

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 3^η Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24.06.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1287/25.6.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθ. 9351ΟΙΚ/31-5-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που απέρριψε τα δικαιολογητικά της κατακύρωσης και απέκλεισε την προσφορά της από τον διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την *ανάδειξη προμηθευτών ειδών αρτοτροφοδοσίας*, συνολικού προϋπολογισμού 475.019,76 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (ΚΗΜΔΗΣ/...-...-....., ΕΣΗΔΗΣ, ημερομηνία αποστολής για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ 23-10-2020).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευτεί το ποσόν παραβόλου 1.250 ευρώ ήτοι μεγαλύτερο του νομίμου ποσού 600 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, επί τη βάσει της προυπολογιζόμενης αξίας των διακριτών ειδών (τροφίμων) της

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

προμήθειας σχετικά με τα οποία ασκείται η προσφυγή, δεδομένου ότι ως ορίζεται στην διακήρυξη, η κατακύρωση της προμήθειας γίνεται ανά είδος προσφερόμενου τροφίμου (όρος 1.2.2 παρ. 3, 7) και συνεπώς έκαστο είδος τροφίμου αποτελεί και διακριτό τμήμα της προμήθειας. Ειδικότερα στην προσφυγή δεν αναφέρονται ούτε τα επίμαχα τρόφιμα για τα οποία ασκείται η προσφυγή, ούτε η προυπολογιζόμενη αξία αυτών, αλλά μόνον ότι η προσφυγή ασκείται σε σχέση με τα τρόφιμα στα οποία η προσφεύγουσα είχε αναδειχθεί μειοδότηρια αλλά εν συνεχεία με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκαν τα δικαιολογητικά της κατακύρωσης και δεν ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος για την προμήθεια των εν λόγω τροφίμων. Σύμφωνα με την -μη αμφισβητηθείσα και τελεσίδικη- απόφαση 4492οικ/4-3-2021 της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα είχε αναδειχθεί προσωρινή μειοδότηρια στα εξής είδη και συνεπώς η προσφυγή ασκείται σε σχέση με τα εξής είδη-τρόφιμα : Αλεύρι χύμα τύπου 70%, Αλάτι ψιλό χύμα, Σκόνη ζωμός βοδινού και κοτόπουλου, Σκόνη ζωμός λαχανικών, Ελιές Μαμούθ μαύρες σε δοχεία των 13 κιλών, Ελιές μαμούθ Πράσινες σε δοχεία των 13 κιλών, Πιπέρι μαύρο, Δυόσμος χύμα, Κανέλα τριμμένη, Μπαχάρι σπυρί, Γαρύφαλλο (καρύκευμα), Σιμιγδάλι χονδρό, Ζάχαρη άχνη, Αμυγδαλόπιχα, Βανίλια χύμα, Κακάο Ζαχαροπλαστικής, Φακές ψιλές, Πραλίνα ατομική συσκευασία 10 γρ., Μουστάρδα, Πανσέτα χοιρινή σε τεμάχια, Μπούτι γαλοπούλας κατεψυγμένο, Βακαλάος υγράλατος, Βακαλάος Φιλέτο σε ρολό κατεψυγμένος, Λουκάνικα τύπου Φρανκφούρτης, Μπέικον κομμένο σε φέτες, συνολικής προυπολογιζόμενης αξίας (βλ. Κεφάλαιο Α Προϋπολογισμός σελ. 33 επ. της διακήρυξης) 1.007,00 + 690 + 1.680 + 1.050 + 2.498 + 2.698 + 457 + 94,40 + 182,80 + 58,20 + 157,50 + 693 + 45,50 + 181,20 + 99,75 + 55,20 + 270 + 2.340 + 204 + 3.500 + 630 + 3.465 + 2.520 + 5.082 + 210 ευρώ χωρίς ΦΠΑ = 29.868,55 χωρίς ΦΠΑ, εφ' ού οφείλεται το ελάχιστο νόμιμο ποσόν παραβόλου 600 ευρώ. Συνεπώς και ανεξαρτήτως της έκβασης της παρούσας προσφυγής πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το υπερβαλόντως καταβληθέν ποσόν παραβόλου ήτοι 1250 (καταβληθέν ποσόν) - 600 (οφειλόμενο ποσόν) = 650 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, και το από 25-6-2021 υπηρεσιακό ηλεκτρονικό μήνυμα του αρμόδιου υπαλλήλου ΑΕΠΠ).

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

2. Επειδή, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ κατά χρόνο, και καθ' ύλην λόγω προυπολογιζόμενης αξίας της προμήθειας και χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, εμπροθέσμως προσηκόντως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε - σύμφωνα με την 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- με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 24-6-2021 η υπό κρίση προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης απόφασης που κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 14-6-2021, η οποία είναι εκτελεστή πράξη σταδίου δικαιολογητικών κατακύρωσης και ανάδειξης οριστικού αναδόχου. Με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που είχε υποβάλει η προσφεύγουσα, αποκλείσθηκε η προσφορά της από τον διαγωνισμό και η κατακύρωση των επίμαχων ειδών (βλ. αναλυτικά σκέψη 1) έγινε στον επόμενο μειοδότη. Ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας έγινε με την αιτιολογία ότι *έχει ως βασική και αποκλειστική δραστηριότητα το χονδρικό εμπόριο και δεν διαθέτει κωδικό αριθμό δραστηριότητας λιανικού εμπορίου από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού (ημερομηνία υποβολής προσφορών)* (βλ. σελ. 6 της προσβαλλόμενης). Συνεπώς με έννομο συμφέρον αιτείται η προσφεύγουσα την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης με σκοπό την κατακύρωση της προμήθειας στην ίδια η οποία είχε αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος των επίμαχων ειδών.

3. Επειδή ειδικότερα η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθ. 1, 18 παρ. 1, 73, 75, 53, 54 του ν. 4412/2016, τους όρους 4 της σελ. 5, το τμήμα 3 «λόγοι αποκλεισμού», τμήμα 6.1, 2.2.4, της διακήρυξης, την κανονιστική φύση των όρων της διακήρυξης, τις αρχές της τυπικότητας, ανταγωνισμού, διαφάνειας, ισχυρίζεται ότι παρά τον νόμο και τους όρους της διακήρυξης απορρίφθηκε η προσφορά της διότι η προσβαλλόμενη απόφαση λαμβάνοντας ως αναφέρεται στο προοίμιο αυτής υπ' όψιν μία έκθεση της 3^{ης} Υπηρεσίας του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου -η οποία ουδόλως προβλέπεται στην διακήρυξη- απέρριψε τα δικαιολογητικά της κατακύρωσης για τον παραπάνω αναφερόμενο (σκέψη 2) λόγο, χωρίς όμως να απαιτείται πουθενά στην διακήρυξη είτε ως ποιοτικό κριτήριο επιλογής είτε ως τεχνική προδιαγραφή

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

είτε ως όρος αυτής, οι διαγωνιζόμενοι να ασκούν αποκλειστικά και μόνον λιανικό εμπόριο, να διαθέτουν ΚΑΔ λιανικού εμπορίου, κατά την ημερομηνία κατάθεσης των προσφορών, και να προσκομίζουν το σχετικό αποδεικτικό άσκησης λιανεμπορίου. Η αναθέτουσα αρχή, χωρίς να αμφισβητεί τον λόγο της προσφυγής ότι δηλ. η προσφεύγουσα αποκλείσθηκε του διαγωνισμού επειδή δεν ασκεί λιανεμπόριο αλλά χονδρεμπόριο, ενώ τούτο δεν προβλέπεται στην διακήρυξη, στις απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε ηλεκτρονικά προς την ΑΕΠΠ και την προσφεύγουσα την 7-7-2021 σύμφωνα με το άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και το άρθ. 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, αναφέρει ότι απέκλεισε την προσφεύγουσα εκτελώντας την από 12-3-2021 εντολή της Διεύθυνσης Προμηθειών της Γενικής Γραμματείας Αντεγκληματικής Πολιτικής σύμφωνα με την οποία δυνάμει του άρθ. 2 περ. κ του ν. 4177/2013, και δυνάμει μίας σχετικής έκθεσης της 3ης Υπηρεσίας επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου *πρέπει να αποκλείονται από τη διαδικασία επιχειρήσεις οι οποίες έχουν ως βασική και αποκλειστική δραστηριότητα το χονδρικό εμπόριο. Ως εκ τούτου, όσον αφορά τους διαγωνισμούς αρτοτροφοδοσίας, στο β' στάδιο της κατακύρωσης θα αποκλείονται από τη διαδικασία προμηθευτές οι οποίοι δεν έχουν ως δηλωμένο Κωδικό Αριθμό Δραστηριότητας (ΚΑΔ) το λιανικό εμπόριο των ειδών που προσφέρουν. Η κατακύρωση, επομένως, θα πραγματοποιείται στον αμέσως επόμενο μειοδότη που διαθέτει ΚΑΔ λιανικού εμπορίου για τα συγκεκριμένα είδη. Επισημαίνεται ότι η προμηθεύτρια επιχείρηση θα πρέπει να έχει πραγματοποιήσει έναρξη δραστηριότητας λιανικού εμπορίου στην εφαρμογή του TaxisNet μέχρι την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού.*

4. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «*Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων*» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης....»

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων ...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.),... »

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 « Οι συμβάσεις ανατίθενται 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... και στα έγγραφα της σύμβασης... β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος ... πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77...»

7. Επειδή, στο άρθρο 75 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι « 1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας... 2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό. ...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.» Στο δε Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' του νόμου ορίζεται ότι « ΜΗΤΡΩΑ Τα σχετικά επαγγελματικά και εμπορικά μητρώα καθώς και οι δηλώσεις και τα

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

πιστοποιητικά που αντιστοιχούν σε κάθε κράτος μέλος είναι : Στην Ελλάδα... το «Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο»... στην περίπτωση των συμβάσεων προμηθειών...»

8. Επειδή, στο άρθρο 80 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. ... 9. Τα αποδεικτικά έγγραφα του παρόντος άρθρου και του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', μπορεί να εξειδικεύονται στις στα πρότυπα έγγραφα σύμβασης που εκδίδει η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53...»

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 «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. ...»

10. Επειδή, στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» ορίζεται ότι «..Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή σε σφραγισμένο φάκελο, ο οποίος παραδίδεται στο αρμόδιο όργανο αξιολόγησης.

2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. ... 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. .. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. .. 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2, και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105...»

11. Επειδή, στο άρθρο 104 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Άρθρο 104 Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές» ορίζεται ότι « 1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105...»

12. Επειδή όπως βάσιμα αναφέρεται στην προσφυγή και δεν αμφισβητεί η αναθέτουσα αρχή, σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν προβλέπεται απαίτηση όρος υποχρέωση ή εν γένει οποιαδήποτε μνεία ή έκφραση όπου να απαιτείται ή να μπορεί να προκύπτει ότι απαιτείται οι

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς να ασκούν λιανικό εμπόριο, να διαθέτουν το αντίστοιχο ΚΑΔ, και να προσκομίζουν σχετικά αποδεικτικά, ούτε ότι αποκλείονται φορείς που ασκούν χονδρικό εμπόριο. Περαιτέρω ούτε στο κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον επίμαχο διαγωνισμό περιλαμβάνεται ο ν. 4177/2013 ή οποιαδήποτε διάταξη αυτού, ούτε οποιαδήποτε *έκθεση της 3ης Υπηρεσίας επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου*, επί τη βάση των οποίων εχώρησε ο αποκλεισμός της προσφοράς της προσφεύγουσας, ως προκύπτει από την ίδια την προσβαλλόμενη απόφαση (Πρακτικό της 31-5-2021 σελ. 6 παρ. μη) μθ) και προσβαλλόμενη), τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής, και ως βάσιμα αναφέρεται στην προσφυγή. Ανεξαρτήτως αυτών i) ούτε στο άρθ. 2 περ. κ του ν. 4177/2013 ούτε εν γένει στον νόμο αυτό ορίζεται ότι οι συμμετέχοντες σε δημόσιους διαγωνισμούς προμηθειών απαιτείται να ασκούν λιανικό εμπόριο ούτε ότι αποκλείονται των διαγωνισμών ή της ανάθεσης δημόσιας προμήθειας οικονομικός φορέας και ασκεί χονδρικό εμπόριο, και ii) ούτε η *σχετική έκθεση της 3ης Υπηρεσίας επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου* μπορεί να διέπει τον παρόντα διαγωνισμό δεδομένου ότι ουδέν αναφέρεται στην διακήρυξη ενώ σε κάθε περίπτωση η εντολή συμμόρφωσης προς την αναθέτουσα αρχή κοινοποιήθηκε την 12-3-2021 ήτοι μακράν πέραν της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακήρυξης (ΚΗΜΔΗΣ 5-11-2020, αποστολή προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ 23-10-2020) αλλά και της ημερομηνίας κατάθεσης των προσφορών την 23-11-2020. Συνεπώς δεν θα μπορούσε να χωρήσει αποκλεισμός της προσφεύγουσας εκ των υστέρων βάσει μεταγενέστερης εντολής της 12-3-2021 που ανατρέχει σε πρωθύστερο χρόνο -ήτοι τον χρόνο κατάθεσης της προσφοράς την 23-1-2020- στην οποία εντολή το πρώτον την 12-3-2021 προβλέπεται απαίτηση άσκησης λιανεμπορίου, που δεν προβλεπόταν κατά τον κρίσιμο χρόνο κατάθεσης της προσφοράς την 23-11-2020 και επομένως κατά την φυσική και νομική φορά των πραγμάτων η προσφεύγουσα ούτε μπορούσε ούτε όφειλε να εκπληρώνει.

13. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα 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

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

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 συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C19/00 Siac Construcrtion Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προσκομιζόμενων δικαιολογητικών 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), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

14. 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, 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 απόρριψης της προσφοράς. Επιβάλλεται δε να προσδιορίζονται επακριβώς στην διακήρυξη τα προς

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό (ΣΤΕ 39/2017, ΔΕφΠατρ 39/2017, ΣΤΕ 5022/2012). Επομένως δεν είναι νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου για το λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα, και μάλιστα δικαιολογητικά που απαιτούνται από διατάξεις, στις οποίες η διακήρυξη δεν παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στο διαγωνισμό δίκαιο (ΣΤΕ 3703/2010, 1329, 1616, 1619/2008, ΕΑ 53/2011).

15. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, βάσει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας που διέπουν τη διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, και κατά συνέπεια ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για έγγραφα ή δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη διακήρυξη ή δεν προσκόμισε δικαιολογητικά πρόσθετα ή διαφορετικά από τα ρητώς αξιούμενα (ΕΑ ΣΤΕ 18, 53, 19, 19/2011, 254/2008, 318/2013 ΔΕφΑθ (ΑΣΦ) 18/2015, ΣΤΕ 10833, 1084/2010). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται νομίμως να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία διακήρυξη (C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ 28, και απόφαση Medipac C-6/05, EU:C:2007, 337, σκέψη 54).

16. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, 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

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

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).

17. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό 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 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. (C 27/15, Pippo Pizzo, ECLI:EU:C:2016:404 σκ. 51).

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

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 27). Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο σε περίπτωση ενδεχόμενου αποκλεισμού από τη διαδικασία (C27/15, *Pirro Pizzo*, ECLI:C:2016:404, σκ. 42).

19. Επειδή, 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. 179/2009 σκ.5).

20. 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.

21. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ως βάσιμα αναφέρεται στη προσφυγή, η προσφεύγουσα τεκμηρίωσε την εκπλήρωση του ποιοτικού κριτηρίου επιλογής και δη την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας ήτοι προσκόμισε πιστοποιητικό του οικείου επιμελητηρίου σύμφωνα με τον όρο 6.1 I (σελ. 20 της διακήρυξης) όπου απαιτείται ως δικαιολογητικό κατακύρωσης *Πιστοποιητικό του οικείου επιμελητηρίου, από το οποίο να προκύπτει το ειδικό επάγγελμα του υποψήφιου προμηθευτή και η άσκησή του και ότι είναι εγγεγραμμένος στα μητρώα του οικείου Επιμελητηρίου/Επαγγελματικού Μητρώου και ότι η εγγραφή του είναι σε ισχύ τόσο κατά την ημέρα υποβολής της προσφοράς όσο και κατά την ημέρα κοινοποίησης της πρόσκλησης υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του διαγωνισμού*. Ειδικότερα η προσφεύγουσα προσκόμισε i) το με αριθ./-...-.... Πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου το οποίο βεβαιώνει ότι είναι εγγεγραμμένη στα Μητρώα του Επιμελητηρίου αυτού από την 13-12-2010 με αντικείμενο χονδρικό εμπόριο τροφίμων, ii) Τα με αριθ./-...-.... και/-...-.... Γενικά Πιστοποιητικά του αυτού

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

Επιμελητηρίου από τα οποία προκύπτει ότι καταχωρούνται και τηρούνται στοιχεία της προσφεύγουσας στα Μητρώα του Επιμελητηρίου αυτού, από της εγγραφής της στο ΓΕΜΗ την 15-12-2012. Συνεπώς προκύπτει άνευ ετέρου ότι η προσφεύγουσα προσκόμισε επακριβώς το απαιτούμενο από τα αρθ. 75, 80 και Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 (σκέψεις 7, 8) και την διακήρυξη ως άνω, ως δικαιολογητικό κατακύρωσης πιστοποιητικό εγγραφής της στο Εμπορικό Επιμελητήριο και συνεπώς η προσφορά της έπρεπε να γίνει δεκτή και να κηρυχθεί οριστική ανάδοχος των τμημάτων-τροφίμων της προμήθειας στα οποία μειοδότησε κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με τα άρθ. 18, 53, 71, 91, 103, 104 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 4, 5, 6, 9-11) την διακήρυξη και τις αρχές της τυπικότητας νομιμότητας και διαφάνειας (σκέψεις 13-20). Γίνεται μνεία ότι παρότι η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε βάσει των άρθ. 53, 75 παρ. 5 και 80 παρ. 9 (σκέψεις 5, 7, 8) να προβλέπει στην διακήρυξη ειδικότερους όρους περί την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας (πχ συγκεκριμένο ΚΑΔ ή συγκεκριμένα την άσκηση λιανεμπορίου ή άλλο τι) όμως ουδέν προέβλεψε, ει μη μόνον ότι *4.Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν: α) Όλα τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα της ημεδαπής ή αλλοδαπής* (σελ. 5) με την απαίτηση προσκόμισης πιστοποιητικού Επιμελητηρίου ως άνω. Συνεπώς, πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος ο πρώτος λόγος της προσφυγής και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που απέρριψε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφεύγουσας επειδή ασκεί χονδρικό και όχι λιανικό εμπόριο, καθόσον η προσφεύγουσα προσκόμισε επακριβώς το απαιτούμενο από την διακήρυξη πιστοποιητικό από το οποίο προκύπτει η καταλληλότητά της για την συμμετοχή της στον διαγωνισμό, όπως η καταλληλότητα αυτή ορίζεται στην διακήρυξη, η οποία δεν προβλέπει ότι κατάλληλοι για την συμμετοχή στον διαγωνισμό είναι μόνον οι οικονομικοί φορείς που ασκούν λιανικό εμπόριο ούτε ότι αποκλείονται οι φορείς που ασκούν χονδρικό εμπόριο ως η προσφεύγουσα (βλ. και σκέψη 12), ούτε ότι η έπρεπε να προκομιστεί πιστοποίηση περί ΚΑΔ άσκησης λιανεμπορίου. Περαιτέρω δεν χωρεί εξέταση του δεύτερου επικουρικού λόγου της προσφυγής περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας η οποία ζητείται

Αριθμός απόφασης: 1401/2021

επικουρικώς υπό την αίρεση απόρριψης του πρώτου λόγου της προσφυγής, ο οποίος όμως γίνεται δεκτός.

22. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που απέρριψε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφεύγουσας.

24. Επειδή ύστερα από τη παραπάνω σκέψη 23, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει επιστραφεί (άρθ. 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε την 23 Αυγούστου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μιχαήλ Διαθεσόπουλος

Γ. Β. Ελευθεριάδης