) [...]Κατά συνέπεια, το τυποποιημένο έντυπο για το ΕΕΕΠ θα πρέπει να καταρτιστεί κατά τρόπο ώστε

να παρακαμφθεί η ανάγκη προσκόμισης σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής. ... (3) Για την αποφυγή του διοικητικού φόρτου για τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς και τις πιθανές αντιφατικές ενδείξεις στα διάφορα έγγραφα της προμήθειας, οι πληροφορίες τις οποίες οι οικονομικοί φορείς πρέπει να παρέχουν στο ΕΕΕΠ θα πρέπει να αναφέρονται σαφώς από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς εκ των προτέρων στην προκήρυξη διαγωνισμού ή με αναφορές σε άλλα μέρη των εγγράφων της προμήθειας, τις οποίες οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να εξετάζουν προσεκτικά, ενόψει της συμμετοχής τους και ενδεχομένης υποβολής προσφορών. (4) Το ΕΕΕΠ αναμένεται επίσης να συμβάλει σε περαιτέρω απλοποίηση, τόσο για τους οικονομικούς φορείς όσο και για τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς, με την αντικατάσταση των πολλών και διαφόρων εθνικών υπεύθυνων δηλώσεων από ένα τυποποιημένο έντυπο, που θα καθιερωθεί σε ευρωπαϊκό επίπεδο.[...].

Επίσης, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 1 Οδηγίες του Κανονισμού αναφέρεται ότι: «Το ΕΕΕΠ είναι υπεύθυνη δήλωση από τους οικονομικούς φορείς, ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη. Όπως προβλέπεται στο άρθρο 59 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, πρόκειται για μια τυπική δήλωση του οικονομικού φορέα ότι δεν βρίσκεται σε μια από τις καταστάσεις λόγω της οποίας οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, ότι πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής και ... Στόχος του είναι να μειωθεί ο διοικητικός φόρτος που απορρέει από την απαίτηση προσκόμισης σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής. [...] Κατά την προετοιμασία των εγγράφων της προμήθειας για μια δεδομένη διαδικασία προμήθειας, οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς πρέπει να δηλώνουν στην προκήρυξη διαγωνισμού, στα έγγραφα της προμήθειας που αναφέρονται στην προκήρυξη διαγωνισμού ή στις προσκλήσεις επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος ποιες πληροφορίες θα ζητηθούν από τους οικονομικούς φορείς, [...] Η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας μπορεί να ζητεί από κάθε προσφέροντα, ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλει όλα ή ορισμένα από τα

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

απαιτούμενα πιστοποιητικά και δικαιολογητικά, όποτε αυτό είναι απαραίτητο για να διασφαλιστεί η ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας [...]».

28. Επειδή το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» αναφέρει αυτολεξεί τα εξής «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης.

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 τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102.

γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102.

δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, αν τέτοια δεν επιτρέπεται ή, αν επιτρέπεται, δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης.

ε) Η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές εκτός αν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων.

στ) Προσφορά υπό αίρεση.

ζ) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών στις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 2 του άρθρου 95.

η) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών ή γενικών υπηρεσιών, προσφορά η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή, εφόσον στα έγγραφα της

σύμβασης προβλέπεται η κατάθεση δειγμάτων, η μη προσήκουσα κατάθεση τους.

2. Η παράγραφος 1 εφαρμόζεται αναλόγως στο πλαίσιο της διαδικασίας αξιολόγησης των αιτήσεων συμμετοχής στην κλειστή διαδικασία, τη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου, στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στη σύμπραξη καινοτομίας».

29. Επειδή το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» αναφέρει τα εξής «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.

2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί.

3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης.

4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές.

5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

30. 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 (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

31. 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

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

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, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

32. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

αδικοιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

33. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣτΕ 2454/09, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕΦΑΘ 271/2011). Ειδικότερα, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Έχει, επομένως, κριθεί ότι τυχόν αίτηση διευκρίνισης προσφοράς δεν επιτρέπεται να καταλήξει στο να υποβάλει ο προσφέρων στην πραγματικότητα νέα προσφορά ενώ κρίσιμη είναι η

υποχρέωση – την αυτοδέσμευση ουσιαστικά – των Αναθετουσών Αρχών να ελέγχουν με αυστηρότητα την τήρηση των κριτηρίων που διατυπώνονται στη διακήρυξη, που οι ίδιες οι Αναθέτουσες Αρχές έχουν καθορίσει και να αποκλείουν από το διαγωνισμό τις προσφορές που δεν περιέχουν τα έγγραφα ή στοιχεία που απαιτούνται από τη διακήρυξη με ποινή αποκλεισμού (C-336/12) *Manova* και C-42/13 (*Cartiera dell' Adda*) αποκλείοντας την υποβολή εγγράφων μετά την εκπνοή της προθεσμίας που τίθεται στη διακήρυξη (C-387/14 (*Esaprojekt*)). Ειδικότερα, έχει κριθεί με την απόφαση ΔΕΕ της 4ης Μαΐου 2017, C-387/14 – *Esaprojekt* (σκέψεις 39-44), ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να διασφαλίσει ότι τυχόν αίτημα της διευκρίνιση μιας προσφοράς δεν θα καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο αντίστοιχος υποψήφιος νέα προσφορά. Αντίστοιχη κρίση διέλαβε το ΔΕΕ και στην απόφαση της 7ης Απριλίου 2017, C-324/14 *Partner Apelski Dariusz* (σκέψη 64), καθώς και απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 2014, C-42/13- *Cartiera dell' Adda* (σκέψεις 41-46), σύμφωνα με την οποία, το άρθρο 51 της Οδηγίας 2004/18/EK δεν μπορεί να ερμηνευθεί κατά τρόπο που να επιτρέπει να γίνονται δεκτές οποιεσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων, οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, πρέπει να συνεπάγονται τον αποκλεισμό του προσφέροντος («Συμπλήρωση – αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών», συνεργάτιδα οικείου κεφαλαίου Αθανασία Παπασταμάτη, Εισηγήτρια Ελσυν, Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, Επιμέλεια : Ευαγγελία – Ελισάβετ Κουλουμπίνη, Σύμβουλος Ελεγκτικού Συνεδρίου, Ηλίας Μάζος, Σύμβουλος Επικρατείας, Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος Κλιμακίου ΑΕΠΠ, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ 393-395).

34. Επειδή η αρχή της ισότητας (βλ.ΣτΕ 935/2017) που συνιστά συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή (άρθρο 4 και 20 Συντ. και 6 ΕΣΔΑ) και της αρχής της αμεροληψίας, που δέον είναι να διέπει την κρίση των κρίση των διοικητικών οργάνων, επιβάλλει την ομοιόμορφη εφαρμογή της κείμενης νομοθεσίας σε όλους τους διοικούμενους.

35. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία

έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία καθόσον είναι σαφής (βλ. εξ' αντιδιαστολής Απόφαση Pirro Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51, όπου κρίθηκε ότι δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από την ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας).

36. 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).

37. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, *Ελληνικό διοικητικό δίκαιο*, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

38. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

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, 999/2019 ΔΕφΑθ).

39. Επειδή, το ΔΕΕ έχει χρησιμοποιήσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» σε διαφορετικά επίπεδα αξιολογικής κρίσης. Ειδικότερα, καταρχήν αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει αναφέρει ενδεικτικά «Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C--19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια» (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigilo Ltd) σκ. 54,55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ. 71). Περαιτέρω, η ως άνω έννοια υπεισέρχεται όταν το Δικαστήριο υπολαμβάνει συγκεκριμένη συμπεριφορά επιληφθέν επί συγκεκριμένης συμπεριφοράς υποψηφίου και δη επί ζητήματος γένεσης τελωνειακής οφειλής το ΔΕΕ έκρινε ότι «Συναφώς, αφενός, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η έκφραση «όφειλαν εύλογα να γνωρίζουν», που περιλαμβάνεται στο άρθρο 202, παράγραφος 3, δεύτερη περίπτωση, του τελωνειακού κώδικα, αναφέρεται στη συμπεριφορά ενημερωμένου και επιμελή επιχειρηματία» [Απόφαση του ΔΕΕ της 17ης Νοεμβρίου 2011, υπόθεση C-454/10 (Oliver Jestel) σκ.22, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16 (ΑΕΒΤΡΙ) σκ. 71].

40. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή

απαραδέκτου...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

41. Επειδή, επομένως, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεν επιτρέπεται η μετά τη διενέργεια (ή κατά τη διάρκεια) διαγωνισμού τροποποίηση των όρων της διακηρύξεως που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που τον διέπει και η βάσει των νέων όρων αξιολόγηση ή αποκλεισμός των προσφορών που ήδη υποβλήθηκαν (πρβλ σχετ. Ε.Α. ΣΤΕ 179/2009 σκ.5).

42. Επειδή η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

43. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή κατ' αρχήν, κατά δέσμια αρμοδιότητα, κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης.

44. Επειδή έχει κριθεί ότι οι περιπτώσεις των προσφορών που παρουσιάζουν αποκλίσεις από τους όρους της διακήρυξης δεν θα απορρίπτονται υπό την προϋπόθεση ότι οι αποκλίσεις αυτές δεν αναφέρονται στους απαράβατους όρους και κρίνονται επουσιώδεις από την αρμόδια επιτροπή. Το επουσιώδες, ωστόσο, της απόκλισης διαπιστώνεται και αιτιολογείται ειδικά από την αναθέτουσα αρχή (ΣΤΕ 4136/2009, 2004/2010).

45. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

υποβολή, αλλά και αξιολόγηση των προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

46. Επειδή ως προς τον πρώτον λόγο η προσφεύγουσα εν τοις πράγμασι υποστηρίζει ότι με την προσφορά της η πρώτη παρεμβαίνουσα δεν καλύπτει την απαιτούμενη συναφή δραστηριότητα κατ' άρθρα 2.2.4 ως διαφαίνεται από το ISO της κι επομένως υπολαμβάνοντας ότι το ISO, ήτοι τα απαιτούμενα προσόντα διασφάλισης ποιότητας (άρθρο 2.2.7.) πρέπει να συντρέχουν εξ ορισμού *Intuitu Personae* στο πρόσωπο του ίδιου του υποψηφίου αναδόχου (βλ. και άρθρο 2.2.8 της διακήρυξης).

47. Επειδή, η πρώτη παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι στο στάδιο της προκαταρκτικής απόδειξης, τεκμαίρεται η πλήρωση του οικείου όρου (2.2.4.) περί καταλληλότητας με την συμπλήρωση (NAI) του οικείου χωρίου του ΕΕΕΣ, όπερ έπραξε και η ίδια. Σε κάθε περίπτωση, δε, δεδομένου ότι δεν αναφέρεται ο οικείος όρος σε ταυτόσημη δραστηριότητα αλλά συναφή, ως προκύπτει από τις δραστηριότητες που είναι καταχωρημένες στο Εμπορικό Επιμελητήριο όπου είναι εγγεγραμμένη, δραστηριοποιείται σε συναφές με την υπό εξέταση προμήθεια αντικείμενο, κατά τα εκτενέστερα αναφερθέντα ανωτέρω.

48. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ομοίως επικαλείται προς αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας τα με αριθμόν 143469/01-11-2019 και 776914/28-2-2017 έγγραφα του ΓΕΜΗ, που συνιστούν πληροφορία αντληθείσα από ηλεκτρονική διεύθυνση στην οποία παρέπεμψε η παρεμβαίνουσα απαντώντας στο Μέλος IV – Κριτήριο επιλογής παραγράφου Α- Καταλληλότητα, Εδάφιο: Εγγραφή στο σχετικό εμπορικό μητρώο και βάσει των οποίων, ως αναφέρει, είναι εγγεγραμμένη στο Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο Αθηνών.

49. Επειδή, η θέσπιση και η υποχρεωτική χρήση του ΕΕΕΣ στον εκάστοτε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων των οδηγιών, εξυπηρετεί, μεταξύ άλλων, το σκοπό παράκαμψης κατά το στάδιο υποβολής και αξιολόγησης του συνόλου των προσφορών, της ανάγκης προσκόμισης από τους οικονομικούς φορείς σημαντικού αριθμού

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής προκειμένου να αποφευχθεί διοικητικός φόρτος τόσο για τις αναθέτουσες αρχές όσο και για τους οικονομικούς φορείς, ιδία τις ΜΜΕ. Ωστόσο, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να είναι σε θέση να αποδείξουν με τα κατάλληλα και απαιτούμενα στη διακήρυξη έγγραφα, όσα δηλώνουν υπευθύνως με το ΕΕΕΣ (βλ. σκ. 25 της με αρ. 656/2018 Απόφασης ΑΕΠΠ), στοιχείο που αναφέρεται ρητά και στο μη υποκείμενο σε προσαρμογή Παράρτημα VI «Τελικές Δηλώσεις» του ΕΕΕΣ, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της εκάστοτε διακήρυξης αναθέτουσας αρχής, σε διαδικασίες άνω των ορίων, όπως εν προκειμένω, όπου ρητά αναγράφεται και υπογράφεται ότι «Ο κάτωθι υπογεγραμμένος, δηλώνω επισήμως ότι είμαι σε θέση, κατόπιν αιτήματος και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσω τα πιστοποιητικά και τις λοιπές μορφές αποδεικτικών εγγράφων που αναφέρονται» (εννοείται στο παρόν ΕΕΕΣ). Περαιτέρω, το ΕΕΕΣ αποτελεί κατά το νόμο (βλ. παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016) Υπεύθυνη Δήλωση, που επιφέρει τις κυρώσεις του ν. 1599/1986 και στην οποία, κατά πάγια νομολογία, δεν δύναται να βεβαιωθούν γεγονότα μελλοντικά αλλά αφορά αποκλειστικά και μόνον σε γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα, όχι, όμως, μέλλοντα (πρβλ. ΠΕ 160, 58/1984 και ΣτΕ 781/2010). Επομένως, αφενός οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν στο ΕΕΕΣ υπευθύνως γεγονότα τα οποία ισχύουν κατά το χρόνο υπογραφής του, προαποδεικνύοντάς τα, τα οποία και ανά πάσα στιγμή, κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας οφείλουν να αποδείξουν βάσει των κατάλληλων εγγράφων κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής.

50. Επειδή, στο Παράρτημα XI Προσαρτήματος Α ν. 4412/2016 αναφέρεται ότι όσον αφορά τις προμήθειες απαιτείται εγγραφή στο αρμόδιο Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο.

51. Επειδή το άρθρο 2.2.4. της διακήρυξης αναφέρει ρητώς «2.2.4 *Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας. Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης*

απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε κράτος μέλους του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ) ή σε τρίτες χώρες που προσχωρήσει στη ΣΔΣ, ή σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην προηγούμενη περίπτωση και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε αντίστοιχα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο60 [ισχύει κατά περίπτωση για τους εγκατεστημένους στην Ελλάδα Οικονομικούς Φορείς]». Περαιτέρω, στο άρθρο 2.2.8. της οικείας διακήρυξης αναφέρεται ρητώς «2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων

Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται.

Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

Διευκρινίζεται ότι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 79, 79Α του Ν.4412/2016 και την υπ' αριθμ. 23 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων επισυνάπτεται χωριστό έντυπο ΕΕΕΣ για κάθε έναν από τους φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται.». Επίσης, στην παρ. 2.2.9.2. με τίτλο

«2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα» και δη στην υποπαρ. Β. 2. αναφέρεται ότι « Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4. (απόδειξη καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του κράτους εγκατάστασης. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του αντίστοιχου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, με το οποίο πιστοποιείται αφενός η εγγραφή τους σε αυτό και αφετέρου το ειδικό επάγγελμά τους. Στην περίπτωση που χώρα δεν τηρεί τέτοιο μητρώο, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας ότι δεν τηρείται τέτοιο μητρώο και ότι ασκεί τη δραστηριότητα που απαιτείται για την εκτέλεση του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης.

Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς προσκομίζουν βεβαίωση εγγραφής στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο....[...] Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν συμβάσεις ή τιμολόγια ή βεβαιώσεις ή υπεύθυνες δηλώσεις από δημόσιους ή ιδιωτικούς φορείς της τριετίας 2016-2017-2018.

Β.5. Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν Πιστοποιητικό ISO 22 000.»

52. Επειδή, ως ορθώς η πρώτη παρεμβαίνουσα αναφέρει, δεν προκύπτει τεκμήριο περί μη κάλυψης της καταλληλότητας δυνάμει του προσκομισθέντος ISO, δεδομένου ότι δεν είναι το κατά νόμο ή διακήρυξη έγγραφο/δικαιολογητικό απόδειξης της καταλληλότητας του υποψηφίου.

53. Επειδή, από τα προσκομιζόμενα με τις απόψεις έγγραφα και δη το καταστατικό της πρώτης παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι στο άρθρο 4 με τίτλο

«σκοπός» μεταξύ των άλλων εντάσσεται και «η προώθηση, πώληση, διαλογή, αποθήκευση, διάθεση και εμπορία τυποποιημένων αγροτικών προϊόντων πάσης φύσεως, συμπεριλαμβανομένων και βιολογικών προϊόντων», αντικείμενο ευρύτερο της προμήθειας άλλως εμπορίας γάλακτος. Επομένως, η προϋπόθεση δραστηριοποίησης σε συναφές αντικείμενο πληρούται στο πρόσωπο του εν θέματι οικονομικού φορέα βάσει των αναρτημένων σχετικών στοιχείων στο ΓΕΜΗ (αρ. ΓΕΜΗ εταιρίας ...). Εξάλλου, η ως άνω εταιρεία στο προσκομισθέν εντός της προσφοράς της ΕΕΕΣ έχει δηλώσει ότι είναι εγγεγραμμένη στο Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο και έχει παράσχει τη διαδικτυακή διεύθυνση, που δύναται να κάνει χρήση η αναθέτουσα αρχή προς επιβεβαίωση της δραστηριότητάς της (<http://www.businessregistry.gr/publicity/show/124244601000>). Επιπροσθέτως, ως βασίμως αναφέρει η πρώτη παρεμβαίνουσα με βάση το άρθρο 2.2.4. της διακήρυξης απαιτείται ο υποψήφιος να ασκεί δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. Επομένως, τα ως άνω σε συνδυασμό με τους κωδικούς δραστηριότητας της εν λόγω εταιρείας εμφανιζόμενοι και στην σχετική βάση του ...([...](#)) που αποδεικνύεται με τα προσκομισθέντα έγγραφα της πρώτης παρεμβαίνουσας, καλύπτουν πλήρως την απαιτούμενη συναφή δραστηριότητα, αφ' ης στιγμής δεν υφίσταται ρητή μνημονευόμενη απαίτηση περί δραστηριότητας σύμφωνα με την ρητή αναφορά επί του οικείου πιστοποιητικού (σε επίπεδο απόδειξης/κατακύρωσης) στην εμπορία γάλακτος.

54.Επειδή, δευτερευόντως, υπό την έννοια ότι ο πρώτος προβαλλόμενος λόγος αναφέρεται υπό σκέλος β στο προσκομισθέν ISO ως ανάλογη με την καταλληλότητα απαίτηση υπό την έννοια της μη δυνατότητας κάλυψης από τρίτο οικονομικό φορέα δέον ειπείν τα εξής.

55. Επειδή, τα άρθρα 2.2.7. και 2.2.8. της οικείας διακήρυξης αναφέρουν τα εξής : «2.2.7. *Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης*

Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να καταθέσουν Πιστοποίηση για το σύστημα διασφάλισης ποιότητας τροφίμων κατά το πρότυπο ISO 22000.

2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων

Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. Διευκρινίζεται ότι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 79, 79Α του Ν.4412/2016 και την υπ'αριθμ.23 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων επισυνάπτεται χωριστό έντυπο ΕΕΕΣ για κάθε έναν από τους φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται...[...]. Στην, δε, παρ. Β 5 του άρθρου 2.2.9.2. (Αποδεικτικά μέσα) αναφέρεται ότι «Β.5. Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν Πιστοποιητικό ISO 22 000». Τέλος, στις με αρ. πρωτ. 254/15-1-2019 τεχνικές προδιαγραφές προβλέπεται ότι μεταξύ άλλων οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται να περιλάβουν στην τεχνική τους προσφορά πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας τροφίμων κατά το πρότυπο ISO 22000, προς απόδειξη μετά λοιπών εγγράφων, ότι το γάλα προέρχεται από νομίμως λειτουργούντα εργοστάσια, κι επομένως απαιτείται εν προκειμένω στην τεχνική προσφορά το ISO του παραγωγού.

56. Επειδή, έχει προσκομισθεί εντός της εν θέματι προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας α) το με αριθμό πιστοποιητικού ... της 4/2/2019 ISO 9001: 2015 της εταιρείας, β) το με αριθμό ... της 4/2/2019 πιστοποιητικό ISO 22000: 2015 της εταιρείας ... για το αντικείμενο «Σχεδιασμός, ανάπτυξη, παραγωγή, συσκευασία και εμπορία παστεριωμένου γάλακτος, γάλακτος με

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

κακάο, γιαουρτιού, επιδόρπιου γιαουρτιού, κρέμας, ξινόγαλου, αριάνι, κεφίρ, ρυζόγαλου, τυριών (λευκό, ημίσκληρο, τυρόγαλο), ανάλογων τυριών και γαλακτοκομικών και ζελέ», γ) το με αριθμό ... πιστοποιητικό ISO 22000: 2015 της πρώτης παρεμβαίνουσας με αντικείμενο «Εμπορία και διάθεση τροφίμων και ποτών (άνευ αποθήκευσης)», δ) η από 2/8/2019 υπεύθυνη δήλωση της τελευταίας, όπου αναφέρεται ότι *«Στηρίζομαι στις ικανότητες τρίτων και ειδικότερα στις ικανότητεςκαι δ.τ. «....» αναφορικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, τις τεχνικές προδιαγραφές, καθώς και τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητα και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης»*, ε) οι από 2/8/2019 υπεύθυνες δηλώσεις της εταιρείας «....» που αναφέρει ότι πληροί τα κριτήρια επιλογής της επίμαχης διακήρυξης *« αναφορικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, τις τεχνικές προδιαγραφές, καθώς και τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης»*. Επίσης, υπό παρ. 2. της αυτής υπεύθυνης δήλωσης αναφέρεται ότι *«Τα ανωτέρω κριτήρια επιλογής και τους αναγκαίους πόρους που έχει η εταιρία μας στη διάθεσή της, τα δανείζει και δεσμεύεται ότι είναι στη διάθεση της εταιρείας με την επωνυμία «...» με ΑΦΜ.....για τη συμμετοχή της εν λόγω εταιρίας στον ανωτέρω διαγωνισμό σας»*, και τέλος στ) αμφότερες οι ως άνω εταιρείες απαντούν θετικά στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ (Δ Συστήματα Διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης), ενώ η εταιρεία απαντά ότι διατίθεται ηλεκτρονικά η σχετική τεκμηρίωση αναφέροντας τα περαιτέρω απαιτούμενα στοιχεία.

57. Επειδή, επομένως, από τα προπαρατεθέντα, προκύπτει αβίαστα ότι το ISO 22000 απαιτείται μεν ως κριτήριο επιλογής, ιδωμένο κι ελεγχόμενο καταρχήν στο πρόσωπο του προσφέροντος σε επίπεδο προκαταρκτικής απόδειξης, αλλά απαιτείται και ως απαραίτητο δικαιολογητικό της τεχνικής προσφοράς και μάλιστα υποχρεωτικά όσον αφορά την κατασκευάστρια/ παραγωγό εταιρεία. Επομένως, προκύπτει μεν ότι δεν έχει ενταχθεί το ISO ως στοιχείο τεχνικής ικανότητας, ώστε κατά τη γραμματική ερμηνεία των σχετικών άρθρων της διακήρυξης να χωρεί δάνεια εμπειρία (πρβλ. ΕΛ Συν VI τμημ. 453/2018), αλλά το απαιτεί και στο πρόσωπο του κατά περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

παραγωγού κι ενδεχομένως τρίτου φορέα (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 114/2019, 115/2019) κατά τρόπο σαφή. Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη το περιεχόμενο της οικείας προσφοράς (βλ. προηγούμενη σκέψη) υπό το πρίσμα των οικείων όρων της διακήρυξης προκύπτουν ερμηνευτικά τα εξής. Αμφότεροι οι οικονομικοί φορείς, ήτοι η ... και η δηλώνουν ότι διαθέτουν το ISO 22000, που αφορά την ασφάλεια τροφίμων, ενώ στις υπεύθυνες δηλώσεις, το εν θέματι ISO συγκαταλέγεται συλλήβδην στα κριτήρια επιλογής και τεχνικές προδιαγραφές (όπου εμπεριέχεται κατά διακήρυξη), και δηλώνεται ως στοιχείο δάνειας εμπειρίας, δημιουργώντας ασάφεια της προσφοράς και δη όσον αφορά την δήλωσή της περί πλήρωσης του συγκεκριμένου κριτηρίου (άρθρο 2.2.7. της διακήρυξης) καταρχήν από τον υποψήφιο, ήτοι την εταιρεία Ωστόσο, δεδομένου, ότι έχει προσκομισθεί το προς απόδειξη στοιχείο (ISO 22000: 2005 που αφορά την ασφάλεια τροφίμων), αίρεται η όποια επουσιώδης ασάφεια των δηλώσεων σε επίπεδο προκαταρκτικής απόδειξης, καθώς προκύπτει από τον έλεγχο των εν θέματι πιστοποιητικών, η πλήρωση της εν λόγω απαίτησης ούτως ή άλλως στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας, και της αντίστοιχης απαίτησης κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές με την ταυτόχρονη προσκόμιση του ISO 22000 της ..., που δηλώνεται ότι θα προμηθεύσει το 100% και είναι η παραγωγός εταιρεία. Επομένως, ο πρώτος λόγος απορρίπτεται ως αβάσιμος κατά τα ανωτέρω. Συνακόλουθα, δεδομένου ότι η συνολική επισκόπηση της οικείας προσφοράς δεν αφήνει περιθώριο αμφισβήτησης της πλήρωσης των επίμαχων απαιτήσεων της διακήρυξης, αλυσιτελώς προβάλλεται από την πρώτη παρεμβαίνουσα η δυνατότητα χρήσης του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 από την αναθέτουσα αρχή.

58. Επειδή, όσον αφορά το δεύτερο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα αναφέρει στο πρώτο σκέλος αυτού ότι το προσκομιζόμενο από την παρεμβαίνουσα ISO – απαιτούμενο κατ' άρθρο 2.2.7. της διακήρυξης ως διατείνεται – εκδοθέν την 29 Ιουλίου 2019 είναι υπό αίρεση καθώς στο σώμα του αναφέρει «..το παρόν πιστοποιητικό ισχύει υπό την προϋπόθεση διενέργειας των απαιτούμενων ετήσιων εντός δωδεκαμήνου από την ημερομηνία έκδοσης επιθεωρήσεων επιτήρησης και υπόκειται στους κανονισμούς της». Επομένως, το συγκεκριμένο ISO δεν έχει εκδοθεί

ανεπιφύλακτα και παραβιάζει ευθέως το άρθρο 2.2.7. της διακήρυξης, κατά την κρίση της προσφεύγουσας. Ωστόσο, το συμφέρον είναι έννομο όταν: α) δεν αντίκειται στο δίκαιο β) αναγνωρίζεται από το δίκαιο και γ) αποσκοπεί στη διατήρηση των ισχυουσών ρυθμίσεων, οι οποίες διασφαλίζουν μια ευνοϊκή για τον αιτούντα κατάσταση και οι ως άνω προϋποθέσεις πρέπει να συντρέχουν αθροιστικώς (Δ. Θ. ΠΥΡΓΑΚΗΣ, ΤΟ ΕΝΝΟΜΟ ΣΥΜΦΕΡΟΝ ΣΤΗ ΔΙΚΗ ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 81 και 84). Επομένως, η προβολή από την προσφεύγουσα της οποίας η προσφορά έχει γίνει αποδεκτή, ισχυρισμού κατά άλλου συνδιαγωνιζόμενου, ο οποίος συντρέχει και για την ίδια, με σκοπό τον αποκλεισμό του από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, αντίκειται στην αρχή του ίσου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, αλλά και στην καλή πίστη και πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος. Ειδικότερα, δεδομένου ότι και το προσκομισθέν από την ίδια την προσφεύγουσα αντίστοιχο πιστοποιητικό αναφέρει την προϋπόθεση διενέργειας ετήσιων ελέγχων για την διατήρηση της ισχύος του, άνευ εννόμου συμφέροντος και σε κάθε περίπτωση απαραδέκτως προβάλλεται ο συγκεκριμένος λόγος (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 59/2018). Εξάλλου, στην περίπτωση που δεν απορριφθεί ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος, η περαιτέρω εξέταση του βασίμου του εν λόγω ισχυρισμού θα εδύνατο να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και στην ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου, καταρχήν ως προς το Τμήμα 2, δηλαδή, σε διαφορετική, εν τοις πράγμασι, αξιολόγηση προσφορών με την ίδια πλημμέλεια, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης.

59. Επειδή, όλως επικουρικώς, κατά την επισκόπηση του οικείου φακέλου προκύπτει ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα έχει υποβάλει το με αριθμό ... πιστοποιητικό της εταιρείας κατά ... EN ISO 22000: 2005 (Σύστημα Διαχείρισης της Ασφάλειας Τροφίμων), που αφορά την ίδια, με πεδίο εφαρμογής «Εμπορία & Διάθεση τροφίμων και ποτών (άνευ αποθήκευσης)»,

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

με ημερομηνία έκδοσης 29 Ιουλίου 2019, ημερομηνία λήξης ισχύος παρόντος πιστοποιητικού την 29 Ιουλίου 2020 και ημερομηνία λήξης πιστοποίησης την 29^η Ιουνίου 2021. Επισημαίνεται ότι από τις προπαρατεθείσες διατάξεις της διακήρυξης σχετικά με τα στοιχεία και δικαιολογητικά του (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής», τα οποία απαιτούνται για την έγκυρη συμμετοχή των προσφερόντων οικονομικών φορέων στο διαγωνισμό το ΕΕΕΣ και η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Εξάλλου, το ΕΕΕΣ, αποτελεί υπεύθυνη δήλωση και παρέχει, σύμφωνα με τα οριζόμενα και στο άρθρο 79 του ν.4412/2016 προκαταρκτική απόδειξη των αναφερομένων σ' αυτό εγγράφων και δικαιολογητικών σχετικά με τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τα κριτήρια επιλογής των διαγωνιζομένων. Ενόψει τούτου, η υποβολή των αναφερόμενων στο άρθρο 2.2.9.2. αποδεικτικών μέσων, που αφορούν την απόδειξη της πλήρωσης, μεταξύ άλλων, της απαίτησης του άρθρου 2.2.7. ήτοι οι προσφέροντες να διαθέτουν πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας (ISO 22000) απαιτείται μόνο κατά το στάδιο της κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο (βλ. και ΔεφΑθ 73/2019) ενώ απαιτείται εντός της τεχνικής προσφοράς, ως προελέχθη, το εν θέματι ISO του παραγωγού (εργοστάσιο παραγωγής). Ωστόσο, εν προκειμένω, εν πάση περιπτώσει, όντως, κατά τα ορθώς διαλαμβανόμενα από την προσφεύγουσα στο «σώμα» του οικείου πιστοποιητικού αναφέρεται ρητώς το εξής «*Το παρόν πιστοποιητικό ισχύει υπό την προϋπόθεση διενέργειας των απαιτούμενων ετήσιων εντός δωδεκαμήνου από την ημερομηνία έκδοσης, επιθεωρήσεων επιτήρησης και υπόκειται στους κανονισμούς της ... Α.Ε.*».

60. Επειδή, τόσο η θεωρία όσο και η νομολογία δέχονται την εφαρμογή στην διοικητική δίκη του βάρους απόδειξης από αντικειμενική άποψη (βάρος απόδειξης «υπό αντικειμενική έννοια»), δοθέντος ότι η εφαρμογή του έχει πάντοτε ως αφετηρία τη λειτουργία του κανόνα δικαίου. Το αντικειμενικό βάρος αποδείξεως δίνει διέξοδο όταν, παρά τη διεξαγωγή της αποδεικτικής διαδικασίας, παραμένουν αμφιβολίες ως προς την αλήθεια των πραγματικών περιστατικών, και συνεπώς κάποιος από τους διαδίκους πρέπει να φέρει τον κίνδυνο του *non liquet*, δηλαδή του γνωστικού αδιεξόδου του δικαστή. Δεδομένου, δε, ότι δικαστής (ο εφαρμοστής του δικαίου) δεν επιτρέπεται να αρνηθεί την έκδοση απόφασης, η δικαστική του διάγνωση στηρίζεται τότε

στους κανόνες του αντικειμενικού βάρους αποδείξεως, εκδίδει δηλ. μια απόφαση σύμφωνα με το βάρος αποδείξεως (Beweislastentcheidung). Οπότε η περίπτωση του *non liquet* εξομοιώνεται κατά πλάσμα δικαίου με την περίπτωση της μη αποδείξεως του ισχυρισμού (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Τα γνωσιολογικά θεμέλια της απόφασης του διοικητικού δικαστή», «Διοικητική Δίκη», τόμος ΙΖ', τεύχος 3ο, 2015, Εκδόσεις Σάκκουλας, σελ. 583 επ.).

61. Επειδή, ως προαναφέρθη, οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, οι οποίες διέπουν τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, είτε διέπονται από το εθνικό δίκαιο είτε από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, επιβάλλουν σαφή και ακριβή μνεία στη διακήρυξη των απαιτούμενων, προς συμμετοχή στους διαγωνισμούς, προσόντων και των υποβλητέων, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικών και λοιπών στοιχείων. Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν μόνον τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς και ειδικώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιοτήτων ή γεγονότων κρίσιμων για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, η δε αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας, δεν δύναται να προβεί σε αποκλεισμό διαγωνιζομένου από τη διαγωνιστική διαδικασία, λόγω μη προσκόμισης διαφορετικών ή και επί πλέον από τα προβλεπόμενα δικαιολογητικών συμμετοχής (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 251/2018, 382/2015, 53, 19/2011, 3703/2010).

62. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται μη πλήρωση ρητής πρόβλεψης του άρθρου 2.2.7. της διακήρυξης. Ωστόσο, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω ρηθέντα, προκύπτει από το περιεχόμενο της προσφυγής ότι δεν επισημαίνει η προσφεύγουσα ποια είναι η ρητή πρόβλεψη, η οποία εμπεριέχεται στο άρθρο 2.2.7. ή/και σε οποιοδήποτε άλλο σημείο της οικείας κανονιστικής πράξης και η οποία παραβιάζεται από την ως άνω αναφερθείσα φράση του επίμαχου πιστοποιητικού. Άλλως και όλως επικουρικώς, χωρίς να προβάλλει λόγους που βάλλουν κατά τρόπο σαφή και ορισμένο κατά του κύρους του εν θέματι πιστοποιητικού, θέτει ζήτημα υπό αίρεση ισχύος αυτού ως στοιχείο αντίθεσης προς τους όρους της διακήρυξης (άρθρο 2.2.7.) αορίστως κι επομένως απαραδέκτως. Περαιτέρω, όλως επικουρικώς,

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

αφενός, πέραν του τύπου του εν θέματι πιστοποιητικού (ΕΛΟΤ EN ISO 22000:2005) δεν υφίσταται ρητή πρόβλεψη περί έτερων στοιχείων του περιεχομένου αυτού, εναποθέτοντας όλο το βάρος της προβληματικής ως προς την επίμαχη αναφορά όπου εμπεριέχεται η φράση «υπό την προϋπόθεση» στο κύρος και την ισχύ του πιστοποιητικού. Αφετέρου, και σε αυτή την περίπτωση, το ζήτημα της εν θέματι αίρεσης, λαμβάνοντας υπόψη τον χρονικό ορίζοντα πλήρωσής της, ήτοι ένα έτος από την έκδοσή του- δώδεκα μήνες επακριβώς – και δεδομένου του πρόσφατου σε σχέση με την υποβολή της προσφοράς και αξιολόγηση αυτής χρόνου έκδοσής του (29/7/2019), καθιστά άνευ αντικειμένου ακόμη και την δυνατότητα –έστω και άνευ αποδείξεων – αμφισβήτησης του κύρους του πιστοποιητικού κατά τον κρίσιμο χρόνο. Επομένως, παρίσταται και αβάσιμος ο συγκεκριμένος λόγος. Επαλλήλως, κρίνεται ότι δεν θα ηδύνατο να ληφθεί υπόψη το πρώτον από την ΑΕΠΠ η από 9/10/2019 προσκομισθείσα βεβαίωση της εταιρείας πιστοποίησης περί ολοκλήρωσης του αναφερθέντος στην επίμαχη σημείωση ελέγχου, η οποία, ωστόσο, θα μπορούσε να αποτελέσει αντικείμενο αξιολόγησης από την αναθέτουσα αρχή, στα πλαίσια διαδικασίας αναζήτησης διευκρινίσεων κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016. Τέλος, ως ορθώς υποστηρίζει η πρώτη παρεμβαίνουσα, αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα ότι δεν έχει υποβληθεί πιστοποιητικό ISO 21000: 2005 της εταιρείας

63. Επειδή, με τον τρίτο προβαλλόμενο λόγο, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ως λόγο απόρριψης της προσφοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας ότι ελλείπει από την εγγύηση του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων τόσο η δήλωση παραίτησης από το δικαίωμα διαιρέσεως και διζήσεως όσο και η φράση ότι το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε τέλος χαρτοσήμου.

64. Επειδή, το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 «Εγγυήσεις» προβλέπει τα εξής «1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης «μη συνυπολογιζόμενων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης της

σύμβασης», εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/τημημάτων. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής. Δεν απαιτείται εγγύηση συμμετοχής για τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης συμφωνιών- πλαίσιο, δυναμικού συστήματος αγοράς, σε συνοπτικό διαγωνισμό, σε διαδικασίες απευθείας ανάθεσης ή σε διαδικασία επιλογής από κατάλογο, εκτός αν άλλως ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης. Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι εγγυήσεις συμμετοχής καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου, μετά από γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. Η ένσταση του αναδόχου κατά της απόφασεως δεν αναστέλλει την είσπραξη του ποσού της εγγυήσεως. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης. Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες μετά: αα) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας «άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής», ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης και ββ) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης «ενδίκων βοηθημάτων προσωρινής δικαστικής Προστασίας», ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών, και γγ) την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με το άρθρα 35 και 36 του Ν. 4129/2013 (Α` 52), εφόσον απαιτείται.

Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες «στις κάτωθι περιπτώσεις: α) λήξης του χρόνου ισχύος της προσφοράς και μη ανανέωσης αυτής και β).» απόρριψης της προσφοράς τους και εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή ή ένδικο βοήθημα ή έχει εκπνεύσει άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή ένδικων βοηθημάτων ή έχει λάβει χώρα παραίτηση από το δικαίωμα άσκησης αυτών ή αυτά έχουν απορριφθεί αμετακλήτως.». β) «Εγγύηση καλής εκτέλεσης», ...[...] 3. Οι εγγυήσεις των παραγράφων 1 και 2 εκδίδονται από πιστωτικά "ή χρηματοδοτικά" ιδρύματα «ή ασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά την έννοια των περιπτώσεων β' και γ' της παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4364/ 2016 (Α`13)» που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη - μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. - Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα.

4. Οι εγγυήσεις του παρόντος άρθρου περιλαμβάνουν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα στοιχεία: α) την ημερομηνία έκδοσης, β) τον εκδότη, γ) την αναθέτουσα αρχή προς την οποία απευθύνονται (ή τον κύριο του έργου ή τον φορέα κατασκευής στις περιπτώσεις δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών), 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, 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, τα ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου, η) τα στοιχεία της σχετικής διακήρυξης ή πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, του

διαγωνισμού, 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 πέντε (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. 5. Η αναθέτουσα αρχή επικοινωνεί με τους φορείς που φέρονται να έχουν εκδώσει τις εγγυητικές επιστολές προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους. ..[...]». Το, δε, περιεχόμενο του άρθρου 2.1.5. της διακήρυξης συνάδει με το «γράμμα» του ως άνω άρθρου του Νόμου.

65. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί (βλ. και ΑΕΠΠ 843/2018, 373/2018) οι οικονομικοί φορείς προς κάλυψη της υπό άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 δύνανται να υποβάλλουν εγγύηση του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, οι οποίες δεν συνιστούν εγγυητικές επιστολές αλλά γραμμάτια εγγυήσεων, εκδιδόμενα κατά τα οικείες διατάξεις. Ειδικότερα, στο με αριθμό πρωτ. (0) 39447_17 της 24.4.2017 έγγραφο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με θέμα «Εγγυοδοτικές Παρακαταθήκες Τ.Π. & Δανείων» αναφέρεται μεταξύ άλλων ρητά ότι «2α. Σύμφωνα με την ειδική νομοθεσία που διέπει το Τ. Π. και Δανείων, (άρθρο 4 Π.Δ. της 30 12.1926 /3 1. 1927, «Περί συστάσεως και αποδόσεως παρακαταθηκών και καταθέσεων παρά τω Ταμείω Παρακαταθηκών και Δανείων»), συστήνονται εγγυοδοτικές παρακαταθήκες για την παροχή Εγγυήσεων συμμετοχής, καλής εκτέλεσης κ.λ.π. για την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος.2β. Σε εφαρμογή των ανωτέρω, το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων από της ιδρύσεώς του εκδίδει εγγυοδοτικές παρακαταθήκες με τις οποίες παρέχονται εγγυήσεις συμμετοχής σε διαγωνισμούς για την κατασκευή δημοσίων έργων ή για προμήθειες δημοσίου τομέα και εγγυήσεις για την καλή εκτέλεση όρων των συμβάσεων, με το εξής περιεχόμενο: 2γ. Στο Γραμμάτιο Εγγυοδοτικής Παρακαταθήκης αναγράφονται: 1. ο αριθμός του γραμματίου σύστασης παρακαταθήκης, 2. η ημερομηνία έκδοσης του γραμματίου σύστασης παρακαταθήκης, 3. ο εκδότης (Τ .Π. και Δανείων), 4. η υπηρεσία προς την οποία απευθύνεται,5. το ποσό που καλύπτει η εγγύηση, 6. η πλήρης επωνυμία και η διεύθυνση του καταθέτη (προμηθευτή), ο οποίος συστήνει την παρακαταθήκη ως εγγύηση συμμετοχής,

7. ο αριθμός της διακήρυξης, 8. ο ακριβής τίτλος του διαγωνισμού και η ημερομηνία διεξαγωγής του (εγγύηση συμμετοχής) και ο αριθμός της σύμβασης όταν πρόκειται για εγγύηση καλής εκτέλεσης, με την προϋπόθεση ότι υπάρχει....[...] Επίσης όσον αφορά το χρόνο ισχύος του Γραμματίου, σας επισημαίνουμε ότι οι χρηματικές παρακαταθήκες παραγράφονται μετά από 15ετία από το χρόνο που κατέστησαν απαιτητές βάσει του Ν. 3646/28, άρθρο 17.3. Από τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι οι οι όροι : - ότι η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ότι ο εκδότης παραιτείται από την ένσταση της διζήσεως, της θα καταβληθεί άνευ αντιρρήσεων και απροφασίστως, χρόνος ισχύος κ.λ.π. αφορούν μόνο τις παρεχόμενες από τις Τράπεζες εγγυητικές επιστολές και όχι τις εγγυοδοτικές παρακαταθήκες που εκδίδει το Ταμείο Παρακαταθηκών & Δανείων».

66. Επειδή στο με αριθμό πρωτ 2756/23-5-2017 (ΑΔΑ 7ΝΣΡΟΞΤΒ-975) έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα «Διευκρινίσεις επί της Κατευθυντήριας Οδηγίας 12, ως προς τα Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης», αναφέρει μεταξύ άλλων «Ειδικότερα, το άρθρο 72 παρ. 3 του ν. 4412/2016 (Α' 147) ορίζει: "3. Οι εγγυήσεις των παραγράφων 1 και 2 εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη -μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. -Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα....[...] Τα γραμμάτια σύστασης χρηματικής παρακαταθήκης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, για την παροχή εγγυήσεων συμμετοχής και καλής εκτέλεσης (εγγυοδοτική παρακαταθήκη) συστήνονται σύμφωνα με την ειδική νομοθεσία που διέπει αυτό και ειδικότερα βάσει του άρθρου 4 του π.δ της 30 Δεκεμβρίου 1926/31ανουαρίου 1927 (Περί συστάσεως και αποδόσεως παρακαταθηκών και καταθέσεων παρά τω Ταμείω Παρακαταθηκών και Δανείων»

67. Επειδή με βάση τα ως άνω καθίσταται σαφές ότι ως ορίζεται ρητώς στο Νόμο (άρθρο 72 Ν. 4412/2016) και στην οικεία διακήρυξη είναι καταρχήν νόμιμη και σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης η προσκόμιση γραμματίου του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων ως εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό.

68. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 866 ΑΚ, εκείνος που εγγυήθηκε για ορισμένο μόνο χρόνο ελευθερώνεται από την εγγύηση, αν ο δανειστής δεν επιδιώξει δικαστικώς την απαίτησή του μέσα σε ένα μήνα από την πάροδο αυτού του χρόνου και δεν συνεχίσει τη σχετική διαδικασία χωρίς υπαίτια καθυστέρηση. Κατά την έννοια της διάταξης αυτής, εγγύηση για ορισμένο χρόνο υπάρχει όταν, κατά τη συμφωνία δανειστή και εγγυητή, η υποχρέωση του εγγυητή θα αποσβεσθεί κατά ορισμένο χρονικό σημείο, το οποίο προσδιορίζεται είτε ημερολογιακώς, είτε κατ' άλλο τρόπο. Η δήλωση του εγγυητή για την χρονικώς περιορισμένη ευθύνη του πρέπει να είναι ρητή και σαφής (ΕφΑθηνών 1415/2012) ενώ αντίστοιχα όσον αφορά τις αξιώσεις του Δημόσιου ως λήπτη, εγγυητικής επιστολής αορίστου διάρκειας που εκδόθηκε από χρηματοπιστωτικό ίδρυμα (...), αυτές παραγράφονται μετά από την πάροδο εικοσαετίας από το τέλος του έτους κατά το οποίο λαμβάνει χώρα η ταμειακή βεβαίωση της αξίωσης του Δημοσίου (ΓΝΜ ΝΣΚ 39/2017).

69. Επειδή, ωστόσο, ως συνάγεται από τα ως άνω εκτεθέντα, η παροχή εγγύησης υπό μορφή σύστασης παρακαταθήκης (εγγυοδοτική παρακαταθήκη) και έκδοσης σχετικού γραμματίου από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων διαφοροποιείται από την εγγύηση των άρθρων 866-7 ΑΚ και διέπεται από τις διατάξεις του ΠΔ της 30/12/3.1.1927 σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 427-435, 410 επ. και 822 ΑΚ(βλ. ΓΝΜ ΝΣΚ 34/1992) ενώ δεν υφίσταται συγκεκριμένη ρητά οριζόμενη διάρκεια της εγγυοδοσίας που παρέχεται με την παρακαταθήκη αλλά λαμβάνεται υπόψη η δεκαπενταετής παραγραφή της αξίωσης του λήπτη του γραμματίου παρακαταθήκης δυνάμει του άρθρου 17 του Ν. 3647/1928 (βλ. ΑΠ544/2011). Σε κάθε περίπτωση, καθίσταται σαφές από την κείμενη νομοθεσία και τις αντίστοιχες σχετικές διατάξεις της οικείας διακήρυξης αλλά και από τα αναγραφόμενα στο «σώμα» του προσκομισθείσας εγγύησης του Ταμείου

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

Παρακαταθηκών και Δανείων (γραμμάτιο Ν. 783817) ότι είναι σύμφωνη με το άρθρο 72 του Ν. 4412/2016, περιέχει το σύνολο των στοιχείων που απαιτούνται για την έγκυρη έκδοσή της λαμβάνοντας υπόψη τη φύση της συγκεκριμένης εγγυοδοσίας και τη διασφάλιση των απαιτούμενων δεσμεύσεων έναντι της αναθέτουσας αρχής.

70. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ως βασίμως υπογραμμίζει η πρώτη παρεμβαίνουσα, η εγγύηση του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, αναφέρει κάτω από τον τίτλο «ΟΔΗΓΙΕΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΠΟΔΟΣΗ ΤΗΣ ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗΣ» υπό παρ. 10 και 11 τα εξής «10) Η εξόφληση των παρ/κών υποβάλλεται σε τέλη χαρτοσήμου, 11) Σε περίπτωση κατάπτωσης εγγυοδοτικής παρακαταθήκης το ποσό της κατάπτωσης αποδίδεται άμεσα στον υπέρ ου η κατάπτωση με την προσκόμιση του πρωτοτύπου γραμματίου παρακαταθήκης και σχετικής απόφασης. Το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον πάγιο τέλος χαρτοσήμου».

Επομένως, ο τρίτος προβαλλόμενος λόγος απορρίπτεται ως αβάσιμος.

71. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο η προσφεύγουσα κατά τα αναλυτικότερα αναφερθέντα στην σκέψη 19 υπολαμβάνει ότι δεν πληρούται από τα προσκομισθέντα ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας και του τρίτου παρόχου δάνειας εμπειρίας η τιθέμενη από την διακήρυξη απαίτηση χρηματοοικονομικής επάρκειας των 800.000 ευρώ. Ωστόσο, η προσφεύγουσα δεν λαμβάνει υπόψη τις υποβληθείσες υπεύθυνες δηλώσεις της πρώτης παρεμβαίνουσας και της εταιρίας

72. Επειδή, ειδικότερα, από την επισκόπηση του οικείου φακέλου προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα έχει υποβάλει το από 2/8/2019 ΕΕΕΣ, το οποίο στο οικείο πεδίο του Μέρους IV «Κριτήρια Επιλογής, Β. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» δεν αναφέρει την στήριξη στις ικανότητες τρίτων αλλά περιορίζεται στην αναφορά των στοιχείων της ίδιας και δη ως προς τον μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών αναφέρει το ποσό των 11.407,4733 ευρώ. Περαιτέρω, στο ίδιο πεδίο ο τρίτος φορέας αναφέρει ως μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών το ποσό των 109.587.000 ευρώ. Ωστόσο, στον αυτό φάκελο προσφοράς, έχουν υποβληθεί α) οι από 2/8/2019 υπεύθυνες δηλώσεις των νομίμων εκπροσώπων του οικονομικού φορέα, παρόχου δάνειας εμπειρίας και β) η από 2/8/2019 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου

της παρεμβαίνουσας, οι οποίες συλλήβδην περιλαμβάνουν την αυτή εκατέρωθεν δέσμευση περί στήριξης στις ικανότητες της ως άνω αναφερθείσας εταιρείας ... μεταξύ άλλων και για την πλήρωση της απαιτούμενης οικονομικής και χρηματο-οικονομικής επάρκειας.

73. Επειδή, ως έχει άλλωστε κριθεί, οι ως άνω υπεύθυνες δηλώσεις νομίμως δύνανται να συμπληρώσουν το περιεχόμενο των υποβληθέντων ΕΕΕΣ, που συνιστούν ενημερωμένες υπεύθυνες δηλώσεις. Επομένως, ουδεμία αμφιβολία από τη συλλογική επισκόπηση του οικείου φακέλου καταλείπεται ως προς το περιεχόμενο της οικείας προσφοράς, τη δέσμευση των μερών για στήριξη της παρεμβαίνουσας στις ικανότητες της εταιρείας αναφορικά με την οικονομική και χρηματο-οικονομική επάρκεια κι εν γένει ουδεμία ουσιώδης πλημμέλεια δεν προκύπτει ότι υφίσταται στην υπό κρίση προσφορά αλλά ενδεχομένως ασάφεια, η οποία, σε κάθε περίπτωση, αίρεται με την συνδυαστική επισκόπηση των εγγράφων της προσφοράς (βλ. κατ'αντιδιαστολή ΕΑ ΣτΕ 135/2018). Επομένως και ο τέταρτος λόγος της προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

74. Επειδή, με τον πέμπτο λόγο υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι παρανόμως η παρεμβαίνουσα αναθέτει υπεργολαβικά το 100% της εκτέλεσης της σύμβασης στην εταιρεία ... Η αναθέτουσα αρχή, εν τοις πράγμασι, με τις απόψεις της προς την ΑΕΠΠ δηλώνει ότι δεν είχε προσέξει την σχετική δήλωση στο ΕΕΕΣ.

75. Επειδή, στην Κατευθυντήρια 23 (απόφαση 3/24-1-2018) της ΕΑΔΔΗΣΥ με θέμα «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)» αναφέρεται μεταξύ άλλων (σελ. 17) το εξής «Επισημαίνεται, τέλος, ότι οι κατασκευαστές/ παραγωγοί ή/ και οι κάθε είδους «προμηθευτές» ειδών/υλικών/προϊόντων των οικονομικών φορέων/συμμετεχόντων δεν αποτελούν, κατά γενικό κανόνα, τρίτους φορείς, υπό την έννοια των διατάξεων του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 (αντίστοιχο άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), στις ικανότητες των οποίων αυτοί στηρίζονται και, συνεπώς, δεν απαιτείται η υποβολή ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ εκ μέρους τους, με την επιφύλαξη των οριζόμενων στην επόμενη παράγραφο. Στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή προβλέπει στα έγγραφα της σύμβασης

συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής για τον έλεγχο της καταλληλότητας των προσφερόντων, όπως να διαθέτει συγκεκριμένες εγκαταστάσεις, μηχανήματα ή τεχνικό εξοπλισμό για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, τότε, εφόσον ο προσφέρων δεν διαθέτει ο ίδιος τις απαιτούμενες εγκαταστάσεις ή μηχανήματα και στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων ως προς αυτά, ο οικονομικός φορέας που παρέχει στον προσφέροντα τις εν λόγω εγκαταστάσεις/μηχανήματα είναι τρίτος, κατά τα προαναφερθέντα, και απαιτείται να προσκομίσει ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, στο οποίο δηλώνει ότι στηρίζει τον προσφέροντα ως προς το συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής, ήτοι διαθέτει τις συγκεκριμένες εγκαταστάσεις/ μηχανήματα που απαιτεί η αναθέτουσα αρχή» (βλ. ΔεφΛαρ 7/2019). Περαιτέρω, στην Κατευθυντήρια 14 (απόφαση 295/2015) της ΕΑΔΔΗΣΥ αναφέρεται μεταξύ άλλων το εξής «*ii. Αδιάφορη η φύση του δεσμού του υποψήφιου οικονομικού φορέα με τρίτον φορέα, τις δυνατότητες του οποίου επικαλείται για να αποδείξει την καταλληλότητα του για την σύναψη της σύμβασης. Για παράδειγμα, οσάκις μια εταιρεία επικαλείται τις θυγατρικές της για να αποδείξει τις τεχνικές, χρηματοδοτικές και οικονομικές ικανότητες της, προκειμένου να περιληφθεί στον επίσημο πίνακα των αναγνωρισμένων εργοληπτών, οφείλει, οποιαδήποτε και αν είναι η φύση των δεσμών που τη συνδέουν με τις θυγατρικές της εταιρείες, να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεση της τα μέσα των εταιρειών αυτών που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των συμβάσεων δημοσίων έργων, όπως θα όφειλε και εάν δεν είχαν κανένα δεσμό μεταξύ τους. Εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να κρίνει, λαμβανομένων υπόψη των πραγματικών περιστατικών και των κειμένων διατάξεων, αν αποδεικτικά στοιχεία αυτού του είδους έχουν πράγματι προσκομιστεί με το φάκελο της υποψηφιότητας του φορέα» (βλ. και ΑΕΠΠ 720/2019).*

76. Επειδή, στη διαχείριση των δημοσίων συμβάσεων από τις αναθέτουσες αρχές παρατηρείται συχνά μια σύγχυση της έννοιας – συνεπώς και της χρήσης – της υπεργολαβίας με άλλες έννομες σχέσεις του αναδόχου με τρίτα πρόσωπα, που φέρουν κοινά χαρακτηριστικά με την σύμβαση υπεργολαβίας. Έτσι ο υπεργολάβος διακρίνεται από τον προμηθευτή δημόσιας σύμβασης, καθώς ο υπεργολάβος αναλαμβάνει να υλοποιήσει / εκτελέσει μέρος του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ ο

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

προμηθευτής αναλαμβάνει να παράσχει /διαθέσει συγκεκριμένο/ α αγαθό /α στο εν λόγω πλαίσιο (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Σχετικές διατάξεις – Νομολογία , Τόμος 1, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018 σελ. 581 κι εκεί παρατιθέμενες παραπομπές). Ειδικότερα, το ισχύον νομικό πλαίσιο που διέπει τις υπεργολαβίες επιδιώκει με τις νεοεισαχθείσες διατάξεις της αφενός την ενίσχυση του ανταγωνισμού και τη διευκόλυνση συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων σε διαγωνιστικές διαδικασίες, που λόγω του μεγέθους τους, τούτο δεν θα ήταν καταρχήν εφικτό, αφετέρου την τήρηση των αρχών της διαφάνειας στην αλυσίδα της υπεργολαβίας, καθώς και τη διασφάλιση του εννόμου συμφέροντος της αναθέτουσας αρχής για την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση του αντικειμένου της ανατεθείσας σύμβασης, μέσω της θέσπισης πλέον αυστηρών μέτρων ελέγχου και εποπτείας των υπεργολάβων με σκοπό τη συμμόρφωση αυτών, κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, στις απορρέουσες από το περιβαλλοντικό, κοινωνικό και εργατικό δίκαιο υποχρεώσεις. Εμβληματική διάταξη που σε συνέχεια του προηγούμενου καθεστώτος η αναφορά του τμήματος που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας (άρθρο 58 του Ν. 4412/2016) και κρίσιμη η εισαχθείσα με το άρθρο 131 του Ν. 4412/2016 δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής υπό συγκεκριμένους όρους να προβλέψει στα έγγραφα της σύμβασης την καταβολή απευθείας στον υπεργολάβο της αμοιβής του για το τμήμα της προμήθειας, υπηρεσίας ή έργου. Καθίσταται σαφές ότι η ως άνω διάταξη δεν αλλοιώνει την έννοια της υπεργολαβίας, λόγω της αναφοράς σε προμήθεια αλλά περιλαμβάνει ορθώς και τις μικτές συμβάσεις ή και συμβάσεις έργου όπως συνάγεται από το γράμμα και πνεύμα του άρθρου [βλ. Επιμελητές : Ε. Ε. Κουλουμπίνη, Ηλίας Μάζος, Ι. Κίτσος, Δημόσιες Συμβάσεις, Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, (Δ. Κοκοτσής, Η υπεργολαβία, σελ. 191-203)].

77. Επειδή, τω όντι στο ως άνω αναφερθέν ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας αναφέρεται στο πεδίο του Μέρους IV Κριτήρια Επιλογής που αφορά το ποσοστό υπεργολαβίας κάτωθι ενότητας «Γ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», ότι θα αναθέσει το 100/100 της εκτέλεσης της σύμβασης υπεργολαβικά, γεγονός που επικαλείται ως σφάλμα η παρεμβαίνουσα.

78. Επειδή, ο οικείος όρος αναφέρεται σε υπεργολαβία, που συνδέεται άρρηκτα με παροχή υπηρεσίας ή εκτέλεση έργου και όχι με προμήθεια προϊόντων κατά τα ανωτέρα διαληφθέντα. Εξάλλου, προς επίρρωση των ανωτέρω εξαχθέντων πορισμάτων, ως υπεργολαβία ορίζεται η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, δια της οποίας ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεδόμενων με τον εργοδότη με νομικό δεσμό και με σκοπό την εκτέλεση μέρους της σύμβασης. Ο ανάδοχος είναι ο μόνος υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον υπεργολάβο μέρος (ΑΠ 570/2007, ΟλΣΤΕ 971/1998, ΕΛΣυν Τμήμα Ι 1413/2017), ενώ κρίσιμο εν προκειμένω παραμένει το γεγονός ότι ο τρίτος, στον οποίο ανατίθενται ρητά προσδιορισμένες εργασίες, λειτουργεί ως βοηθός εκπλήρωσης του αρχικού αναδόχου, έναντι του οποίου και μόνον υπέχει ευθύνη με βάση τη σύμβαση υπεργολαβίας και δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με την αναθέτουσα αρχή (ΟλΣΤΕ 971/1998, ΑΠ 2146/2014, 119/2013, 570/2007, ΕφΛάρισας 379/2013). Τέλος, η συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. του ΑΚ (πρβλ. την ΑΠ 570/2007 και για το γεγονός ότι ο χαρακτηρισμός από τα μέρη μιας συμβατικής σχέσης ως «υπεργολαβίας» δεν αναιρεί τον αληθή χαρακτήρα και την αναγνώρισή της πρωτοτύπως από το Δικαστήριο ή εν προκειμένω την Αρχή ως διαφορετικού τύπου σύμβασης, εφόσον η ενοχική αυτή σχέση δεν πληροί τα τυπολογικά στοιχεία της υπεργολαβίας). Έτι περαιτέρω, διευκρινίζεται ότι ο υπεργολάβος διακρίνεται από τον προμηθευτή δημόσιας σύμβασης, καθώς ο υπεργολάβος αναλαμβάνει να υλοποιήσει-εκτελέσει μέρος του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ ο προμηθευτής αναλαμβάνει να παράσχει-διαθέσει συγκεκριμένο/α αγαθό/ά στο εν λόγω πλαίσιο (βλ. και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 3709/03.09.2015 Κατευθυντήρια Οδηγία με θέμα: «Θέματα που ανακύπτουν κατά τη χρήση της υπεργολαβίας και όροι εφαρμογής της», Απόφαση 139/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων). Ομοίως, έχει κριθεί (ΔΕφΑΘ Αναστ. 476-478/2011) ότι η απλή διάθεση σε συμμετέχουσα σε διαγωνισμό εταιρεία, από τρίτο οικονομικό φορέα, κατά τα διαλαμβανόμενα στην υπεύθυνη δήλωση του εκπροσώπου της εταιρείας αυτής, συγκεκριμένων οργάνων, για την απόδειξη της υλικοτεχνικής της ικανότητας, όπως προκύπτει

ότι συνέβη εν προκειμένω, δεν αποτελεί υπεργολαβία, η οποία προϋποθέτει την, εκ μέρους του εργολάβου της κύριας σύμβασης, ανάθεση υλοποίησης μέρους του έργου, για το οποίο αυτός είχε υποβάλει την προσφορά, σε τρίτο.

79. Επειδή, το συγκεκριμένο πεδίο του επίμαχου ΕΕΕΣ αναφέρει αυτολεξεί «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας το ακόλουθο μέρος (δηλαδή ποσοστό) της σύμβασης. Επισημαίνεται ότι εάν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και στηρίζεται στις ικανότητες του υπεργολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους, τότε θα πρέπει να συμπληρωθεί χωριστό ΕΕΕΣ για τους σχετικούς υπεργολάβους, βλέπε μέρος II, ενότητα Γ ανωτέρω».

80. Επειδή, ανεξαρτήτως, της δήλωσης του οικονομικού φορέα στο συγκεκριμένο πεδίο και ανεξαρτήτως δυνητικής κρίσης περί δυνατότητας ή μη υπεργολαβίας του 100%, υπό την γραμματική θεώρηση του «μέρους» της σύμβασης εν αντιθέσει με το «όλο», που συνιστά το 100% (βλ. και αντίθετη αναφορά προσφυγής με έρεισμα την απόφαση ΔΕΕ C-406/14. σκ. 33), που δεν αποτελεί αντικείμενο της παρούσης, εν προκειμένω, πρόκειται για ανάθεση του 100% της προμήθειας σε έτερο οικονομικό φορέα, που δεν συνιστά υπό την πραγματική νομική έννοια του όρου υπεργολαβία. Επομένως, ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης ο εν θέματι λόγος και παρίσταται εξ αυτού του λόγου αβάσιμος.

81. Επειδή, περαιτέρω, δεδομένης της απόρριψης των προβαλλόμενων λόγων κατά της πρώτης παρεμβαίνουσας, υπό το φως της πάγιας νομολογίας προσφεύγων δεν θα είχε έννομο συμφέρον να στραφεί κατά της δεύτερης στην κατάταξη (στο τμήμα 1), δεδομένου ότι δεν δύναται επωφελούμενη από την δυνητική απόρριψη της προσφοράς της δεύτερης σε κατάταξη εταιρείας, να αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος. Ωστόσο, με βάση πρόσφατη νομολογία (ΕΑ ΣΤΕ 65/2019) παραδεκτώς στρέφεται η προσφεύγουσα εν προκειμένω και κατά της δεύτερης παρεμβαίνουσας διατηρώντας έννομο συμφέρον προς τούτο (βλ. σκέψεις 12,13,14 της ως άνω απόφασης) .

82. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο κατά της δεύτερης παρεμβαίνουσας η προσφεύγουσα υποστηρίζει, καθ' ερμηνεία του εγγράφου της προσφυγής,

ότι δεν έχει περιλάβει τις συνθήκες αποθήκευσης ως απαιτείται ρητώς και επί ποινή αποκλεισμού στην οικεία διακήρυξη και δη ως αναφέρει άδεια ψυκτικών εγκαταστάσεων.

83. Επειδή, το άρθρο 2.4.3.2. της διακήρυξης αναφέρει ρητά « 2.4.3.2

Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Τεχνικές Προδιαγραφές” της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα

1. *Αναλυτική τεχνική περιγραφή των προσφερομένων ειδών στην οποία θα περιλαμβάνονται απαραίτητα η σύσταση σε θρεπτικά συστατικά του προσφερόμενου γάλακτος, η διάρκεια ζωής του και οι συνθήκες αποθήκευσης.*

2. *Άδεια λειτουργίας του εργοστασίου η οποία πρέπει να βρίσκεται απαραίτητα σε ισχύ.*

3. *Βεβαίωση από την αρμόδια Δ/νση Κτηνιατρικής Υπηρεσίας ότι το εργοστάσιο λειτουργεί σύμφωνα με την Εθνική και Κοινοτική Νομοθεσία και έχει κωδικό αριθμό (Κ.Α.) κτηνιατρικής έγκρισης*

4. *Υπεύθυνη δήλωση (άρθρο 8 Ν.1599/1986) του διαγωνιζόμενου ότι :...[...].».*

84. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι εκλαμβάνει ως συνθήκες αποθήκευσης τις αναφερόμενες ως συνθήκες διατήρησης του γάλακτος, καθόσον σχετικά αναφέρεται στην τεχνική προσφορά «Διατηρείται υπό ψύξη 0 έως και +4° C».

85. Επειδή η προσφεύγουσα πέραν της θερμοκρασίας συντήρησης που αναφέρεται στις τεχνικές προδιαγραφές και των μέσων μεταφοράς, έχει προσκομίσει σε σχέση με την αποθήκευση ειδικά αντίγραφο της με αριθμό πρωτ... άδεια ψυκτικών εγκαταστάσεων αποθήκευσης, η οποία καλύπτει την απαίτηση περίληψης των προτεινόμενων/παρεχόμενων από τον υποψήφιο συνθηκών αποθήκευσης.

86. Επειδή, από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας πέραν της αντίστοιχης αναφοράς ως ανωτέρω υπό

σκέψη 85 περί της θερμοκρασίας στην οποία διατηρείται το προϊόν, δεν υφίσταται άλλη ρητή αναφορά σε ρέον κείμενο συντεταγμένο από τον προσφέροντα ή συμπερίληψη σχετικής αναφοράς εντός δημοσίου εγγράφου προσκομισθέντος από τον τελευταίο, των συνθηκών διατήρησης και αποθήκευσης *per se*. Εξάλλου, από τα διδάγματα της κοινής πείρας η δήλωση στις τεχνικές προδιαγραφές προϊόντος ότι διατηρείται ή συντηρείται σε Χ θερμοκρασία, υποδηλώνει το συνιστώμενο για την αποφυγή αλλοίωσής του και δεν συνιστά περιγραφή άλλως δέσμευση για τις συνθήκες αποθήκευσής του, οι οποίες επισημαίνεται δεν περιορίζονται στη θερμοκρασία αλλά αφορούν εν δυνάμει τον τρόπο, τα μέσα και τις εγκαταστάσεις αποθήκευσης άλλως δεν ταυτίζεται ερμηνευτικά η απαίτηση της διακήρυξης με τυχόν απαίτηση δήλωσης θερμοκρασίας συντήρησης του προϊόντος. Επομένως, προκύπτει η παράλειψη δήλωσης των συνθηκών αποθήκευσης, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2.4.3.2. της διακήρυξης (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 184/2017).

87. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

88. Επειδή, περαιτέρω και όπως προελέχθη, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12,

EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Συγκεκριμένα, αν γινόταν δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να ζητεί διευκρινίσεις από συγκεκριμένο υποψήφιο την προσφορά του οποίου κρίνει ανακριβή ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, η εν λόγω αρχή θα κινδύνευε να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε μυστικές διαπραγματεύσεις με τον οικείο υποψήφιο, εις βάρος των λοιπών υποψηφίων και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης (απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 37). Ωστόσο, η δυνατότητα παροχής διευκρινίσεων εκ μέρους του υποψηφίου, κατά τις παραγράφους 1 έως 4 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, εάν επίκειται αποκλεισμός από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς, σύμφωνα με την παράγραφο 5 του ίδιου άρθρου, χωρίς βέβαια να μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40 και αντί άλλων ΑΕΠΠ 164/2019 Απόφαση του 7ου Κλιμακίου, σκ.43).

89. Επειδή, επομένως, δεν χωρεί συμπλήρωση προσφοράς όταν συγκεκριμένη πληροφορία έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, καθιστώντας την παράλειψή της ουσιώδη πλημμέλεια της οικείας προσφοράς, μη δυνάμενη να αρθεί κατά τις διατάξεις του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, καθώς το οικείο άρθρο της διακήρυξης ιδρύει δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει την συγκεκριμένη προσφορά της δεύτερης παρεμβαίνουσας. Επομένως, ο δεύτερος προβαλλόμενος λόγος κρίνεται ως βάσιμος.

90. Επειδή, η αποδοχή του ανωτέρω λόγου προσφυγής κατά της προσφοράς της δεύτερης παρεμβαίνουσας θεμελιώνει αυτοτελώς την απόρριψη της προσφοράς, η, δε, απόρριψη του έτερου προβαλλόμενου λόγου δεν δύναται να μεταβάλει την εν θέματι έννομη συνέπεια. Επομένως, κρίνεται καταρχήν αλυσιτελής η εξέταση του έτερου λόγου της προσφυγής κατά της αυτής υποψήφιας, δεύτερης παρεμβαίνουσας.

91. Επειδή, όλως επικουρικώς, με τον πρώτο λόγο επικαλείται η προσφεύγουσα ότι η προσκομισθείσα από τη δεύτερη παρεμβαίνουσα άδεια λειτουργίας δεν είναι εν ισχύι ως ειδικότερα αναφέρεται στην σκέψη 19 ανωτέρω.

92. Επειδή, στο ν. 3919/2011, περί απελευθέρωσης επαγγελματών και δη στο άρθρο 3 παρ. 1 του ν. 3919/2011 “Αρχή της επαγγελματικής ελευθερίας, κατάργηση αδικαιολόγητων περιορισμών στην πρόσβαση και άσκηση επαγγελματών” (Α’ 32) ορίζεται ότι *«Η απαίτηση προηγούμενης διοικητικής άδειας για την άσκηση επαγγέλματος, [...], όταν η χορήγηση της άδειας αυτής συναρτάται προς την αντικειμενικώς διαπιστούμενη κατά δεσμία αρμοδιότητα συνδρομή νόμιμων προϋποθέσεων, παύει να ισχύει μετά πάροδο τεσσάρων (4) μηνών από τη δημοσίευση του παρόντος. Από το χρονικό εκείνο σημείο και με την επιφύλαξη των οριζόμενων στο επόμενο εδάφιο, το επάγγελμα ασκείται ελευθέρως μετά πάροδο τριμήνου από την αναγγελία ενάρξεως ασκήσεώς του, συνοδευόμενη από τα νόμιμα δικαιολογητικά για την πιστοποίηση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων, στην, κατά τις ισχύουσες στο χρονικό εκείνο σημείο διατάξεις, αρμόδια προς αδειοδότηση διοικητική αρχή. Η αρχή αυτή δύναται, εντός τριών (3) μηνών από τη λήψη της αναγγελίας, να απαγορεύσει την άσκηση του επαγγέλματος, στην περίπτωση που δεν συγκεντρώνονται οι νόμιμες προϋποθέσεις προς τούτο ή δεν προκύπτει η συνδρομή τους από τα υποβληθέντα στοιχεία. [...]*». Εξάλλου, η προθεσμία του πρώτου εδαφίου της παρ. 1 του ανωτέρω άρθρου, τελικώς, μετά από παρατάσεις, εκκίνησε, σύμφωνα με το άρθρο 76 παρ. 2 του ν. 4257/2014 (Α’93), την 14.4.2014 (έναρξη ισχύος του ν. 4257/2014).

93. Επειδή, με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή επικαλείται προφορική επικοινωνία με το αρμόδιο τμήμα, που εξέδωσε την προσκομισθείσα άδεια λειτουργίας, βάσει της οποίας η εν θέματι άδεια

λειτουργίας ισχύει επ'αόριστον αλλά μόνο οι συγκεκριμένες μεταρρυθμίσεις υπάγονται στην διάρκεια τριετίας.

94. Επειδή, ο συγκεκριμένος λόγος, απορρίπτεται ως απαραδέκτως προβαλλόμενος, καθόσον ομοίως, κατά τα αντιστοίχως κριθέντα στην σκέψη 58 ανωτέρω, και η ίδια η προσφεύγουσα δεν έχει προσκομίσει άδεια εν ισχύι, με βάση την αρχή της τυπικότητας κατά την γραμματική απαίτηση της διακήρυξης, αλλά δεδομένης της απλούστευσης της οικείας διαδικασίας, την με αρ. ... ΓΝΩΣΤΟΠΟΙΗΣΗ ΓΙΑ ΤΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΜΕΤΑΠΟΙΗΤΙΚΗΣ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΑΣ ΤΟΥ ΤΟΜΕΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΠΟΤΩΝ της Γενικής Γραμματείας Βιομηχανίας του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης. Επισημαίνεται ,δε, ότι δεν προβάλλεται και δεν προκύπτει η καθ' οιονδήποτε τρόπο τροποποίηση του οικείου όρου της διακήρυξης από την αναθέτουσα αρχή, ο οποίος, άλλωστε ουδέποτε προσεβλήθη.

95. Επειδή, έτι επικουρικότερα, όπως η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει, βάσει της Κ.Υ.Α. αριθμ. οικ. 12684/92/21.11.2014 «Απλούστευση της αδειοδότησης για την άσκηση οικονομικής δραστηριότητας - Κατάργηση άδειας λειτουργίας μεταποιητικών δραστηριοτήτων», δεν απαιτείται, πλέον, η έκδοση άδειας λειτουργίας. Επίσης, όπως και η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει, η δεύτερη παρεμβαίνουσα διαθέτει και έχει καταθέσει στην προσφορά της άδεια, εκδοθείσα προ της ως άνω ΚΥΑ με λήξη ισχύος το 2014, ήτοι στο χρόνο έκδοσης της ΚΥΑ. Περαιτέρω, από καμία από τις σχετικές διατάξεις δεν προκύπτει ότι η ΓΝΩΣΤΟΠΟΙΗΣΗ που επικαλείται η προσφεύγουσα αποτελεί πλέον το έγγραφο που κατά το νόμο επέχει πλέον θέση «νόμιμης άδειας λειτουργίας εν ισχύι». Δεδομένων των ανωτέρω και δεδομένου ότι κατά τη γραμματική διατύπωση του επίμαχου όρου της Διακήρυξης απαιτείται «άδεια λειτουργίας του εργοστασίου εν ισχύι», λαμβανομένων υπόψη και των αναφερόμενων εκ μέρους της Διεύθυνσης Ανάπτυξης - Περιφερειακής Ενότητας ... - Τμήμα Χορήγησης Αδειών Ανάπτυξης Ενέργειας και Φυσικών Πόρων -Τμήμα Α, όπως αποτυπώνονται στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, σε κάθε περίπτωση, χωρούν, εν προκειμένω, διευκρινίσεις, κατά το άρθρο 102 Ν. 4412/2016. Ωστόσο, η ενεργοποίηση της εν θέματι διαδικασίας από πλευράς της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: 1301 /2019

αρχής, δεδομένης της βασιμότητας του δεύτερου λόγου της προσφυγής που αφορά την δεύτερη παρεμβαίνουσα παρίσταται αλυσιτελής.

96. Επειδή, γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

97. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, και η μεν πρώτη παρέμβαση να γίνει δεκτή, η δε, δεύτερη να απορριφθεί.

98. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο του κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την πρώτη παρέμβαση.

Απορρίπτει την δεύτερη παρέμβαση.

Ακυρώνει την με αριθμ. 500/17-9-2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής κατά το μέρος που με αυτήν έγινε δεκτή η προσφορά της δεύτερης παρεμβαίνουσας κατά τα ανωτέρω.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 1η Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε την 21 Νοεμβρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ευαγγελία Μιχολίτση

Φωτεινή Μαραντίδου