

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαρία Βύρρα- Εισηγήτρια, υπό την ιδιότητά της ως Μονομελούς Κλιμακίου.

Για να εξετάσει την από 03.12.2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 2249/07.12.2021 της εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στο ..., οδός ... αρ....., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «η προσφεύγουσα»).

Κατά του «...» (εφεξής «η αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στον ..., οδός ..., Τ.Κ ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθεί: α) η υπ' αριθμό 277/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που έκανε δεκτές τις προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...» (εφεξής «η α' προσβαλλόμενη»), και β) η υπ' αριθμό 287/2021 απόφαση της οικονομικής επιτροπής του Δήμου ... κατά το μέρος που ανέδειξε τον οικονομικό φορέα «...» ως οριστικό ανάδοχο για το Τμήμα Α' του εν θέματι διαγωνισμού (εφεξής «η β' προσβαλλόμενη»).

Κατά του οικονομικού φορέα «...», που εδρεύει στ.. ..., ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «η παρεμβαίνουσα»).

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμό πρωτ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός με αντικείμενο «την προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου ...», συνολικού προϋπολογισμού 65.502,58€ άνευ ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής. Ο εν θέματι Διαγωνισμός υποδιαιρείτο σε τρία τμήματα. Οι οικονομικοί φορείς θα κατέθεταν προσφορά είτε στο σύνολο της προμήθειας είτε σε ένα τμήμα είτε σε περισσότερα τμήματα των προς προμήθεια ειδών. Η προσφορά επί ποινή αποκλεισμού, έπρεπε να καλύπτει όλα τα είδη και τις ποσότητες κάθε τμήματος που συμμετείχε. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 13-10-2021 με ΑΔΑΜ: ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...) , ύψους 600,00 €, υπολογισμένο επί του τμήματος Α' του Διαγωνισμού επί των οποίου ασκείται η προσφυγή, προϋπολογισμού 45.516,73 € χωρίς ΦΠΑ.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο

Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 23/11/2021, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 03/12/2021, κοινοποιήθηκε, δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα αυθημερόν.

5. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, έχοντας υποβάλλει σχετική προσφορά και προβάλλει ζημία της ερειδόμενη στην παράνομη προσφορά των συνδιαγωνιζόμενων και στο επιδιωκόμενο όφελος από την ανάδειξή της ως αναδόχου της σύμβασης.

6. Επειδή, με το από 07/12/2021 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε εμπροθέσμως τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Τις ως άνω απόψεις η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε αφενός στην ΑΕΠΠ και αφετέρου στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 07/12/2021.

7. Επειδή, εμπροθέσμως στις 13/12/2021 η προσφεύγουσα - δεδομένου ότι η τελευταία ημέρα της πενθήμερης προθεσμίας, ήτοι η 12/12/2021, του αρ. 365 αρ 1. ήταν Κυριακή, δηλαδή εξαιρετέα ημέρα-κατέθεσε υπόμνημα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

8. Επειδή, στις 06/12/2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση πρώτης προσφυγής μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1α του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στις 14/12/2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την από 14/12/2021 παρέμβασή της επί της προσφυγής, ασκεί δε αυτή μετ' εννόμου συμφέροντος καθώς έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος και ως εκ τούτου επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

10. Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα, και η

παρεμβαίνουσα, οι οποίες υπέβαλαν τις με αριθμό συστήματος ... και ... προσφορές αντίστοιχα. Ο τρίτος οικονομικός φορέας ήταν ο «...».

11. 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, 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 ακυρότητας 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.

12. 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). 26. Επειδή, 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).

13. 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.

14. Επειδή στο άρθρο 2.2.2.1 της Διακήρυξης αφενός ότι: *«2.2.2.1. Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής⁴², ποσοστού μηδέν κόμμα πέντε τοις εκατό (0,50%) της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης εκτός Φ.Π.Α. Αναλυτικά, τα ποσά της εγγύησης συμμετοχής ανά τμήμα δίνεται στον ακόλουθο πίνακα...»*. Σύμφωνα με τον πίνακα αυτό για όλα τα τμήματα του εν θέματι διαγωνισμού απαιτείτο να κατατεθεί εγγύηση συμμετοχής ποσού ίσου με 327,51 ευρώ.

15. Επειδή, στο άρθρο 2.4.3.1 της Διακήρυξης με τίτλο Δικαιολογητικά Συμμετοχής ορίζεται ότι: *«Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α και β στοιχεία:...β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν. 4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης»*.

16. Επειδή, στο άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης τιτλοφορούμενο ως «Λόγοι απόρριψης προσφορών» ορίζεται ότι: *«Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά...α) η οποία αποκλίνει από απαραίτατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα*

με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι προσφορών), 2.4.3 (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς...).

17. Επειδή με τον πρώτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται πως: «...ο οικονομικός φορέας «...» συμμετείχε ΣΕ ΟΛΑ ΤΑ ΤΜΗΜΑΤΑ του διαγωνισμού (Τμήματα Α', Β' και Γ') και κατέθεσε εγγυητική συμμετοχής ποσού 319,46 € αντί του ΝΟΜΙΜΟΥ ΚΑΙ ΑΠΑΙΤΟΥΜΕΝΟΥ ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ποσού 327,51€, όπως προκύπτει από το ηλεκτρονικό αρχείο pdf "ΕΓΓΥΗΤΙΚΗ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ" που βρίσκεται στο φάκελο με ονομασία "Δικαιολογητικά-Τεχνική" της προσφοράς του. Συνεπεία των ανωτέρω, η προσφορά του...καθίσταται απορριπτέα άνευ άλλου τινός». Με την ως άνω προσφυγή της αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμό 277/2021 απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» για όλα τα τμήματα και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος των Τμημάτων Β' και Γ', και συνεπώς το αίτημα αυτό τυγχάνει अपαράδεκτο, διότι η κρινόμενη προσφυγή αφορά μόνο το Τμήμα Α' του επίμαχου διαγωνισμού. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως απαράδεκτος.

18. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα με το δεύτερο λόγο της προσφυγής της επικαλείται πως: «...Η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» καθίσταται απορριπτέα, όπως ορίζεται στις περιπτώσεις 1' και 1β' της διακήρυξης, διότι δεν αποδεικνύεται ότι διαθέτει την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα προκειμένου να υλοποιήσει την εν λόγω προμήθεια...Εν προκειμένω...από την επισκόπηση του φακέλου της τεχνικής προσφοράς του...ΔΕΝ προκύπτει από κανένα σημείο αυτής, η αναγραφή της άδειας λειτουργίας της ατομικής του επιχείρησης... δεδομένου ότι η εγκατάσταση του «...» είναι στα ..., κατά τους κανόνες της κοινής πείρας δεν είναι δυνατή η άμεση μεταφορά ενός προϊόντος από τα ... στην ... και δεν διασφαλίζεται ότι το προς προμήθεια γάλα θα παραδίδεται στο κατάστημα της αναθέτουσας αρχής την επόμενη εργάσιμη από την παραγγελία του ημέρα , όπως σαφώς και ρητώς απαιτεί το άρθρο 6. 1. 1 . 1. της διακήρυξης, καθώς η χιλιομετρική απόσταση που θα πρέπει να διανυθεί είναι ιδιαίτερα μεγάλη, ενώ προϋποθέτει και τη χρήση

πλοίου, συνεπώς προστίθεται μία ακόμα καίρια παράμετρος, αναφορικά με τη δυνατότητα έγκαιρης παράδοσης, ανεξάρτητη όμως από τις προθέσεις του αναδόχου, θέτοντας σε αμφιβολία την πραγματική δυνατότητα εκπλήρωσης σαφούς όρου της διακήρυξης...».

19. Επειδή, στο άρθρο 2 . 2. 9. 2. Β4 της διακήρυξης ορίζεται ότι: « Β. 4 . Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2 .6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν : ... 2. Τεχνική Έκθεση στην οποία θα αναγράφεται η άδεια λειτουργίας, η έδρα και τυχόν υποκαταστήματα του οικονομικού φορέα, καθώς και το όχημα με το οποίο θα γίνεται η μεταφορά των προϊόντων (το όχημα μόνο στις περιπτώσεις για τις οποίες η παράδοση των προϊόντων θα γίνεται στα καταστήματα του Δήμου και των Παιδικών Σταθμών) ».

20. Επειδή, η παρεμβαίνουσα στην τεχνική της προσφορά κατέθεσε μεταξύ άλλων: α) Την υπ' αριθμό ... Άδεια Ίδρυσης και λειτουργίας καταστήματος (ψηφιακό αρχείο 10) «Επιχείρηση λιανικού και χονδρικού εμπορίου-Επιχείρηση λιανικής και χονδρικής διάθεσης τροφίμων (Παντοπωλείο-Οπωρολαχανοπωλείο), β) Το ψηφιακό αρχείο 16 τιτλοφορούμενο ως «Περιγραφή τεχνικού εξοπλισμού και μέσων ποιοτικού ελέγχου s», στο οποίο μεταξύ άλλων αναγράφεται πως: «...Στις εγκαταστάσεις της εταιρείας μας που βρίσκονται στ.. ... λειτουργούν τα κεντρικά γραφεία της επιχείρησης..» και γ) το ψηφιακό αρχείο 14 με τίτλο «Οχήματα με βεβαίωση κτηνιατρικής», όπου αναγράφονται τα υπ' αριθμό ..., ... και ... φορτηγά με ψυκτικό μηχάνημα, καθώς και του υπ' αριθμό ... κοινού μη ανατρεπόμενου φορτηγού, με τα οποία θα γίνεται η μεταφορά των προς προμήθεια ειδών.

21. Επειδή, περαιτέρω η αναθέτουσα αρχή με τις νομίμως κατατεθειμένες απόψεις της αναφέρει πως: «... Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι παρότι στην Τεχνική Έκθεση που προσκόμισε ο ... με τίτλο «Περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού της επιχείρησης και των μέσων ποιοτικού ελέγχου των προϊόντων που διακινεί» δεν αναγράφεται η άδεια λειτουργίας της επιχείρησής του, αναφέρεται ότι οι εγκαταστάσεις της εταιρείας, καθώς και τα κεντρικά γραφεία και οι χώροι αποθήκευσης βρίσκονται στα ..., αναφορά η οποία σε συνδυασμό με την υπ' αρ. ... άδεια ίδρυσης και λειτουργίας που μας

προσκόμισε, καθιστά την Αναθέτουσα Αρχή γνώστη του είδους της επιχείρησης του οικονομικού φορέα, αλλά και του αριθμού της σχετικής Άδειας Λειτουργίας της. Σημειώνεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας προσκόμισε επιπλέον στοιχεία που περιγράφουν τις επαγγελματικές του δραστηριότητες, όπως βεβαίωση έναρξης εργασιών και βεβαιώσεις μεταβολής εργασιών της Δ.Ο.Υ. Ι..., Προσωποποιημένη Πληροφόρηση από τη σελίδα του Taxisnet, στοιχεία μητρώου– επιχείρησης της ΑΑΔΕ κλπ...».

22. Επειδή, ο παρεμβαίνων με την παρέμβαση του ισχυρίζεται πως από την επισκόπηση του φακέλου της τεχνικής του προσφοράς προκύπτει σαφώς η αναγραφή της άδειας λειτουργίας της ατομικής του επιχείρησης παρά τα αντιθέτως επικαλούμενα εκ μέρους της προσφεύγουσας. Ενόψει λοιπόν των εκτεθέντων στις σκέψεις 19 έως και 21 πρέπει να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και αντιθέτως να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ως αβάσιμοι.

23. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα και με την Κατευθυντήρια Οδηγία 2 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ) με Θέμα: «Σύνταξη διακηρύξεων και τευχών διαγωνισμού προς αποφυγή συνήθων πλημμελειών των όρων αυτών», η αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται να θέτει ως λόγους αποκλεισμού ή προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό όρους, οι οποίοι αντίκεινται στις αρχές της απαγόρευσης διακρίσεων και της αναλογικότητας και δεν δικαιολογούνται από την εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος. Ειδικότερα, δέον όπως αποφεύγεται στη διακήρυξη η αναγραφή λόγων αποκλεισμού/ όρων συμμετοχής/ κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, οι οποίοι συνεπάγονται γεωγραφικούς περιορισμούς, καθώς δημιουργούν δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος των συμμετεχόντων, ανάλογα με τον τόπο εγκατάστασής τους, οι οποίες αντίκεινται στις θεμελιώδεις αρχές της ενωσιακής νομοθεσίας περί ισότιμης μεταχείρισης και αποφυγής διακρίσεων των οικονομικών φορέων. Εφόσον οι αναθέτουσες αρχές το κρίνουν απαραίτητο και δικαιολογημένο, βάσει του ειδικότερου αντικείμενου της υπό ανάθεση σύμβασης και των λοιπών συνθηκών (π.χ. αδυναμία αποθήκευσης των προς προμήθεια ειδών από την αναθέτουσα αρχή), έχουν ευχέρεια να

περιλάβουν στη διακήρυξη αντίστοιχους όρους, αποκλειστικά ως όρους εκτέλεσης της σύμβασης, σε καμία περίπτωση, ωστόσο, δεν επιτρέπεται να εξαρτήσουν τη συμμετοχή υποψηφίων και άρα τον αποκλεισμό τους από ανάλογο γεωγραφικό περιορισμό (απόφαση 768/2018 ΑΕΠΠ).

24. Επειδή, η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της επικαλείται πως: «...δέον όπως αποφεύγεται στη διακήρυξη η αναγραφή λόγων αποκλεισμού/όρων συμμετοχής/κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, οι οποίοι συνεπάγονται γεωγραφικούς περιορισμούς...οι αναθέτουσες αρχές...έχουν ευχέρεια να περιλάβουν στη διακήρυξη αντίστοιχους όρους, αποκλειστικά ως όρους εκτέλεσης της σύμβασης, σε καμία περίπτωση, ωστόσο, δεν επιτρέπεται να εξαρτήσουν τη συμμετοχή υποψηφίων και άρα τον αποκλεισμό τους από ανάλογο γεωγραφικό περιορισμό...οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί μη δυνατότητάς μου για έγκαιρη παράδοση του γάλακτος στηρίζονται σε εσφαλμένες παραδοχές και αυθαίρετα συμπεράσματα όσον αφορά την εκτέλεση της σύμβασης και ως εκ τούτου είναι απορριπτέες...Το δε αξιοπερίεργο στην περίπτωση αυτή είναι ότι τόσο εγώ όσο και η προσφεύγουσα έχουμε δηλώσει ως εταιρεία παραγωγής την εταιρεία ... της οποίας το εργοστάσιο παραγωγής βρίσκεται στα ..., έτσι προκειμένου να μεταφερθεί το προϊόν στην ...ο μόνος τρόπος είναι ακτοπλοϊκά...».

25. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις νομίμως κατατεθειμένες απόψεις της, επικαλείται μεταξύ άλλων πως: «...Η αναθέτουσα Αρχή, αρχικά έλαβε υπόψη της Κ.Ο. 2/2014 & 11/2015 της ΕΑΑΔΗΣΥ...στις οποίες μεταξύ άλλων αναφέρεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα πρέπει να αποφεύγει στη διακήρυξη λόγων αποκλεισμού/όρων συμμετοχής/κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων οι οποίοι συνεπάγονται γεωγραφικούς περιορισμούς...Για το λόγο αυτό, ο Δήμος στη σχετική διακήρυξη για την «Προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του δήμου ...» δεν έθεσε κανένα γεωγραφικό περιορισμό ως προς την έδρα της επιχείρησης των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό και η συμμετοχή στο διαγωνισμό επιχείρησης με έδρα τα ... θεωρείται νόμιμη. Πέραν τούτου, θεωρητικά είναι εφικτή η μεταφορά των προς προμήθεια ειδών (φρέσκο γάλα) από τα ... στον ...την επόμενη εργάσιμη ημέρα

από την παραγγελία του, καθότι σύμφωνα και με το πρόγραμμα υπολογισμού χιλιομετρικών αποστάσεων του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών η απόσταση που πρέπει να διανυθεί έχει ως εξής: □ Χιλιομετρική απόσταση ...: 424,10 χιλιόμετρα □ Δρομολόγιο πλοίου ...: (βραδυνό δρομολόγιο περίπου 9 ωρών) □ Χιλιομετρική απόσταση ...: 42,20 χιλιόμετρα»..

26. Επειδή, στην οικεία διακήρυξη δεν υπήρχε κανένας γεωγραφικός περιορισμός ως προς την έδρα της επιχείρησης των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό και ως εκ τούτου η συμμετοχή στο διαγωνισμό της παρεμβαίνουσας, η οποία εδρεύει στα ..., θεωρείται νόμιμη. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί που προβάλλει η προσφεύγουσα περί δρομολογίων των πλοίων και περί του ανέφικτου εμπρόθεσμης παράδοσης τυγχάνουν απορριπτέοι ως αυθαίρετοι. Περαιτέρω οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δια του υπομνήματός της ότι δεν υπάρχουν καθημερινά δρομολόγια πλοίων προς τα ..., τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι διότι αφορούν μόνο συγκεκριμένη εταιρεία, ενώ από έρευνα στο διαδίκτυο, δηλαδή από πληροφορίες ελεύθερες και προσβάσιμες πληροφορίες από οιονδήποτε άνευ άλλου τινός, προκύπτει ότι υπάρχουν δρομολόγια καθημερινά προς ..., καθώς δρομολόγια εκτελούνται καθημερινά από άλλες εταιρείες. Επομένως, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας είναι βάσιμοι και αντιθέτως οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι. Ενόψει λοιπόν των ανωτέρω, ιδίως στις σκέψεις 24 και 26, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

27. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και αντιθέτως η κρινόμενη παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης: 153/2022

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 02 Φεβρουαρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΒΥΡΡΑ ΜΑΡΙΑ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ