

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 30 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1278/23.06.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στον ..., ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 819/7.06.2021 πράξης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης των υπ' αριθμ. 2/31.05.2021 και 3/2.06.2021 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στο ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίφθηκε η προσφορά του και κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά και ανακηρύχθηκε ο παρεμβαίνων προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 5.450 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 18.06.2021 πληρωμή στη ALPHABANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο υπερβαίνει κατά 96,34 ευρώ το απαιτούμενο από τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, καθώς αυτό υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Επομένως, επί του ποσού των 1.070.733,36 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης) που αποτελεί την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης το νόμιμο παράβολο ανέρχεται σε 5.353,66 ευρώ. Συνεπώς, το ανωτέρω παράβολο, κατά το υπερβάλλον μέρος του (96,34 ευρώ) πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα, ανεξάρτητα με την έκβαση της προσφυγής του.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την από 21.12.2020 Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο προμήθεια γάλακτος (τύπου εβαπορέ), 410gr, για τις ανάγκες των δικαιούχων εργαζόμενων του Δήμου ... και των εποπτευόμενων από αυτόν Νομικών Προσώπων (Δ.Β.Α. και Κ.Υ.Α.Δ.Α.) ετών 2020, 2021 και 2022, με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας 1.231.240,34 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 18.12.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 21.12.2020 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και

του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 22.06.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 10.06.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 23.06.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 1602/2021 και 1844/2021 Πράξεις Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίστηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 5.07.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 4307/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 7.07.2021 μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν αυθημερόν στον προσφεύγοντα.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος οκτώ οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος ... και ... προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 2/31.05.2020 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και την απόρριψη των προσφορών όλων των λοιπών συμμετεχόντων. Ειδικότερα, η προσφορά του προσφεύγοντος απορρίφθηκε διότι : *«Στο υποβληθέν ΕΕΕΣ, και ειδικά στην Ενότητα Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του Μέρους IV: Κριτήρια επιλογής, ο ως άνω διαγωνιζόμενος δηλώνει ως «γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών» για το έτος 2018, το ποσό των 229.947,11€, το οποίο υπολείπεται του απαιτούμενου ελάχιστου ποσού των 321.220,00€ για έκαστο έτος, όπως απαιτείται βάσει της σχετικής Διακήρυξης. Η Επιτροπή, προκειμένου για τη διαπίστωση εσφαλμένης συμπλήρωσης του συγκεκριμένου πεδίου του ΕΕΕΣ, έλεγξε τόσο το υποβληθέν έντυπο Ε3 οικονομικού έτους 2018 της επιχείρησης όσο και την από 21.01.2021 συνοδευόμενη υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου της, από τα οποία προκύπτει χωρίς αμφιβολία ότι, ως γενικός κύκλος εργασιών για το έτος 2018 δηλώνεται το ποσό των 229.947,11€. Από τα ανωτέρω διαπιστώνεται ότι, από τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ της εταιρείας ... και τα υποβληθέντα με την προσφορά της αποδεικτικά στοιχεία, δεν πληρείται η απαίτηση του όρου της παραγράφου 2.2.5 της Διακήρυξης»* Κατόπιν δε αποσφράγισης της μοναδικής εναπομείνουσας οικονομικής προσφοράς, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το υπ' αριθμ. 3/2.06.201 Πρακτικό, εισηγήθηκε την ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκαν τα ως άνω Πρακτικά.

12. Επειδή ο προσφεύγων, έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό και, επομένως, εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία απορρίπτεται η προσφορά του επιδιώκοντας ευλόγως να του

ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Ωστόσο, με την υπό εξέταση προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης και κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 408/2018, σε περίπτωση που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής του οικονομικού φορέα «...» χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή.

Επειδή, εφόσον κρίθει νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος και δοθέντος ότι ο προσφεύγων επικαλείται τη προσδοκία ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, επισημαίνεται ότι με την απόφαση του ΔΕΕ της 24 Μαρτίου 2021 (επί της υποθέσεως C-771/19, *NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε.*), κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, κρίθηκε ότι «ένας προσφέρων ο οποίος αποκλείστηκε από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε στάδιο προγενέστερο του σταδίου της ανάθεσης της σύμβασης αυτής και του οποίου η αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης

αποκλεισμού του από τη διαδικασία αυτή απορρίφθηκε μπορεί να προβάλει, με την ταυτοχρόνως ασκηθείσα αίτησή του για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς άλλου προσφέροντος, όλους τους ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της νομοθεσίας αυτής, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Η δυνατότητα αυτή δεν επηρεάζεται από το γεγονός ότι απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου, την οποία έπρεπε, βάσει του εθνικού δικαίου, να ασκήσει προηγουμένως ο εν λόγω προσφέρων κατά της απόφασης αποκλεισμού του, εφόσον η απόρριψη αυτή δεν έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου».

13. Επειδή ο προσφεύγων επικαλούμενος τους όρους 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.9 της διακήρυξης καθώς και τα άρθρα 53, 75, 79 και 80 του ν. 4412/2016, ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « [...]ως προς το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ο γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων για τα έτη 2017, 2018, 2019 πρέπει να είναι ίσος ή ανώτερος με το 30% του ενιαίου ενδεικτικού προϋπολογισμού, χωρίς τον Φ.Π.Α., της υπό ανάθεση σύμβασης. Υπο το δεδομένο αυτό, και επειδή ο γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών του αναδόχου της τελευταίας τριετίας συσχετίζεται με το 30% του ενιαίου ενδεικτικού προϋπολογισμού της σύμβασης, η οποία, σύμφωνα με τις επιμέρους διακρίσεις της διακήρυξης ανά φορέα, έχει διάρκεια έως δύο ετών (2), είναι, προφανώς, ληπτέος υπόψη είτε ο μέσος ετήσιος γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών στη διάρκεια της τριετίας, είτε, υπό άλλη οπτική, ο συνολικός ετήσιος κύκλος εργασιών των ετών 2017, 2018 και 2019, δοθέντος άλλωστε και του ότι στη διακήρυξη δεν προβλέπεται ότι ο γενικός κύκλος εργασιών για καθένα από τα έτη 2017, 2018 και 2019 ξεχωριστά, πρέπει να είναι ίσος ή ανώτερος με το 30% του ενιαίου ενδεικτικού προϋπολογισμού της διακήρυξης, χωρίς τον Φ.Π.Α.

[...] σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτοκ. 217/11-1-2021 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής αναφέρεται μεταξύ άλλων, ότι: «... ΕΡΩΤΗΜΑ 1: Στο άρθρο 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»

της Διακήρυξης ορίζεται ότι «κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (έτη 2017, 2018, 2019) να έχουν εκτελέσει παραδόσεις προμηθειών συναφών με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, από τις οποίες πρέπει να προκύπτει ότι η παραδοθείσα ποσότητα είναι ίση ή μεγαλύτερη του 50% των ζητούμενων ποσοτήτων»....Επιπλέον παρακαλώ διευκρινίστε μας εάν η απαίτηση για 50% των ζητούμενων ποσοτήτων αφορά το σύνολο της τελευταίας τριετίας (έτη 2017, 2018, 2019) ή απαιτείται τουλάχιστον 50% για κάθε έτος. ΑΠΑΝΤΗΣΗ: ... Σχετικά με τον όρο «κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (έτη 2017, 2018, 2019) να έχουν εκτελέσει παραδόσεις προμηθειών συναφών με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, από τις οποίες πρέπει να προκύπτει ότι η παραδοθείσα ποσότητα είναι ίση ή μεγαλύτερη του 50% των ζητούμενων ποσοτήτων», το 50% των ζητούμενων ποσοτήτων αφορά στο σύνολο της τελευταίας τριετίας (έτη 2017, 2018, 2019)....».

Σε συμμόρφωση προς τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης, και συγκεκριμένα προς απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής της επάρκειας, η Εταιρία μας δήλωσε στην Ενότητα Β' του εκ μέρους της κατατεθειμένου ΕΕΕΣ, καθώς και στην από 21-1-2021 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της, ότι ο γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών της τελευταίας τριετίας διαμορφώνεται ως ακολούθως: - Για το έτος 2017: 688.354,04€ - Για το έτος 2018: 229.947,11€ - Για το έτος 2019: 371.987,60€ Τούτων δοθέντων, το μέσος ποσό του γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών της Εταιρίας μας κατά την τελευταία τριετία ανέρχεται σε 430.096,25 €, ενώ αθροιστικά αναβιβάζεται στο ποσό των 1.290.288,75 ευρώ. Υπο οιαδήποτε προσέγγιση, είναι προφανές ότι η προσφορά μας είναι παραδεκτή, διότι τα εν λόγω οικονομικά μεγέθη υπερκαλύπτουν την ζητούμενη κατά τα ανωτέρω απαίτηση του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης περί «γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών για τις τρεις τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις (έτη 2017, 2018, 2019) κατ' ανώτατο όριο ... ίσο ή ανώτερο με το 30% του ενιαίου ενδεικτικού προϋπολογισμού χωρίς τον Φ.Π.Α.»

Παρότι, λοιπόν, σύμφωνα με τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης, προέκυπτε ευλόγως ότι η θεσπισθείσα απαίτηση περί ύπαρξης γενικού

ετήσιου κύκλου εργασιών κατ' ανώτατο όριο ίσου ή ανώτερου του 30% του ενδεικτικού προϋπολογισμού της σύμβασης χωρίς τον Φ.Π.Α., αφορούσε, αν μη τι άλλο, το μέσο κύκλο των τριών τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων (ετών 2017, 2018, 2019), χωρίς ουδόλως να συνάγεται ότι έπρεπε ο κύκλος εργασιών κάθε διαχειριστικής χρήσης ξεχωριστά να καλύπτει το 30% του ενδεικτικού προϋπολογισμού, εντούτοις, με την προσβαλλόμενη απόφασή της η αναθέτουσα Αρχή, αποφαινόμενη κατά τρόπο που συνιστά αλλοίωση και τροποποίηση του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, έκρινε ότι η Εταιρία μας πρέπει να αποκλειστεί, επειδή «δηλώνει ως «γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών» για το έτος 2018, το ποσό των 229.947,11€, το οποίο υπολείπεται του απαιτούμενου ελάχιστο ποσού των 321.220,00€ για έκαστο έτος», προβάλλοντας αίφνης (η αναθέτουσα Αρχή) ότι για την πλήρωση του πιο πάνω κριτηρίου απαιτείται η ύπαρξη ελάχιστου κύκλου εργασιών 321.220,00€ σε καθεμία χωριστά από τις τρεις τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις. Με βάση τα παραπάνω, όμως, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος που κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά μας για τον πιο πάνω λόγο, συνιστά τροποποίηση (άλλως μη ορθή ερμηνεία) του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού κατά παράβαση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης και είναι προδήλως εσφαλμένη και αυθαίρετη για τους λόγους που αναλυτικώς αναφέρουμε κατωτέρω.

Όπως ήδη αναφέρθηκε, σύμφωνα με το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού «...οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τις τρεις τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις (έτη 2017, 2018, 2019) κατ' ανώτατο όριο ... ίσο ή ανώτερο με το 30% του ενιαίου ενδεικτικού προϋπολογισμού, χωρίς τον Φ.Π.Α....». Ως εκ τούτου, από τη γραμματική διατύπωση του συγκεκριμένου όρου προκύπτει ευλόγως και κατά τρόπο σαφή ο γενικός κύκλος εργασιών των υποψηφίων αναδόχων κατά τα έτη 2017, 2018 και 2019, αφορά το μέσο ποσό (αν όχι, υπό άλλη εκδοχή, το άθροισμα) του ετήσιου κύκλου εργασιών των τριών αυτών ετών, το οποίο και θα πρέπει να αντιστοιχεί κατ' ελάχιστο σε ποσοστό 30% του συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού της σύμβασης. Εξάλλου, υπέρ της προσέγγισης αυτής συνηγορεί και το γεγονός ότι, ως προς το κριτήριο της τεχνικής και

επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων αναδόχων, ως προς το οποίο διευκρινίσθηκε με το υπ' αριθ. πρωτοκ. 217/11-1-2021 έγγραφο της αναθέτουσας Αρχής ότι ενδιαφέρει η απόδειξη εκτέλεσης παραδόσεων ίσων ή μεγαλύτερων του 50% των ζητούμενων ποσοτήτων κατά το σύνολο της τελευταίας τριετίας (2017, 2018, 2019) και όχι κατ' έτος. Συνεπώς, η αναφορά αυτή οδηγεί στο δικαιολογημένο συμπέρασμα ότι, ομοίως, ο έλεγχος ως προς το γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών του υποψηφίου αφορά αναγωγή σε τριετή βάση και όχι ανά μεμονωμένο έτος ξεχωριστά.[...]

Από το σύνολο των ανωτέρω καθίσταται πρόδηλο ότι, κατά το μέρος που η διάταξη του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης, κατά τη γραμματική της διατύπωση, αναφέρεται χωρίς περιστροφές σε συνολικό γενικό κύκλο εργασιών «κατά τις τρεις τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις, κατ' ανώτατο όριο ίσο ή ανώτερο με το 30% του ενιαίου ενδεικτικού προϋπολογισμού της σύμβασης χωρίς τον Φ.Π.Α.», δίχως να εξειδικεύεται περαιτέρω σε κανένα σημείο της διακήρυξης ότι η εν λόγω απαίτηση θα πρέπει να συντρέχει για κάθε μεμονωμένο έτος και όχι με αναγωγή (ως μέσος κύκλος εργασιών ή, κατ' άλλη εκδοχή, ως άθροισμα) για χρονικό διάστημα τριών ετών, όλως εσφαλμένως και αυθαιρέτως κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά της Εταιρίας μας με τη δικαιολογία ότι ο ετήσιος κύκλος εργασιών μας για το 2018 «υπολείπεται του απαιτούμενου ελάχιστου ποσού των 321.220,00€ για έκαστο έτος», παρότι η Εταιρία μας δεν μπορούσε να συναγάγει, ως καλόπιστος και ευλόγως ενημερωμένος επί των όρων της διακήρυξης οικονομικός φορέας, ότι η επίμαχη απαίτηση της διακήρυξης απαιτούσε να καλύπτεται το 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης από τον κύκλο εργασιών των διαγωνιζομένων για κάθε μεμονωμένο έτος ξεχωριστά.

III. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΑΠΟΔΟΧΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΙΑΣ «...»

[...]θεσπίστηκε ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων αναδόχων, η απαίτηση να έχουν εκτελέσει συνολικά κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας παραδόσεις προμηθειών συναφών με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, από τις οποίες πρέπει να προκύπτει ότι η παραδοθείσα ποσότητα είναι ίση ή μεγαλύτερη του 50% των ζητούμενων ποσοτήτων. Προς απόδειξη δε της

πλήρωσης της ανωτέρω απαίτησης της διακήρυξης, απαιτήθηκε ρητώς να δηλωθεί στο ΕΕΕΣ ότι οι οικονομικοί φορείς «διαθέτουν την ανωτέρω τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», δηλαδή να αναφέρουν κατά τρόπο σαφή τις ποσότητες συμπυκνωμένου γάλακτος που έχουν παραδώσει κατά την τελευταία τριετία, αφού, με βάση το στοιχείο αυτό αξιολογείται – προδήλως και κατά το στάδιο της προαπόδειξης μέσω του ΕΕΕΣ – η πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής τους ικανότητας.

[...] κατά το στάδιο ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών των διαγωνιζομένων (ιδίως δε των δικαιολογητικών συμμετοχής) ισχύει ο κανόνας της προαπόδειξης, κατ' εφαρμογή του οποίου οι διαγωνιζόμενοι καλούνται μέσω της συμπλήρωσης και υποβολής του Τ.Ε.Υ.Δ./ Ε.Ε.Ε.Σ, 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 ανάθεση σύμβασης, χωρίς περαιτέρω υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών. Επίσης, εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι, λόγω της φύσης του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ ως ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής, το οποίο επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης με τις συνέπειες του Ν. 1599/1986, και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη περί του ότι ο οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που ορίζονται στην οικεία διακήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία, δεν είναι επιτρεπτή η υποκατάστασή του από άλλα στοιχεία της προσφοράς του διαγωνιζόμενου, που δεν έχουν τον αυτό δεσμευτικό χαρακτήρα. Ειδικότερα δε, όσον αφορά την απόδειξη πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής που τίθενται σύμφωνα με τη διακήρυξη, και συγκεκριμένα ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων αναδόχων να αναλάβουν την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, ρητώς προκύπτει με βάση τις ανωτέρω διατάξεις της διακήρυξης και του νόμου, ότι απαιτείται αρχικά να περιληφθεί ειδική αναφορά στο προσκομιζόμενο Ε.Ε.Ε.Σ. περί των εκ μέρους τους εκτελεσθεισών παραδόσεων κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας, με σαφή προσδιορισμό των ποσοτήτων που έχουν παραδοθεί.

3.α. Στην υπό κρίση περίπτωση, ωστόσο, από την επισκόπηση του κατατεθειμένου εκ μέρους του οικονομικού φορέα «...» ΕΕΕΣ, διαπιστώσαμε

ότι η εν λόγω εταιρία στην Ενότητα Γ του Μέρους IV του εντύπου (σελ. 13), έχει δηλώσει τις αξίες των εκ μέρους του εκτελεσθεισών συμβάσεων προμηθειών γάλακτος εβαπορέ κατά την τελευταία τριετία, χωρίς παράλληλα να κάνει καμία αναφορά στις ποσότητες που τελικώς παραδόθηκαν, όπως ζητείτο ρητώς με τη διακήρυξη, αφού το στοιχείο που λαμβάνεται υπόψη δεν είναι η αξία των συμβάσεων, αλλά οι ποσότητες που παραδόθηκαν. Μάλιστα, και στη σχετική κατάσταση με τίτλο «Κατάλογος κυριότερων παραδόσεων» που έχει περιλάβει η πιο πάνω εταιρία στην προσφορά της, γίνεται αναφορά στους αποδέκτες, τους χρόνους εκτέλεσης και την αξία των συμβάσεων, αλλά όχι και στις ποσότητες που παραδόθηκαν, παρότι πρόκειται για το απολύτως ουσιώδες και συνάμα απαραίτητο στοιχείο, με βάση το οποίο αξιολογείται η ανταπόκριση του διαγωνιζομένου ως προς το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας.

Στο σημείο αυτό, εξάλλου, και προς επίρρωση των ανωτέρω αναφέρουμε ότι, αντιθέτως, όσον αφορά στην πλήρωση του ανωτέρω κριτηρίου επιλογής εκ μέρους της Εταιρίας μας (όπως και ορισμένων εκ των λοιπών συμμετεχόντων στο διαγωνισμό), καίτοι μεν συμμορφωθήκαμε πλήρως προς την ανωτέρω απαίτηση της διακήρυξης, συμπληρώνοντας προσηκόντως το εκ μέρους μας κατατεθειμένο Ε.Ε.Ε.Σ., η αρμόδια Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, με διαδοχικά αιτήματα διευκρινίσεων, ζήτησε από την Εταιρία μας περαιτέρω εξειδίκευση των εκ μέρους μας δηλωθέντων σχετικά με τις παραδόσεις που εκτελέσαμε κατά την τελευταία τριετία [...]

Αντιστοίχως, εξάλλου, σύμφωνα με το ίδιο ως άνω πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, στο πλαίσιο αξιολόγησης της προσφοράς των λοιπών συμμετεχόντων στο διαγωνισμό οικονομικών φορέων, ρητώς αναφέρεται (σελ. 8) ότι «στην παρ. 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της Διακήρυξης ορίζεται ότι, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (έτη 2017, 2018, 2019) να έχουν εκτελέσει παραδόσεις προμηθειών συναφών με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, από τις οποίες πρέπει να προκύπτει ότι η παραδοθείσα ποσότητα είναι ίση ή μεγαλύτερη του 50% των ζητούμενων ποσοτήτων, η παροχή διευκρινίσεων αφορούσε κυρίως στη διάρκεια της περιόδου αναφοράς για τις κυριότερες

παραδόσεις του είδους, τη σύνταξη των σχετικών καταλόγων με αναφορά στα ποσά, τις ημερομηνίες και τους δημόσιους ή ιδιωτικούς παραλήπτες, τόσο για τους ίδιους τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς όσο και για τους τρίτους φορείς».

γ. Ενώ, λοιπόν, η Επιτροπή του διαγωνισμού εξάντλησε το ζήλο της στους λοιπούς διαγωνιζόμενους – και ειδικότερα την Εταιρία μας – υποβάλλοντάς τους στη βάσανο της εξαντλητικής προσκόμισης διευκρινιστικών στοιχείων, και μάλιστα καθ' υπέρβαση της σχετικής διακριτικής της ευχέρειας, αντιθέτως, κατά παράβαση της αντίστοιχης υπηρεσιακής της υποχρέωσης να ελέγξει αν και η εταιρία «...» έχει αναφερθεί προαποδεικτικώς στις παραδοθείσες ποσότητες συμπυκνωμένου γάλακτος, έκρινε αποδεκτή την προσφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα, παρότι δεν έχει τηρήσει την υποχρέωση προκαταρκτικής απόδειξης, μέσω του ΕΕΕΣ, της πλήρωσης του εν λόγω κριτηρίου, αναφέροντας τη συνολική παραδοθείσα ποσότητα, προκειμένου να μπορεί να ελεγχθεί αν είναι ίση ή μεγαλύτερη του 50% των ποσοτήτων που ζητούνται με τη διακήρυξη

Συνεπώς, εφόσον ο εν λόγω οικονομικός φορέας παρέλειψε να αποδείξει την πλήρωση του ανωτέρω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής ως προς τον προσδιορισμό της ακριβούς ποσότητας των εκ μέρους του εκτελεσθεισών παραδόσεων προμηθειών συναφών με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, καθίσταται πρόδηλο ότι μη νομίμως και κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης έγινε δεκτή η προσφορά του και αποφασίστηκε η ανάδειξή του ως προσωρινού αναδόχου της προκειμένης διαγωνιστικής διαδικασίας. 4. Σύμφωνα, λοιπόν, με όσα προαναφέρθηκαν, συντρέχουν βάσιμοι λόγοι αποκλεισμού του οικονομικού φορέα «...», καθώς αυτός δεν πληροί το ανωτέρω θεσπισθέν, επί ποινή αποκλεισμού, κριτήριο επιλογής της διακήρυξης, για το λόγο δε αυτό, η αναθέτουσα Αρχή έσφαλε κατά το μέρος που έκρινε με την προσβαλλόμενη απόφαση ότι δεν υπήρχαν ελλείψεις στα προσκομισθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής και την τεχνική του προσφορά, κάνοντας δεκτή ακολούθως και την οικονομική του προσφορά και αποφασίζοντας την ανάδειξη του ως προσωρινού αναδόχου της παρούσας σύμβασης. Πρέπει, λοιπόν, για τους λόγους που αναλυτικά έχουμε εκθέσει πιο

πάνω, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη τόσο κατά το μέρος που αποφασίσθηκε η απόρριψη της προσφοράς της Εταιρίας μας, όσο και κατά το μέρος που αποφασίσθηκε η αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» και η ανάδειξη του ως προσωρινού αναδόχου της προκείμενης σύμβασης».

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της προβάλλει τα ακόλουθα : «[...] Για τον λόγο αποκλεισμού της προσφεύγουσας
Σύμφωνα με τους όρους της παραγράφου 2.2.5 της όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τις τρεις τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις (έτη 2017, 2018, 2019) κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας δημιουργίας τους ή έναρξης των δραστηριοτήτων τους, ίσο ή ανώτερο με το 30% του ενιαίου ενδεικτικού προϋπολογισμού, χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ποσού 321.220,00€.

Στο πλαίσιο της ανωτέρω απαίτησης, η Αναθέτουσα Αρχή κατά τη συμπλήρωση του αντίστοιχου πεδίου της Ενότητας Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του Μέρους IV: Κριτήρια Επιλογής του διαμορφωμένου από αυτήν ΕΕΕΣ (συν.2) ζήτησε από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς να παράσχουν πληροφορίες για τον (“ολικό”) ετήσιο κύκλο εργασιών για τον αριθμό οικονομικών ετών που απαιτούνται βάσει της σχετικής διακήρυξης, ως εξής:

Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης

.. - ..

Ποσό

Σε περίπτωση που η Αναθέτουσα Αρχή απαιτούσε μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών, τότε στο ΕΕΕΣ θα έπρεπε να συμπληρωθεί το σχετικό πεδίο ως εξής:

Αριθμός ετών

-

Μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών

αφού δια του επιθέτου «μέσος» υπονοείται αναγκαίως το πηλίκο της διαίρεσης του αθροίσματος των αριθμητικών μεγεθών των ετών 2017, 2018 και 2019 δια του αριθμού 3.

Για την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας

Σύμφωνα με τους όρους της παραγράφου 2.2.6 της Διακήρυξης, όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται “α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (έτη 2017, 2018, 2019) να έχουν εκτελέσει παραδόσεις προμηθειών συναφών με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, από τις οποίες πρέπει να προκύπτει ότι η παραδοθείσα ποσότητα είναι ίση ή μεγαλύτερη του 50% των ζητούμενων ποσοτήτων [...]”.

Στο Πεδίο Γ: Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα του Μέρους IV του διαμορφωμένου από την Αναθέτουσα Αρχή ΕΕΕΣ, ο προσφέρων οικονομικός φορέας, με το υποβληθέν ΕΕΕΣ (συν.3), έχει παράσχει τις πληροφορίες που έχουν προσδιοριστεί από τους όρους της σχετικής διακήρυξης, όσον αφορά στις κυριότερες παραδόσεις του, ήτοι τα ποσά, τις ημερομηνίες και τους δημόσιους, εν προκειμένω, παραλήπτες, ως προκαταρκτική απόδειξη για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής (της ζητούμενης παραδοθείσας ποσότητας, σε ποσοστό 50%, της τελευταίας τριετίας 2017-2018-2019)[...]

Η Επιτροπή έπειτα από αναζήτηση περισσότερων στοιχείων, για τις ανωτέρω συμβάσεις, στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με την περίπτωση iv της παραγράφου 2.2.9.2 της διακήρυξης: “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 [...]”, διαπίστωσε ότι πληρείται επαρκώς ο κανόνας της προαπόδειξης της πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας από τον οικονομικό φορέα, ήτοι της πλήρωσης της απαίτησης για τον αριθμό των 615.364 παραδοτέων τεμαχίων κατά τη διάρκεια της τριετίας 2017-

2018-2019, καθώς από την επίκληση μίας και μόνο από τις ανωτέρω σύμβασης, και δη της τελευταίας δηλωθείσας, προκύπτουν παραδοτέες ποσότητες 2.731.932 τεμάχια γάλακτος εβαπορέ (συν.4, η με ΑΔΑΜ:... 2018-08-27 σύμβαση, με ημ/νία λήξης την 31η/12/2019, ποσού 1.685.602,04€ άνευ Φ.Π.Α.), οι οποίες υπερκαλύπτουν τις ζητούμενες από τη Διακήρυξη».

15. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα κάτωθι : « ... Από τον ΣΑΦΕΣΤΑΤΟ και ΕΝΑΡΓΕΣΤΑΤΟ ΟΡΟ της εν θέματι διακήρυξης γίνεται αντιληπτό ότι για να πληρούνται το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας Β απαιτείται έκαστος υποψήφιος να διαθέτει γενικό ΕΤΗΣΙΟ κύκλο εργασιών για τις τρεις τελευταίες προ του διαγωνισμού κλεισμένες διαχειριστικές χρήσεις (έτη 2017, 2018 και 2019) ίσο ή ανώτερο του 30% της αξίας της σύμβασης, ήτοι ίσο ή ανώτερο του ποσού των 321.220,006 για ΚΑΘΕ ΕΤΗΣΙΑ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΙΚΗ ΧΡΗΣΗ ΑΠΟ ΤΙΣ 3 ΤΕΛΕΥΤΑΙΕΣ ΚΛΕΙΣΜΕΝΕΣ ΠΡΟ ΤΗΣ ΔΙΕΞΑΓΩΓΗΣ ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ.

Στην προκειμένη περίπτωση, η προσφεύγουσα δηλώνει στο ΕΕΕΣ της ως γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για το έτος 2018 το ποσό των 229.947,116, το οποίο υπολείπεται του απαιτούμενου ελάχιστου ποσού (321.220,006) και ΝΟΜΙΜΩΣ και ΟΡΘΩΣ η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της άνευ άλλου τινός. αφού ΠΑΡΑΒΙΑΣΕ ΚΑΤΑΦΩΡΑ τους όρους της διακήρυξης και του νόμου. Επιπλέον, η προσφεύγουσα όλως παρελκυστικά προβαίνει σε μία αβάσιμη παρερμηνεία του ανωτέρω όρου της διακήρυξης χρησιμοποιώντας ως επιχείρημα (!) ότι επειδή δήθεν η διάρκεια της σύμβασης ανά φορέα είναι έως δύο ετών καταλήγει στο ΑΤΟΠΟ συμπέρασμα ότι «είναι προφανώς, ληπτέος υπόψη είτε ο μέσος ετήσιος γενικός κύκλος εργασιών στη διάρκεια της τριετίας, είτε, υπό άλλη οπτική, ο συνολικός ετήσιος κύκλος εργασιών των ετών 2017, 2018 και 2019, δοθέντος άλλωστε και του ότι στη διακήρυξη δεν προβλέπεται ότι ο γενικός κύκλος εργασιών για καθένα από τα έτη 2017, 2018 και 2019 ξεχωριστά, πρέπει να είναι ίσος ή ανώτερος με το 30% του ενιαίου ενδεικτικού προϋπολογισμού της διακήρυξης, χωρίς τον Φ.Π.Α».

Παραλείπει βεβαίως τεχνηέντως η προσφεύγουσα να αναφέρει ότι η διακήρυξη χρησιμοποιεί τον επιθετικό προσδιορισμό ΕΤΗΣΙΟ για να προσδιορίσει το γενικό κύκλο εργασιών εκάστης διαχειριστικής

χρήσης 2017, 2018 και 2019, μη καταλείποντας αμφιβολία για την διατύπωση και το περιεχόμενο του σχετικού όρου. Άλλωστε αν η αναθέτουσα αρχή ήθελε να ορίσει ως κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας το 30% του γενικού κύκλου εργασιών της τελευταίας τριετίας θα το όριζε ρητώς, όπως ρητώς ορίζεται σε διακηρύξεις άλλων διαγωνισμών.

Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα υπαγάγοντας τη δική της περίπτωση στην αυθαίρετη ερμηνεία των όρων της διακήρυξης, στην οποία μόνη της κατέληξε, υποστηρίζει ότι δήθεν πληρούνται με τον τρόπο αυτό το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (!) και ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη “αίφνης” στην ερμηνεία του όρου της διακήρυξης κατά την αξιολόγηση της προσφοράς της. Ο ισχυρισμός αυτός είναι επίσης αβάσιμος καθώς η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη η οποία εξέδωσε την εν θέματι διακήρυξη και είναι η πλέον κατάλληλη και αρμόδια για να την ερμηνεύσει, πράξη βέβαια που δεν απαιτείται για το συγκεκριμένο όρο καθώς είναι ΑΠΟΛΥΤΑ ΣΑΦΗΣ ΚΑΙ ΟΡΙΣΜΕΝΟΣ και δεν τίθεται ζήτημα παραβίασης των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης αλλά ζήτημα δέσμιας αρμοδιότητας. [...] Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή εφόσον διαπίστωσε ότι η προσφορά της «...» δεν είναι σύμφωνη με το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, έπρεπε άνευ άλλου τινός να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας, όπως και έπραξε.

Μάλιστα για να υποστηρίξει το αυθαίρετο συμπέρασμά της η προσφεύγουσα χρησιμοποιεί μια διευκρίνιση που δόθηκε από την αναθέτουσα αρχή με το υπ’ αριθμ. πρωτ. 217/11-1-2021 έγγραφό της, η οποία όμως ΑΦΟΡΑ ΤΗΝ ΠΑΡΑΓΡΑΦΟ 2.2.6., ΟΠΟΥ ΟΡΙΖΕΤΑΙ Η ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ ΚΑΙ ΟΧΙ ΤΗΝ ΠΑΡΑΓΡΑΦΟ 2.2.5. ΠΟΥ ΟΡΙΖΕΙ ΤΗΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΕΠΑΡΚΕΙΑ.

Εξάλλου, όπως έχει ήδη καταδειχθεί δεν τίθεται ζήτημα αμφισημίας της διακήρυξης, όπως αποδεικνύεται και από το γεγονός ότι κανένας υποψήφιος δεν αιτήθηκε την παροχή διευκρινίσεων σχετικά με τον εν λόγω όρο, εν αντιθέσει με όσα αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα.

Ακόμη όμως και σε αυτή την περίπτωση οι ισχυρισμοί της αυτοί προβάλλονται ανεπιταίρως στο παρόν στάδιο της προσωρινής κατακύρωσης και πρέπει να απορριφθούν πρωτίστως ως απαράδεκτοι.

Η προσφεύγουσα πράγματι συμμετείχε ανεπιφύλακτα στον διαγωνισμό, αποδεχόμενη όλους τους όρους αυτού και δεν ισχυρίζεται στην προδικαστική της προσφυγή ότι έχει καταθέσει προσφορά με επιφύλαξη.

[...] Επομένως, ανεπιταίρως και άνευ εννόμου συμφέροντος επιχειρεί να αμφισβητήσει τη νομιμότητα του όρου σχετικά με το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, με τον οποίο απαιτείται έκαστος υποψήφιος να διαθέτει γενικό ΕΤΗΣΙΟ κύκλο εργασιών για τις τρεις τελευταίες προ του διαγωνισμού κλεισμένες διαχειριστικές χρήσεις (έτη 2017, 2018 και 2019) ίσο ή ανώτερο του 30% της αξίας της σύμβασης, ήτοι ίσο ή ανώτερο του ποσού των 321.220,006 για ΚΑΘΕ ΕΤΗΣΙΑ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΙΚΗ ΧΡΗΣΗ ΑΠΟ ΤΙΣ 3 ΤΕΛΕΥΤΑΙΕΣ ΚΛΕΙΣΜΕΝΕΣ ΠΡΟ ΤΗΣ ΔΙΕΞΑΓΩΓΗΣ ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ.

Βάσει των παραπάνω, καθίσταται σαφές ότι ο συγκεκριμένος ισχυρισμός είναι απαράδεκτος, αφού προβάλλεται ανεπιταίρως.

Συνακόλουθα, καθίσταται σαφές ότι νομίμως και βασίμως απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας από το διαγωνισμό.

Επί των λόγων της προδικαστικής προσφυγής αναφορικά με την προσφορά της εταιρείας μας

[...] Στην προκειμένη περίπτωση, από την επισκόπηση του υποβληθέντος από την εταιρεία μας ΕΕΕΣ προκύπτει ότι δηλώσαμε πέντε (5) εκτελεσθείσες συμβάσεις γάλακτος των οποίων αποδεκτή είναι η ίδια η αναθέτουσα αρχή (Δήμος ...) και εποπτευόμενα από αυτήν νομικά πρόσωπα (το Δημοτικό Βρεφοκομείο ... και ο Οργανισμός Πολιτισμού Αθλητισμού και Νεολαίας του Δήμου ...) και διά το λόγο αυτό η αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με το άρθρο 79 παρ. 6 του ν. 4412/2016 έλαβε υπόψη της τις συμβάσεις που ΗΔΗ διέθετε και από τις οποίες προέκυπταν οι απαιτούμενες ποσότητες.

Άλλωστε όπως έχει κριθεί από την Αρχή σας (533/2020 σκέψη 19) η αναθέτουσα αρχή νομίμως έκρινε αποδεκτή και νόμιμη την προσφορά μας,

διότι εφόσον διέθετε τις εν λόγω συμβάσεις και γνώριζε ότι πληρούνται το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, δεν αιτήθηκε διευκρινίσεις από την εταιρεία μας, όπως αιτήθηκε από άλλους υποψηφίους οι οποίοι για την πλήρωση του εν λόγω κριτηρίου δήλωσαν στο ΕΕΕΣ τους συμβάσεις με αναθέτουσα αρχή διαφορετική από το Δήμο ... ή τα εποπτευόμενα από αυτών νομικά πρόσωπα.

Περαιτέρω, όπως προκύπτει και από 02/03/2021 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής δόθηκε η δυνατότητα σε όλους τους υποψηφίους, όπως και στην προσφεύγουσα, οι οποίοι δήλωσαν στο ΕΕΕΣ τους για την πλήρωση του εν λόγω κριτηρίου συμβάσεις με αποδέκτη διαφορετικό από το Δήμο ... ή τα εποπτευόμενα από αυτών νομικά πρόσωπα, να παράσχουν διευκρινίσεις σχετικά με τις συμβάσεις αυτές. Ο μόνος λόγος διά τον οποίο δε ζητήθηκε από την εταιρεία μας είναι επειδή αντισυμβαλλόμενός μας ήταν ο Δήμος ... και διέθετε ήδη τις συμβάσεις και γνώριζε τις ποσότητες.

Σε κάθε δε περίπτωση, με δεδομένο ότι ζητήθηκε από τους λοιπούς υποψηφίους η σχετική διευκρίνιση, κατ' εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης, η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να αχθεί σε κρίση περί αποκλεισμού της εταιρείας μας πριν ζητήσει διευκρινίσεις, κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016. Διαδικασία που όπως προαναφέρθηκε εν προκειμένω παρήλκε να τηρηθεί, καθόσον η αναθέτουσα αρχή είχε στην διάθεσή της όλα τα απαιτούμενα στοιχεία.

Με βάση όλα τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και αβάσιμη».

16. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.».

17. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να

επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...]
2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...]περιέχουν ιδίως: [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...]ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

18. Επειδή το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. [...] 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. [...] 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 [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες

συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. [...]5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος».

19. Επειδή το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης, ορίζει 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, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 [...]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. Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή, εξαιρουμένων των συμβάσεων που βασίζονται σε συμφωνίες-πλαίσιο, όταν οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται δυνάμει της παρ. 4 του άρθρου 39 ή της περίπτωσης α΄ της παρ. 5 του άρθρου 39, απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. 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 υποβάλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση ή συνάψει τη συμφωνία-πλαίσιο, διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά [...]».

20. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «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. [...]».

21. Επειδή το άρθρο 93 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει: α) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ του άρθρου 79 [...]».

22. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «[...] 1.3. Συνοπτική περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης
Δικαίωμα Προαίρεσης

1.3.1 Αντικείμενο της Σύμβασης είναι η προμήθεια γάλακτος (τύπου εβαπορέ), 410gr, για τις ανάγκες των δικαιούχων εργαζόμενων του Δήμου ... και των εποπτευόμενων από αυτόν Νομικών Προσώπων (Δ.Β.Α. και Κ.Υ.Α.Δ.Α.) ετών 2020, 2021 και 2022.[...]

Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ανέρχεται στο ποσό του 1.209.928,70€ συμ/νου Φ.Π.Α. 13% (προϋπολογισμός άνευ Φ.Π.Α.: 1.070.733,36€). [...]

2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τις τρεις τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις (έτη 2017, 2018, 2019) κατ' ανώτατο όριο (συναρτήσει της ημερομηνίας δημιουργίας του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του) ίσο ή ανώτερο με το 30% του ενιαίου ενδεικτικού προϋπολογισμού, χωρίς τον Φ.Π.Α.

[...] Για τον σκοπό αυτό, οι οικονομικοί φορείς θα δηλώσουν, καταρχάς με το ΕΕΕΣ ότι, διαθέτουν την ανωτέρω οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Στη συνέχεια, μετά την αποστολή της σχετικής πρόσκλησης ο προσωρινός ανάδοχος θα προσκομίσει στην Αναθέτουσα Αρχή τα αποδεικτικά μέσα της παραγράφου 2.2.9.2 της παρούσας.[...]

2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

[...] Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται:

α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (έτη 2017, 2018, 2019) να έχουν εκτελέσει παραδόσεις προμηθειών συναφών με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, από τις οποίες πρέπει να προκύπτει ότι η παραδοθείσα ποσότητα είναι ίση ή μεγαλύτερη του 50% των ζητούμενων ποσοτήτων.

[...] Για τον σκοπό αυτό, οι οικονομικοί φορείς θα δηλώσουν, καταρχάς με το ΕΕΕΣ ότι, διαθέτουν την ανωτέρω τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Στη συνέχεια, μετά την αποστολή της σχετικής πρόσκλησης ο προσωρινός ανάδοχος θα προσκομίσει στην Αναθέτουσα Αρχή τα αποδεικτικά μέσα της παραγράφου 2.2.9.2 της παρούσας. [...]

2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής

2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών

Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4 έως και 2.2.8 της παρούσας, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ),

υπογεγραμμένο με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.[...]

2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα (Δικαιολογητικά Κατακύρωσης)

Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως και 2.2.8, πρέπει να συντρέχουν και κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με την περ. 13γ. του άρθρου 43 του ν.4605/2019, και ισχύει.[...]

Β.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών των τριών τελευταίων οικονομικών χρήσεων (2017-2018-2019), συναρτήσει της ημερομηνίας δημιουργίας του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, στις περιπτώσεις που παρίσταται σχετική εκ του νόμου υποχρέωση προς δημοσίευση ισολογισμών στη χώρα του υποψηφίου. Στην περίπτωση που δεν υποχρεούται στην έκδοση ισολογισμών, προσκομίζουν τα έντυπα Ε3 συνοδευόμενα από υπεύθυνη δήλωση περί του ύψους του «γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών», κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών. [...]

Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν:

α) Εάν ο αποδέκτης είναι Δημόσια Αρχή, αντίγραφα συμβάσεων και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης από την αρμόδια αρχή. Εάν ο αποδέκτης είναι Ιδιωτικός Φορέας, είτε αντίγραφα από επίσημα παραστατικά, είτε βεβαίωση του αποδέκτη της προμήθειας[...]

2.3.2.3 Οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν την προσφορά τους σε ηλεκτρονικό φάκελο, ο οποίος περιλαμβάνει τα ακόλουθα:

(α) έναν (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής –Τεχνική Προσφορά» στον οποίο περιλαμβάνονται τα κατά περίπτωση απαιτούμενα

δικαιολογητικά και η τεχνική προσφορά, σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και την παρούσα.[...]

2.3.4. Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά»

2.3.4.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν:

i) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παράγραφο 2.2.9.1 και στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VII της παρούσας.[...]

2.3.7 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η Αναθέτουσα Αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.3.1. (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.3.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.3.4. (Περιεχόμενο Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνικής Προσφοράς»), β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης,[...] η) η οποία κρίνεται ως μη κανονική ήτοι: (παρ.3 άρθρου 26 Ν.4412/2016), ήτοι i. δεν πληροί τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης (παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές),[...].».

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

διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, 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.

24. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (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).

25. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

26. 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).

27. 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 υποβολή, αλλά και αξιολόγηση 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).

28. Επειδή όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπύπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012). Συνεπώς, λόγοι που αφορούν τους όρους της Διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, *Universale-Bau AG*, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, *Santex SpA*, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66).

29. Επειδή, με τον όρο 2.2.5 της διακήρυξης τίθεται ως κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας οι διαγωνιζόμενοι να διαθέτουν γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τις τρεις τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις (έτη 2017, 2018, 2019) ίσο ή ανώτερο με το 30% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεσης σύμβασης άνευ ΦΠΑ, ήτοι 321.220,00 ευρώ, δοθέντος ότι κατά τον όρο 1.3 της διακήρυξης ο προϋπολογισμός της σύμβασης ανέρχεται σε 1.070.733,36 ευρώ άνευ ΦΠΑ. Από δε τη γραμματική διατύπωση του εν λόγω όρου και δη τη χρήση της επιθετικού προσδιορισμού «ετήσιο» προκύπτει σαφώς ότι ο συμμετέχων πρέπει να διαθέτει για έκαστο έτος γενικό κύκλο εργασιών ίσο ή ανώτερο των 321.220,00 ευρώ. Ουδόλως στον όρο 2.2.5 της διακήρυξης γίνεται μνεία περί απαίτησης μέσου ή συνολικού κύκλου εργασιών για τα έτη 2017, 2018 και 2019, ούτε άλλωστε δύναται τέτοια απαίτηση να συναχθεί δια ερμηνείας και μάλιστα ερειδόμενης στη διετή διάρκεια της σύμβασης, δεδομένης, εν προκειμένω της αδιαμφισβήτητης σαφήνειας του επίμαχου όρου, οι δε περί του αντιθέτου ισχυρισμοί του προσφεύγοντος τυγχάνουν απορριπτέοι καταρχάς ως ανεπικαίρως προβαλλόμενοι, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 28 και άρα απαράδεκτοι διότι βάλλουν ευθέως κατά του όρου 2.2.5 της διακήρυξης αλλά και ως αβάσιμοι. Ομοίως για τον ίδιο λόγο απορριπτέες και οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί ασάφειας του όρου 2.2.5 της διακήρυξης. Εξάλλου, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται το με αριθμ. πρωτ. 217/11.01.2021 έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής διότι η εν λόγω διευκρίνιση αφορά ρητώς έτερο όρο και συγκεκριμένα το κριτήριο τεχνικής ικανότητας του όρου 2.2.6 της διακήρυξης και σε καμία περίπτωση δεν αποσαφηνίζει πολλώ δε μάλλον τροποποιεί το κανονιστικό περιεχόμενο του όρου 2.2.5 της διακήρυξης.

30. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων δήλωσε στην Ενότητα Β του Μέρους IV του υποβληθέντος ΕΕΕΣ του ότι ο γενικός κύκλος εργασιών του για το έτος 2018 ανέρχεται στο ποσό των 229.947,11€, ήτοι υπολείπεται του απαιτούμενου ύψους των 321.220,00 ευρώ. Επίσης από την προσκομισθείσα από 21.01.2021 υπεύθυνη δήλωση και το έντυπο Ε3 οικονομικού έτους 2018 προκύπτει ότι ο προσφεύγων για το έτος 2018 δεν πληροί το κριτήριο

χρηματοοικονομικής ικανότητας του όρου 2.2.5 της διακήρυξης. Σύμφωνα δε με τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη αλυσιτελώς ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο μέσος καθώς και ο συνολικός γενικός κύκλος εργασιών του κατά τα έτη 2017, 2018 και 2019 είναι ανώτερος των 321.220,00 ευρώ. Επομένως, βάσει και των εκτεθέντων υπό σκέψεις 23-27, ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

31. Επειδή, εφόσον κρίθηκε νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 12, εν προκειμένω, γίνεται δεκτό ότι μετ' εννόμου συμφέροντος ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος που δεν σχετίζονται με τις πλημμέλειες για τις οποίες αποκλείστηκε η δική του προσφορά.

32. Επειδή στον όρο 2.2.6 της διακήρυξης τίθεται ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας οι διαγωνιζόμενοι να έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (έτη 2017, 2018, 2019) συμβάσεις συναφείς με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης προμήθειας, από τις οποίες πρέπει να προκύπτει ότι η παραδοθείσα ποσότητα γάλακτος είναι ίση ή μεγαλύτερη του 50% των ζητούμενων ποσοτήτων, ήτοι 615.314 τεμάχια, δοθέντος ότι κατά το Παράρτημα Ι της διακήρυξης το σύνολο των ζητούμενων ποσοτήτων ανέρχεται σε 1.230.728 τεμάχια. Επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με το με αριθμ. πρωτ. 217/11.01.2021 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής διευκρινίστηκε ότι η ζητούμενη παραδοθείσα ποσότητα αφορά στο σύνολο της τελευταίας τριετίας. Περαιτέρω, στον όρο 2.2.9.1 της διακήρυξης προβλέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να δηλώσουν προαποδεικτικώς δια του υποβαλλόμενου με την προσφορά τους ΕΕΕΣ την πλήρωση του κριτηρίου του όρου 2.2.6 της διακήρυξης, ήτοι τις συναφείς συμβάσεις που έχει εκτελέσει κατά την τελευταία τριετία καθώς και την παραδοθείσα ποσότητα σε έκαστη εκ των επικαλούμενων συμβάσεων.

33. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων δήλωσε στην Ενότητα Γ του Μέρους IV του

Αριθμός απόφασης: 1313/2021

υποβληθέντος ΕΕΕΣ του τα ακόλουθα : «1) Περιγραφή ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΓΑΛΑΚΤΟΣ ΕΒΑΠΟΡΕ

Ποσό 1490449.17 EUR

Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 28.11.2016 - 21.10.2017

Αποδέκτες ΔΗΜΟΣ ...

2) Περιγραφή ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΓΑΛΑΚΤΟΣ ΕΒΑΠΟΡΕ

Ποσό 127434 EUR

Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 01.01.2017 - 24.04.2017

Αποδέκτες ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ -ΑΘΛΗΤΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΝΕΟΛΑΙΑΣ ΔΗΜΟΥ ...

3) Περιγραφή ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΓΑΛΑΚΤΟΣ ΕΒΑΠΟΡΕ

Ποσό 157324.72 EUR

Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 01.01.2018 - 28.03.2018

Αποδέκτες ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΒΡΕΦΟΚΟΜΕΙΟ ...

4) Περιγραφή ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΓΑΛΑΚΤΟΣ ΕΒΑΠΟΡΕ

Ποσό 149096.82 EUR

Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 24.09.2018 - 05.12.2019

Αποδέκτες ...

5) Περιγραφή ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΓΑΛΑΚΤΟΣ ΕΒΑΠΟΡΕ

Ποσό 1685602.04 EUR

Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 26.06.2019 - 26.06.2019

Αποδέκτες ΔΗΜΟΣ ...».

Συνεπώς, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων δεν έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ του τις παραδοθείσες ποσότητες γάλακτος σε έκαστη εκ των επικαλούμενων συμβάσεων. Ωστόσο, δύο εκ των ως άνω επικαλούμενων συμβάσεων έχουν ως αντισυμβαλλόμενο μέρος την αναθέτουσα αρχή του παρόντος διαγωνισμού, η οποία διαθέτει ήδη τις απαιτούμενες συμβάσεις και άρα δύναται κατ' άρθρον 79 παρ. 6 να ελέγξει αν ο παρεμβαίνων αποδεικνύει την πλήρωση του κριτηρίου του όρου 2.2.6 της διακήρυξης. Από την επισυναπτόμενη δε με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής με αριθμ. ΑΔΑΜ : ... σύμβαση, η οποία αντιστοιχεί στη δηλωθείσα ως άνω υπό αριθμό 5 στο ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος σύμβαση, οι παραδοτέες ποσότητες ανέρχονται

σε 2.731.932 τεμάχια και άρα ο παρεμβαίνων πληροί το κριτήριο τεχνικής ικανότητας του όρου 2.2.6 της διακήρυξης. Ενόψει τούτου, αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων επικαλείται τη δυνατότητα παροχής διευκρινίσεων επί τη βάση του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Επομένως, αν και εν μέρει με πλημμελή αιτιολογία, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή επικαλείται στις απόψεις της εσφαλμένως τον όρο 2.2.9.2 της διακήρυξης περί αυτεπάγγελτης αναζήτησης δικαιολογητικών από εθνικές βάσεις δεδομένων προς απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, ορθώς κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

34. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

35. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

36. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

37. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 35, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων κατά το ποσό των 5.353,66 (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου κατά το ποσό των 5.353,66 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε την 5 Αυγούστου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1313/2021

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ
α/α ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ**