

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής Ευαγγελία Μιχολίτση, και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 2011/29-12-2020 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ...(εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. Φ.600.163/ 131/97808/Σ. 6724/21-12-2020 απόφαση του κ. Διοικητή της ..., της εγκριθείσας μ' αυτήν εισηγητικής έκθεσης και των οικείων πρακτικών της Επιτροπής διενέργειας του αναφερόμενου διαγωνισμού με διαδικασία διαπραγμάτευσης, καθώς και κάθε άλλης συναφής πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρίας «...» και κατακυρώθηκε υπέρ αυτής το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, με σκοπό να αποκλειστεί ο εν λόγω οικονομικός φορέας και να αναδειχθεί αυτή ανάδοχος.

Με την εν θέματι παρέμβαση, επιδιώκεται η διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης πράξης και η απόρριψη της εξεταζόμενης προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Μιχαήλ Οικονόμου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο με κωδικό ... αυτόματης δέσμευσης, ποσού 936,00 ευρώ, το οποίο αντιστοιχεί σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) επί της

προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της οικείας σύμβασης, με αποδεικτικό πληρωμής του ποσού του παραβόλου με χρήση ηλεκτρονικής τραπεζικής (e-banking), μέσω της «...», με κωδικό συναλλαγής ... μαζί με επικυρωμένο αντίγραφο εκτυπώσεως από τη Γενική Γραμματεία Πληροφοριακών Συστημάτων από τα οποία προκύπτει ότι τα παράβολα φέρουν την ένδειξη «δεσμευμένο».

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ... (Φ.600/163/126/96351/Σ.6483/7-12-2020) πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος η αναθέτουσα Αρχή) προκήρυξε τη διενέργεια διαγωνισμού με διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού (κατά το άρθρο 32 περ. γ' του Ν.4412/16, σε συνδυασμό με το άρθρο 96 του Ν. 4368/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 57 του Ν. 4686/2020) και κριτήριο ανάθεσης, την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), για την παροχή υπηρεσιών παρασκευής και διανομής γευμάτων (catering), με σκοπό την κάλυψη αναγκών του Κέντρου «Ανοιχτής Δομής Φιλοξενίας» προσφύγων - μεταναστών, στο πρώην Στρατόπεδο «...», ... (... ...), για δύναμη σιτιζομένων έως 400 άτομα ημερησίως και για χρονικό διάστημα 90 ημερών (με προβλεπόμενη ημερομηνία έναρξης την 21-12-2020), εκτιμώμενης αξίας 187.008,50 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. ή άλλως 211.320,00 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13%. Στην ανωτέρω διαγωνιστική διαδικασία, η οποία διενεργήθηκε την 18-12-2020, χωρίς να γίνει χρήση της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ήτοι με τη υποβολή έντυπων προσφορών, έλαβε μέρος η προσφεύγουσα, έχοντας υποβάλει παραδεκτή προσφορά. Στη διαδικασία διαπραγμάτευσης έλαβαν επίσης μέρος η παρεμβαίνουσα εταιρία «...» και η Ένωση Οικονομικών Φορέων «...». Μετά την αποσφράγιση, έλεγχο και αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων, η οποία έλαβε χώρα σε δημόσια συνεδρίαση της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού κατά την ανωτέρω ημερομηνία, η Επιτροπή έκανε αποδεκτές τις προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας εταιρίας «...», ενώ έκρινε απορριπτέα την προσφορά της

ένωσης «...», η οποία δεν συμμετέσχε στο στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης των προσφορών. Ακολούθως, μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, από την οποία προέκυψε ότι η παρεμβαίνουσα εταιρία «...» έχει προσφέρει τιμή (χωρίς Φ.Π.Α.) 2,74 ευρώ ημερησίως ανά σπιζόμενο, έναντι τιμής 4,70 ευρώ που προσέφερε η προσφεύγουσα, η Επιτροπή προέβη στην αποσφράγιση και έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας, εισηγούμενη για την ανάδειξη της ως αναδόχου. Την 21-12-2020 κοινοποιήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail) της αναθέτουσας Αρχής η υπ' αριθ. Φ.600.163/131/97808/Σ.6724/21-12-2020 απόφαση του κ. Διοικητή της ..., με την οποία, κατ' αποδοχή της από 21-12-2020 εισηγητικής έκθεσης της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και των συνυποβληθέντων μ' αυτήν τεσσάρων πρακτικών της Επιτροπής, όλων υπό ημερομηνία 18-12-2020 (αποσφράγισης, ελέγχου και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, ελέγχου και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών, αποσφράγισης οικονομικών προσφορών και αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης), εγκρίθηκε το αποτέλεσμα της διαδικασίας ανάθεσης και αποφασίστηκε η κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού υπέρ της παρεμβαίνουσας εταιρίας «...», με συνολική (κατ' ανώτατο όριο) τιμή προσφοράς 98.640,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. (=2,74€ x 90 ημέρες x 400 άτομα) ή, άλλως, 111.463,20 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

3.Επειδή, η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 29/12/2020 μέσω αποστολής με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή. Συνεπώς, η οικεία προσφυγή είναι εμπρόθεσμη δεδομένου, ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε προς όλους τους συμμετέχοντες στις 21/12/2020. Η αναθέτουσα αρχή με το από 31/12/2020 έγγραφο της, το οποίο απεστάλη με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ και κοινοποιήθηκε τοιουτοτρόπως στους συμμετέχοντες αυθημερόν, προχώρησε οίκοθεν στην αναστολή της εξέλιξης διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι, την έκδοση απόφασης επί της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής.

4.Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ. 39/2017, κοινοποίησε, στις 31/12/2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην παρεμβαίνουσα, η οποία θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής. Επ' αυτής ασκήθηκε νομίμως και εμπροθέσμως στις 11/01/2021 η οικεία παρέμβαση δοθέντος του ότι η καταληκτική μέρα εμπρόθεσμης υποβολής που ήταν η 10/1/2021 ήταν μέρα εξαιρετέα (ΚΥΡΙΑΚΗ),διά αποστολής με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ.

6.Επειδή, με το από 8/1/2020 έγγραφο της που απεστάλη με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν στην ΑΕΠΠ η αναθέτουσα αρχή διατύπωσε τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα αυθημερόν με τον ως άνω ηλεκτρονικό τρόπο.Επ' αυτών, κατατέθηκε το από 16/1/2021 υπόμνημα της προσφεύγουσας με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ.

7.Επειδή, η προσφεύγουσα ως προσφέρουσα και συμμετέχουσα στη διαγωνιστική διαδικασία, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, καταρχήν ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς παρεμβαίνουσας επί τω τέλει ανάληψης της οικείας σύμβασης. Η αυτή σκέψη προσήκει απαραίλαχτη και για την παρέμβαση της παρεμβαίνουσας εφόσον θεμελιώνει έννομο συμφέρον διατήρησης της προσβαλλόμενης πράξης και αντίκρουσης των ισχυρισμών της προσφεύγουσας στο μέτρο που βάλλουν κατά της προσφοράς της.

8. Επειδή, στο άρθρο 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε με την παρ. 1 του άρθρου 267 του Ν. 4738/2020 (Α' 207), προβλέπονται τα ακόλουθα: «2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) γνωρίζει ότι ο εν λόγω οικονομικός

φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία, β) μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης,.... 2Α. Αν ο οικονομικός φορέας της παρ. 2 είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις του που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση.». Επίσης, στο άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (Α' 52), ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής: «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 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 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 75 έως 78. 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. ... 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 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.». Επιπλέον, με το άρθρο 104 του ίδιου ως άνω νόμου προβλέφθηκε, μεταξύ άλλων, 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». Από τις αναφερόμενες πιο πάνω διατάξεις συνάγεται ότι, σε αντίθεση προς ό,τι ίσχυε με βάση την προϊσχύσασα ρύθμιση του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016, μετά την τροποποίηση της

διαδικασίας υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019, μετατίθεται πλέον στη σφαίρα ευθύνης του προσωρινού αναδόχου και ανάγεται στο δικό του αποκλειστικά καθήκον επιμελείας η συγκέντρωση των απαιτούμενων αποδεικτικών στοιχείων για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78 του Ν. 4412/2016. Εξάλλου, όπως ορίζεται συναφώς στο άρθρο 73 παρ. 6 του ανωτέρω νόμου, «6. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων 1 και 2...», ενώ σύμφωνα με το άρθρο 79 παρ. 5 αυτού, «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». Κατ' αντιστοιχία προς τις ανωτέρω διατάξεις, στην υπ' αριθ. ... πρόσκληση (διακήρυξη) της προκείμενης διαδικασίας διαπραγμάτευσης ορίστηκαν, μεταξύ άλλων, τα εξής: «...2.2.3. Λόγοι αποκλεισμού. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό) οικονομικός φορέας, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (εάν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων) ένας ή περισσότεροι από τους ακόλουθους λόγους:... Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας: Στις ακόλουθες περιπτώσεις: 1. Όταν ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και 2.2.3.3.2. Όταν η Μεραρχία μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών

κοινωνικής ασφάλισης. Αν ο οικονομικός φορέας είναι Έλληνας πολίτης ή έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα, οι υποχρεώσεις του που αφορούν τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης καλύπτουν τόσο την κύρια όσο και την επικουρική ασφάλιση... 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα I. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ' του Ν. 4412/2016. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παρ. 2.2.8 της παρούσας, οι φορείς στη ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.5-2.2.6)... 2.2.9.2.8 Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: ... 2.2.9.2.8.2. Για τις παραγράφους 2.2.3.3 και 2.2.3.4.2: I. Πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Ειδικά για τις περιπτώσεις των παραγράφων 2.2.3.3.1 και 2.2.3.3.2 πέραν του ως άνω πιστοποιητικού υποβάλλεται: I. Υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986, του οικονομικού φορέα αναφορικά με τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης (στην περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα αφορά Οργανισμούς κύριας και επικουρικής ασφάλισης) στους οποίους οφείλει να καταβάλει εισφορές. Υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης... ...Οι



αρμόδιες δημόσιες αρχές παρέχουν, όπου κρίνεται αναγκαίο, επίσημη δήλωση στην οποία αναφέρεται ότι δεν εκδίδονται τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά της παρούσας παραγράφου ή ότι τα έγγραφα αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2, 2.2.3.3.1, 2.2.3.3.2 και 2.2.3.4.2. Οι επίσημες δηλώσεις καθίστανται διαθέσιμες μέσω του επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis) του άρθρου 81 του ν. 4412/2016... Περιεχόμενα φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» ... 2.4.5. Περιλαμβάνει να πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2 της παρούσας πρόσκλησης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της πρόσκλησης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4-2.2.8 αυτής, πλην των αποδεικτικών εγγράφων νομιμοποίησης της παρ. 2.2.9.2.14, τα οποία για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης υποβάλλονται με τα δικαιολογητικά συμμετοχής... 3.2. Έλεγχος Δικαιολογητικών Προσωρινού Αναδόχου - Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η Επιτροπή Διαγωνισμού στη συνέχεια του ίδιου σταδίου προβαίνει στην αξιολόγηση των «Δικαιολογητικών Κατακύρωσης» μόνο του προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και ελέγχει τα υποβαλλόμενα δικαιολογητικά, που περιγράφονται στην παράγραφο 2.4.5 της παρούσας πρόσκλησης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της πρόσκλησης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής. Με την επιφύλαξη του άρθρου 104 του Ν.4412/2016, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρούμενης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν 1. Κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ είναι

ψευδή ή ανακριβή. Δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών. Από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 - 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας.... 3.2.4. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών(«δικαιολογητικών κατακύρωσης») ολοκληρώνεται με τη σύνταξη (τέταρτου) τελικού πρακτικού από την Επιτροπή του Διαγωνισμού, στο οποίο αναγράφεται η τυχόν συμπλήρωση δικαιολογητικών κατά τα οριζόμενα ανωτέρω και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της ... για τη λήψη απόφασης...» Περαιτέρω, σύμφωνα με την διάταξη της παρ. 2.2.9.2.8.2 της διακήρυξης, για την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της παρ. 2.2.3.3, ήτοι της αθέτησης των υποχρεώσεων του προσφέροντος όσον αφορά την καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, ορίζεται ότι «υποβάλλεται για τις περιπτώσεις των παραγράφων 2.2.3.3.1 και 2.2.3.3.2 πέραν του πιστοποιητικού που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, που να είναι εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής του, άλλως, στην περίπτωση που δεν αναφέρεται σε αυτό χρόνος ισχύος, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του., υποβάλλεται: 2.2.9.2.8.2.2.1. Υπεύθυνη Δήλωση, του Ν.1599/1986, του οικονομικού φορέα αναφορικά με τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης (στην περίπτωση που ο προσωρινός ανάδοχος έχει την εγκατάστασή του στην Ελλάδα αφορά Οργανισμούς κύριας και επικουρικής ασφάλισης) στου οποίου οφείλει να καταβάλει εισφορές. 2.2.9.2.8.2.2.2.Υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης». Συναφώς στην διακήρυξη ορίζεται ότι «2.2.6. Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα. 2.2.6.1. ...2.2.6.2. Δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών για την εκτέλεση της σύμβασης, όπως

παρακάτω: 2.2.6.2. 1. Εγκατάσταση της επιχείρησης παρασκευής των γευμάτων, όπως παρακάτω: 2.2.6.2.11. Αρχικής κύριας μονάδας. 2.2.6.2. 1.2. Εφεδρικής» και επιπρόσθετα στην παράγραφο 2.1 της Προσθήκης 1 του Παραρτήματος «B»: «2.1. Ο ανάδοχος πέραν της κύριας μονάδας παραγωγής (παρ. 2.2.6.2.1.1) πρέπει να δηλώσει και εφεδρική μονάδα εγκατάστασης (παρ. 2.2.6.2.1.2) η οποία θα ενεργοποιηθεί σε περίπτωση αδυναμίας παραγωγής της αρχικής κύριας μονάδας, η οποία πρέπει να ικανοποιεί τις ίδιες προϋποθέσεις με την αρχική. Σε περίπτωση που η εφεδρική μονάδα χρησιμοποιηθεί από την αρχή υλοποίησης της σύμβασης ως κύρια, τότε ο ανάδοχος οφείλει να δηλώσει εντός 3 ημερών από έναρξης της σύμβασης, νέα εφεδρική μονάδα, η οποία πρέπει να ικανοποιεί τις ίδιες προϋποθέσεις με την αρχική».

9.Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας (βλ. ΣτΕ Ολ. 4022/2012, 1411/2003, 1532, 2018, 2327/1965), οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν. Συναφώς έχει κριθεί ότι αν το διοικητικό όργανο διαθέτει διακριτική ευχέρεια, κατά την έκδοση της διοικητικής πράξης το ακυρωτικό όργανο που επιλαμβάνεται επ' αυτών μπορεί μόνο να την ακυρώσει («το επιλαμβανόμενο της προσφυγής διοικητικό δικαστήριο δεν έχει εξουσία να προβεί σε κατ' ιδίαν εκτίμηση, ενέχουσα κατά περιεχόμενο άσκηση ανηκούσης στην Διοίκηση διακριτικής εξουσίας, σε διατύπωση δικής του περί της μεταβολής της έδρας κρίσεως, καθ' υποκατάσταση της Διοικήσεως, αλλά οφείλει, όπως επιβάλλει το άρθρο 79 παρ.3 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, σε συμφωνία προς την αρχή της διακρίσεως των εξουσιών, να ακυρώσει την πράξη και να την αναπέμψει στην Διοίκηση για σύννομη άσκηση της διακριτικής της εξουσίας» ΣτΕ 1879/2008 σκ. 5). Συναφώς σύμφωνα με την πάγια θέση της θεωρίας, όπως επιρρωνύεται από τα πορίσματα της νομολογίας (ΣτΕ 1222/1979), σε περίπτωση διακριτικής ευχέρειας ο ακυρωτικός έλεγχος περιορίζεται στην εξέταση των νομικών συλλογισμών και στην τήρηση των νομικών ορίων.

Σύμφωνα δε με τη θεωρία, η πλήρης απουσία αιτιολογίας στο σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης, παραβιάζει ευθέως την υποχρέωση της διοίκησης να περιλαμβάνει αιτιολογία στις ατομικές διοικητικές πράξεις που εκδίδει, σύμφωνα με το άρθρο 10 παρ. 1 του Συντ. που ορίζει ότι: *«Καθένας ή πολλοί μαζί έχουν το δικαίωμα, τηρώντας τους νόμους του Κράτους, να αναφέρονται εγγράφως στις αρχές, οι οποίες είναι υποχρεωμένες να ενεργούν σύντομα κατά τις κείμενες διατάξεις και να απαντούν αιτιολογημένα σε εκείνον που υπέβαλε την αναφορά, σύμφωνα με τον νόμο»*, αλλά και του άρθρου 17 παρ. 1 και 2 του ΚΔΔιαδ. που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του Ν. 2690/1999, το οποίο προβλέπει ότι: *«1. Η ατομική διοικητική πράξη πρέπει να περιέχει αιτιολογία, η οποία να περιλαμβάνει τη διαπίστωση της συνδρομής των κατά νόμο προϋποθέσεων για την έκδοσή της. 2. Η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική, επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, εκτός αν προβλέπεται ρητώς στο νόμο ότι πρέπει να περιέχεται στο σώμα της πράξης. 3. [...]»*.

10. Επειδή, άλλωστε, έχει κριθεί ότι αιτιολογία μιας πράξης, ως έκφραση της αρχής της νομιμότητας της πράξης (ΣτΕ 171/2002), αποτελεί η έκθεση των πραγματικών και νομικών λόγων που οδήγησαν το αρμόδιο όργανο στην απόφασή του, καθώς και η παράθεση των κριτηρίων βάσει των οποίων άσκησε τη διακριτική του ευχέρεια. Η αιτιολογία αυτή σύμφωνα με την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να είναι νόμιμη, δηλαδή επαρκώς εξειδικευμένη και πλήρης κατά τρόπο ώστε, αφενός να μην καταλείπονται κενά ή αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης του αρμοδίου διοικητικού οργάνου και αφετέρου να δημιουργεί δυνατότητα ελέγχου τόσο από το διοικούμενο όσο και τον ακυρωτικό δικαστή (την Α.Ε.Π.Π. εν προκειμένω) κατά πόσο η σχετική αιτιολογία είναι σύμφωνη ή βρίσκεται σε αρμονία με τους κανόνες δικαίου που καθορίζουν το πλαίσιο της νομιμότητας. Η απαιτούμενη ειδική αιτιολογία δε μπορεί να αναπληρωθεί από την παρεχόμενη βαθμολογία γιατί η ελλείπουσα λεκτική διατύπωση της κρίσης της Επιτροπής είναι αναγκαία, τόσο για την υποβολή αντιρρήσεων από τον διαγωνιζόμενο, όσο και για τον έλεγχο του αιτιολογημένου της κρίσης από

τον ακυρωτικό δικαστή, εν προκειμένω την Α.Ε.Π.Π. (ΕΑ ΣτΕ 1080/2006, 305/2006, ΣτΕ 1292/2005 κ.α.).

11. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού, η οποία εκδίδεται κατ' εφαρμογή διατάξεων δημοσίου δικαίου και τείνει στην κατάρτιση διοικητικής σύμβασης, έχει κανονιστικό χαρακτήρα, αφού ο θεσπιζόμενος κανόνας δικαίου απευθύνεται σε αόριστο αριθμό προσώπων, εφόσον αυτά συγκεντρώνουν τις νόμιμες προϋποθέσεις. Ως εκ τούτου, η διακήρυξη, από την οποία διέπεται ο διαγωνισμός, δεσμεύει τόσο την Αναθέτουσα Αρχή όσο και τους διαγωνιζομένους (ΣτΕ 2772/1986). Επιπροσθέτως, η διακήρυξη του διαγωνισμού, η οποία συνιστά στο σύνολό της κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής, καθώς και συνακόλουθα και οι όροι αυτής που έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, αφού περιλαμβάνουν γενικούς και αφηρημένους κανόνες, ελέγχονται ως προς την πιστή τήρησή τους από τα δικαστήρια (ΣτΕ 2992/1983, 4607/1986, 1127 και 4052/1990, 3306/1991, 1616 και 1619/2008). Εξ' αυτής της παραδοχής συνάγεται ότι η διακήρυξη δεσμεύει απολύτως την αναθέτουσα αρχή και τα όργανα που διεξάγουν το διαγωνισμό παράλληλα όμως, η δεσμευτική ισχύς των όρων της διακήρυξης εκτείνεται και στους διαγωνιζόμενους. Επιπλέον, η αρχή της προσήλωσης των διαγωνιζομένων στους όρους της διακήρυξης κατοχυρώνεται με ιδιαίτερη αυστηρότητα στο ενωσιακό δίκαιο, όπου γίνεται δεκτό ότι κάθε απόκλιση από τις υποχρεωτικές προβλέψεις της διακήρυξης συνιστά παράβαση του ενωσιακού δικαίου και κυρίως της αρχής της ισότητας μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η οποία αποτελεί και τη βάση των ενωσιακών κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις και συνδέεται άμεσα με την αρχή της διαφάνειας, οι οποίες αρχές αμφότερες αποσκοπούν στη διασφάλιση ότι όλοι οι υποψήφιοι έχουν σε όλα τα στάδια της διαδικασίας του διαγωνισμού ίσες ευκαιρίες όταν υποβάλουν τις προσφορές τους (ΔΕΚ C-243/89 "Storebaelt", Επιτροπή κατά Δανίας, Συλλογή 1993, I σελ. 3353, ΔΕΚ C-87/94, "Wallon Buses", Επιτροπή κατά Βελγίου, ΔΕΚ C-19/2000, Construction versus County Council of the County of Mayo (2001), Συλλογή I-7725, υπόθεση T-203/96, Embassy Limousine and Services

versus Parliament (1998), Συλλογή II-4239, ΔΕΚ C-470/99, Universale Bauversus EBS (2002), Συλλογή I-11617, ΔΕΚ C-16/98 Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή I- 8315, σκ. 103-109 όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων εφαρμόζεται σε όλες τις φάσεις της διαγωνιστικής διαδικασίας και όχι μόνο κατά το χρονικό σημείο υποβολής των προσφορών).

12.Επειδή, εξάλλου, με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 παρέχεται στους υποψήφιους αναδόχους η δυνατότητα να επικαλούνται, για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που καθορίζονται από τις αναθέτουσες αρχές και, κατ' επέκταση, για τη συμμετοχή τους σε δημόσιους διαγωνισμούς, τις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων και, μάλιστα, ανεξαρτήτως της φύσης των δεσμών που τους συνδέουν με αυτούς. Για τη διασφάλιση, ωστόσο, της πραγματικής δυνατότητας και της ουσιαστικής δεσμεύσεως του τρίτου ότι θα παράσχει πράγματι στον υποψήφιο ανάδοχο τις δάνειες ικανότητες, στις οποίες στηρίζεται για τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ο τελευταίος θα πρέπει να αποδεικνύει έναντι της αναθέτουσας αρχής, με την προσκόμιση κατάλληλων προς τούτο δικαιολογητικών και εγγράφων, όπως επί παραδείγματι σχετικών δηλώσεων δέσμευσης ή συμβάσεων συνεργασίας, ότι θα έχει στη διάθεσή του τα μέσα που ανήκουν στον τρίτο και τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως σε «κατάλληλο επίπεδο ποιότητας» (πρβλ. ΔΕΕ, απόφαση της 14.9.2017, Casertana Costruzioni Srl, C-223/16, απόφαση της 2.6.2016, PippoPizzo, C-27/15, απόφαση της 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, απόφαση της 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, απόφαση της 18.3.2004, υπόθεση C-314/01, Siemens AG Österreich κατά Bietergemeinschaft EDS/ORGA, απόφαση της 2.12.1999, HolstItalia κατά Comune di Cagliari, C-176/98, απόφαση της 14.4.1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep I και απόφαση της 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep II κ.ά.). Με τις ίδιες διατάξεις, επιβάλλεται στους διαγωνιζόμενους η υποχρέωση να υποβάλουν, με τον φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής

τους, αυτοτελές έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ. και για τους τρίτους, προκειμένου, κατ' αυτόν τον τρόπο, να δηλώνεται υπεύθυνα, και για αυτούς, ότι πληρούν τις καθοριζόμενες από τη διακήρυξη προϋποθέσεις συμμετοχής και ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο αυτών ή των νομίμων εκπροσώπων τους λόγοι που θα επέβαλαν ή θα δικαιολογούσαν, κατά περίπτωση, τον αποκλεισμό τους από τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία. Στην αναθέτουσα, εξάλλου, αρχή εναπόκειται να ελέγξει, όπως απαιτείται από το άρθρο 308 παρ. 2 του ν. 4412/2016 (βλ. και άρθρο 80 παρ. 2 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ), τη συνδρομή των, κατά τα ανωτέρω, κρίσιμων προϋποθέσεων συμμετοχής, κατόπιν επαλήθευσης, κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, των πληροφοριών που περιέχονται στο Ε.Ε.Ε.Σ. (βλ. άρθρα 73 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 57 παρ. 1 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), διαδικασία που διενεργείται υπό τους όρους που ισχύουν για τους ίδιους τους διαγωνιζόμενους και η οποία ενδέχεται να καταλήξει στην αντικατάσταση των μη πληρούντων τις προϋποθέσεις συμμετοχής τρίτων οικονομικών φορέων (βλ. σχετ. την επί του άρθρου 59 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ αιτιολογική σκέψη, στην οποία, μεταξύ άλλων, αναφέρεται ότι το Ε.Ε.Ε.Σ. περιλαμβάνει και τις «απαραίτητες πληροφορίες όσον αφορά τις οντότητες, στις ικανότητες των οποίων βασίζεται ο οικονομικός φορέας, ούτως ώστε η επαλήθευση των πληροφοριών αυτών να διενεργείται μαζί και με τους ίδιους όρους με την επαλήθευση που αφορά τον κύριο οικονομικό φορέα»). Ακέραιη, κατά τα λοιπά, παραμένει και για τον τρίτο, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο διαγωνιζόμενος, η υποχρέωση προσκομίσεως, κατά το στάδιο της ανακήρυξης του προσωρινού αναδόχου, όλων των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν την ακρίβεια των στοιχείων που έχουν δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ., μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται και τα δικαιολογητικά που βεβαιώνουν γεγονότα ή καταστάσεις (ποινικές καταδίκες, διάπραξη επαγγελματικών παραπτώματων, πτώχευση κ.α.) που συναρτώνται με λόγους αποκλεισμού, υποχρέωση που, άλλωστε, υφίστατο και κατά το προγενέστερο του ν. 4412/2016 καθεστώς, υπό τη μορφή της υποβολής δικαιολογητικών συμμετοχής για όλους τους οικονομικούς φορείς,

τις ικανότητες των οποίων επικαλούνταν οι διαγωνιζόμενοι (πρβλ. και ΣΤΕ 2827/2014, ΣΤΕ ΕΑ 415/2013, 410/2013, 405/2013, 284/2013, 374/2013 κ.ά.). Με την υποβολή, εξάλλου, του Ε.Ε.Ε.Σ. και την εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής επαλήθευση της ακρίβειας των περιεχόμενων στο έντυπο αυτό δηλώσεων τόσο κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά το στάδιο της ανακήρυξης του προσωρινού αναδόχου, όπως, επίσης, με την άσκηση της εξουσίας αντικατάστασης των τρίτων που δεν πληρούν τους όρους συμμετοχής στον διαγωνισμό, αφενός μεν εξασφαλίζονται επαρκώς τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής, αφετέρου δε αποτρέπεται ο κίνδυνος καταστρατήγησης της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, με την έμμεση συμμετοχή σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων οικονομικών φορέων, για τους οποίους συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού ή οι οποίοι δεν πληρούν τα ελάχιστα απαιτούμενα από την οικεία διακήρυξη κριτήρια καταλληλότητας (πρβλ. ΣΤΕ 2827/2014, ΣΤΕ ΕΑ 415/2013, 410/2013, 405/2013, 284/2013, 374/2013).

13.Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο προσφυγής της ισχυρίζεται τα εξής.«Στην προκειμένη περίπτωση, εξετάζοντας τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της εταιρίας «...», διαπιστώσαμε ότι αυτά εμφανίζουν σοβαρές αποκλίσεις από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, με συνέπεια να μην αιτιολογείται νομίμως η ανάδειξή της ως οριστικής αναδόχου και να συντρέχουν βάσιμοι λόγοι αποκλεισμού της από την διαγωνιστική διαδικασία και την μη υπογραφή σύμβασης μ' αυτήν, όπως αμέσως πιο κάτω εκθέτουμε. Ειδικότερα, ενόψει των οριζόμενων στην παρ. 2.2.9.2.8.2.2 της διακήρυξης, η εν λόγω εταιρία υπέβαλε την από 18-12-2020 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της στην οποία αναφέρονται επί λέξει τα εξής: «... Οι ασφαλιστικοί οργανισμοί προς τους οποίους η εταιρία υποχρεούται την καταβολή εισφορών είναι οι εξής: ΕΦΚΑ (ΤΕΩΣ ΟΑΕΕ)...». Επίσης, απολύτως ταυτόσημη υπεύθυνη δήλωση έχει συνταχθεί και από μέρους της νομίμου εκπροσώπου της εταιρίας «...», στις ικανότητες της οποίας έχει δηλώσει ότι στηρίζεται η εταιρία «...». Επιπροσθέτως, οι εν



λόγω εταιρίες, προς απόδειξη της εκπλήρωσης των υποχρεώσεών τους αναφορικά με την καταβολή των εκ μέρους τους οφειλόμενων ασφαλιστικών εισφορών, προσκόμισαν αντιστοίχως τα υπ' αριθ. πρωτ. ... και ... αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας του Ηλεκτρονικού Ενιαίου Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης (e-Ε.Φ.Κ.Α.), στα οποία περιέχεται η ταυτόσημη διατύπωση ότι η κάθε εταιρία «... δεν οφείλει ληξιπρόθεσμες ασφαλιστικές εισφορές για το προσωπικό του/της». Ωστόσο, οι εν λόγω εταιρίες, αν και δήλωσαν υπεύθυνα δια των νομίμων εκπροσώπων τους ότι βαρύνονται με την καταβολή ασφαλιστικών εισφορών που αφορούν (και) τον τέως Ο.Α.Ε.Ε., ως Τομέα πλέον του Ε-Ε.Φ.Κ.Α., δεν έχουν προσκομίσει σχετικά πιστοποιητικά από τα οποία να προκύπτει ότι, είτε δεν οφείλουν γενικώς ασφαλιστικές εισφορές στον Ε-Ε.Φ.Κ.Α., είτε πάντως, δεν οφείλουν εισφορές αφορώσες ειδικότερα τον τέως Ο.Α.Ε.Ε. Από το σύνολο των ανωτέρω καθίσταται πρόδηλο ότι αμφότεροι οι ανωτέρω οικονομικοί φορείς δεν έχουν προσκομίσει, με βάση όσα έχουν δηλώσει υπευθύνως οι ίδιοι, το σύνολο των δικαιολογητικών που απαιτούνται προκειμένου να αποδείξουν ότι είναι ασφαλιστικώς ενήμεροι. Εξάλλου, όπως προαναφέρθηκε, δεν παρέχεται σ' αυτούς η δυνατότητα να θεραπεύσουν ελλείψεις των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι οποίες δε θα έπρεπε να υπάρχουν, εάν είχαν επιδείξει το επιβαλλόμενο καθήκον επιμέλειας κατά τη συγκέντρωση και υποβολή των εν λόγω δικαιολογητικών. Εξάλλου, όπως ήδη αναφέρθηκε, με τη διακήρυξη της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας ορίζεται ότι «2.2.9.28.3....Οι αρμόδιες δημόσιες αρχές παρέχουν, όπου κρίνεται αναγκαίο, επίσημη δήλωση στην οποία αναφέρεται ότι δεν εκδίδονται τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά της παρούσας παραγράφου ή ότι τα έγγραφα αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1, 2.2.3.2, 2.2.3.3.1, 2.2.3.3.2 και 2.2.3.4.2.». Καθίσταται, συνεπώς, πρόδηλο ότι σε περίπτωση αδυναμίας έκδοσης οιοδήποτε ζητούμενου πιστοποιητικού σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9.2 της διακήρυξης, αυτό μπορεί να αναπληρωθεί από άλλα στοιχεία, υπό την προϋπόθεση όμως ότι προσκομίζεται επίσημο έγγραφο/δήλωση της αρμόδιας δημόσιας Αρχής, δια

του οποίου βεβαιώνεται η αδυναμία έκδοσης του ζητούμενου πιστοποιητικού. Συνεπώς, και ανεξαρτήτως του ότι, όπως προαναφέρθηκε, σύμφωνα με την παρ. 2.2.9.2.8.2 τα ζητούμενα μ' αυτήν έγγραφα ζητούνται σωρευτικά και όχι διαζευκτικά (και επομένως τυχόν ελλείπον η μη προσηκόντως υποβληθέν, δεν μπορεί να αναπληρωθεί από τα υπόλοιπα, ή και από άλλο έγγραφο της διακήρυξης) εφόσον δεν έχει προσκομιστεί βεβαίωση/δήλωση του Ε.Φ.Κ.Α. με την οποία να πιστοποιείται η αδυναμία έκδοσης αποδεικτικού ασφαλιστικής ενημερότητας ως προς ό,τι αφορά την καταβολή ασφαλιστικών εισφορών που αφορούν τον τέως Ο.Α.Ε.Ε., ως τομέα ήδη του -Ε.Φ.Κ.Α., δεν μπορούσε να γίνει επίκληση από μέρους των εν λόγω εταιριών άλλων στοιχείων, προκειμένου να αποδείξουν ότι δεν έχουν αθετήσει, κατά το μέρος αυτό, την εκπλήρωση των υποχρεώσεών τους που αφορούν την καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Ως εκ τούτου, ουδεμία επιρροή ασκεί το γεγονός ότι οι εν λόγω εταιρίες έχουν υποβάλει, ως αυτοτελώς ζητούμενο δικαιολογητικό, υπεύθυνη δήλωση ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών τους όσον αφορά στην καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, διότι δεν συντρέχουν οι κατά τα άνω τασσόμενες από το νόμο και τη διακήρυξη προϋποθέσεις για την αναπλήρωση, μέσω των συγκεκριμένων υπεύθυνων δηλώσεων, των μη υποβληθέντων αποδεικτικών ασφαλιστικής ενημερότητας αναφορικά με την εκπλήρωση των υποχρεώσεών τους προς τον τομέα ασφάλισης του τέως Ο.Α.Ε.Ε. Κατά το μέρος, συνεπώς, που οι εν λόγω οικονομικοί φορείς παρέλειψαν να προσκομίσουν το απαιτούμενο κατά τα άνω αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας, καθίσταται πρόδηλο ότι εσφαλμένως και κατά παράβαση των οικείων διατάξεων της διακήρυξης, αποφάνθηκε η αναθέτουσα Αρχή υπέρ της πληρότητας των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης που προσκόμισαν αυτοί, προβαίνοντας ακολούθως στην ανάδειξη της εταιρίας «...» ως προσωρινής αναδόχου, ενώ αντιθέτως ήταν υποχρεωμένη να προβεί στον αποκλεισμό της από την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Με το θεσμό της δάνειας εμπειρίας υφίσταται σαφής διάκριση ανάμεσα στον εργολήπτη *strictosensu*, ως τον

άμεσα συμβαλλόμενο, που εκτελεί το συμβατικό αντικείμενο (έργο) και στον εργολήπτη *latosensu* που εκτελεί έμμεσα το έργο, παρέχοντας στον εργολήπτη την υλικοτεχνική ή οικονομική και κατασκευαστική υποδομή. Ο δανειζόμενος την εμπειρία εξακολουθεί να είναι μόνος υπεύθυνος απέναντι στην αναθέτουσα αρχή, ενώ ο τρίτος, ο οποίος δανείζει τους πόρους και τα μέσα για την εκτέλεση της σύμβασης, αναμειγνύεται σ' αυτήν μόνο όταν και ο ίδιος πληροί τα κριτήρια επιλογής, τα οποία απαιτούνται και για τον ίδιο τον προσφέροντα, και εφόσον δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού (ΕλΣυν VI Τμ. απόφ. 844/2018). Εξάλλου, όπως επισημαίνεται σχετικά, εφόσον λαμβάνει χώρα εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου από τον τρίτο, ο οποίος δεν δανείζει απλώς την τεχνική του ικανότητα, αλλά καθίσταται μέρος της σύμβασης, τούτο συνιστά εννοιολογικό στοιχείο της υπεργολαβίας, ή της μερικής εκτέλεσης μιας σύμβασης με προκαθορισμένο επιμερισμό των τμημάτων της [Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, σύμφωνα με την υπ' αριθ. 10/2015 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ως υπεργολαβία ορίζεται η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, με την οποία ο εργολάβος (ανάδοχος) αναθέτει με αμοιβή την εκτέλεση συγκεκριμένων εργασιών σε τρίτον, ο οποίος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με τον εργοδότη (φορέα του έργου), έναντι του οποίου μόνος υπεύθυνος για τις εκτελούμενες από τον εργολάβο εργασίες παραμένει ο εργολάβος. Η υπεργολαβία διακρίνεται από τη δάνεια εμπειρία, κατά το ότι στην τελευταία ο διαγωνιζόμενος εξακολουθεί να εκτελεί ο ίδιος το ανατεθέν αντικείμενο της σύμβασης, δύναται, όμως, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, είτε όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, είτε όσον αφορά στη τεχνική ή επαγγελματική ικανότητα, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών του με τους φορείς αυτούς, αρκεί να αποδεικνύει ότι έχει στη διάθεσή του τα αλλότρια αυτά μέσα των φορέων, των οποίων η συμμετοχή είναι αναγκαία για την εκτέλεση της οικείας σύμβασης. 2.α. Από πλευράς κριτηρίων επιλογής, στην πρόσκληση (διακήρυξη) της διαδικασίας διαπραγμάτευσης προβλέπονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα:«2.2.6. Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα 2.2.6.1.... 2.2.6.2.

Δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών για την εκτέλεση της σύμβασης, όπως παρακάτω: 1. Εγκατάσταση της επιχείρησης παρασκευής των γευμάτων, όπως παρακάτω: 2.2.6.2.1.1. Αρχικής κύριας μονάδας. Εφεδρικής.». Επίσης, όπως σύμφωνα με τα οριζόμενα στις Τεχνικές Προδιαγραφές (προσθήκη 1 στο παράρτημα Β') της διακήρυξης, «2.1. Ο ανάδοχος πέραν της κύριας μονάδας παραγωγής (παρ. 2.2.6.2.1.1) πρέπει να δηλώσει και εφεδρική μονάδα εγκατάστασης (παρ. 2.2.6.2.1.2) η οποία θα ενεργοποιηθεί σε περίπτωση αδυναμίας παραγωγής της αρχικής κύριας μονάδας, η οποία πρέπει να ικανοποιεί τις ίδιες προϋποθέσεις με την αρχική. Σε περίπτωση που η εφεδρική μονάδα χρησιμοποιηθεί από την αρχή υλοποίησης της σύμβασης ως κύρια, τότε ο ανάδοχος οφείλει να δηλώσει εντός 3 ημερών από έναρξης της σύμβασης, νέα εφεδρική μονάδα, η οποία πρέπει να ικανοποιεί τις ίδιες προϋποθέσεις με την αρχική». β. Από τους αναφερόμενους πιο πάνω όρους συνάγεται ότι ο υποψήφιος ανάδοχος οφείλει να διαθέτει μια κύρια μονάδα παραγωγής των προσφερόμενων γευμάτων καθώς και μια εφεδρική, η οποία ενεργοποιείται σε περίπτωση αδυναμίας παραγωγής της αρχικής κύριας μονάδας, ενώ, σε περίπτωση που η εφεδρική μονάδα χρησιμοποιηθεί ως κύρια, ο ανάδοχος οφείλει να δηλώσει εντός 3 ημερών από την έναρξη της σύμβασης, νέα εφεδρική μονάδα. Συνεπώς, με βάση τους όρους της διακήρυξης, ο προσφέρων οφείλει να παρασκευάζει τα διατιθέμενα γεύματα σε μία και μόνο κύρια μονάδα παραγωγής μη δυνάμενος να παρασκευάζει ή να ετοιμάζει μέρος των γευμάτων αυτών σε διαφορετική μονάδα, με σκοπό την εν συνεχεία σύνθεση τους και διάθεσή τους στους σιτιζόμενους. 3.α. Εν προκειμένω, η εταιρία «...» έχει περιλάβει στο φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης την από 18-12-2020 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της, στην οποία δηλώνονται τα εξής: «...Ο τόπος εγκατάστασης της εταιρείας που θα χρησιμοποιήσουμε για την παραγωγή των γευμάτων βρίσκεται στο ..., η οποία δύναται να υποστεί εξ αρχής από την Υπηρεσία υγειονομικό έλεγχο. Ο τόπος εγκατάστασης της εφεδρικής μονάδας που είναι η μονάδα που διαθέτει

η εταιρεία ..., η οποία δύναται να υποστεί εξ αρχής από την Υπηρεσία υγειονομικό έλεγχο». Παράλληλα, η ίδια εταιρία έχει δηλώσει με το υποβληθέν ΕΕΕΣ ότι πρόκειται να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, ήτοι της εταιρίας «...» (εφεξής: εταιρία «...»), που διατηρεί εγκατάσταση ..., έχοντας υποβάλει προς τούτο το από 17-12-2020 ιδιωτικό συμφωνητικό, στο οποίο αναφέρονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα: «... Η ... υποχρεούται να διαθέσει προς τη διαγωνιζόμενη τα τεχνικά μέσα και πόρους της, τον εξοπλισμό της κουζίνας της και γενικότερα την υποδομή που υπάρχει στη νομίμως αδειοδοτημένη παραγωγική της μονάδα ... (ενδεικτικά: καταψύξεις, φούρνους, αποθηκευτικούς χώρους, σκευή κτλ) και κάθε άλλο τεχνικό μέσο που έχει αυτή στη διάθεση της καθώς και το απαιτούμενο ανθρώπινο δυναμικό προκειμένου να χρησιμοποιηθούν για την αποθήκευση, αναθέρμανση γευμάτων, διανομή, παρασκευή ή προπαρασκευή σαλατών, επιδορπίων κτλ. Η ... συμφωνείται ότι πρόκειται να διαθέσει ως υπεύθυνο παροχής υπηρεσίας τους: Κύριος υπεύθυνος παροχής υπηρεσίας θα είναι η ... .... και Αναπληρωματικό την κυρία ... ..., ο οποίος πρέπει αφενός να επιβλέπει την ορθή εξέλιξη της υλοποίησης της σύμβασης, αφετέρου να έρχεται σε επαφή με τα αρμόδια όργανα της Υπηρεσίας για οποιοδήποτε πρόβλημα προκύψει. Ο υπεύθυνος «Παροχής Υπηρεσίας» ή ο αναπληρωματικός θα πρέπει να είναι παρών στο χώρο παράθεσης συσσιτίου κατ' ελάχιστον σύμφωνα με το ωράριο που αναφέρεται στην παρ. 2.10 των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης ... . Η προμήθεια των πρώτων υλών και η επίβλεψη του συνόλου των εργασιών θα γίνεται από τη διαγωνιζόμενη δια του εξειδικευμένου προσωπικού της. Η ... δηλώνει ρητώς ότι η ως άνω μονάδα της πληροί το σύνολο των εκ της διακηρύξεως απαιτούμενων αδειών και πιστοποιήσεων και αποδέχεται να τις διατηρεί καθώς και να προβεί σε κάθε αναγκαία ενέργεια και διατύπωση ώστε η μονάδα να είναι πλήρως ικανή για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης μεταξύ της διαγωνιζόμενης και της αναθέτουσας αρχής.». Επίσης η εταιρία «...» έχει υποβάλει την από 18-12-2020 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της, στην οποία αναφέρονται συναφώς τα εξής: «Η

εταιρεία μας θα παράγει τα προσφερόμενα γεύματα, με την μέθοδο «cook&freeze» στην παραγωγική της μονάδα που βρίσκεται ... . Θα αποθηκεύονται κατεψυγμένα και θα αναθερμαίνονται στις εγκαταστάσεις της ... (...) της οποίας θα χρησιμοποιεί όλους τους πόρους και τον εξοπλισμός της, στα πλαίσια στήριξης αυτής για την εκτέλεση του έργου. Η σύνθεσή του πρωινού θα γίνεται στις εγκαταστάσεις της ... και οποιαδήποτε έκτακτη ανάγκη θα καλύπτεται από εκεί. Η διακίνηση τους προς τη Δομή θα γίνεται με καθαρά και απολυμασμένα μεταφορικά μέσα και μέσα σε ισοθερμικά δοχεία (thermobox) έτσι ώστε να εξασφαλίζεται η διατήρηση του φαγητού σε θερμοκρασία άνω των 65° C όταν πρόκειται για τρόφιμο που θα καταναλωθεί «ζεστό» και θα παραδίδονται με τα αυτοκίνητα που έχουν δηλωθεί στην προσφορά μας...». Αντίστοιχου περιεχομένου υπεύθυνη δήλωση έχει συνταχθεί και από μέρους της νόμιμης εκπροσώπου της εταιρίας «...». β. Από τα αναφερόμενα πιο πάνω συνάγεται ότι η εταιρία «...», κατά παράβαση των οριζομένων στη διακήρυξη και κατά τρόπο αντιφατικό προς ό,τι έχει δηλώσει με τη τεχνική της προσφορά, στην οποία κάνει λόγο για μια (1) και μόνο κύρια μονάδα παραγωγής γευμάτων (αυτήν που διατηρεί εταιρία στην ...), πρόκειται να χρησιμοποιήσει και δεύτερη μονάδα παραγωγής, ήτοι εκείνη της εταιρίας «...» ..., αφού στη μονάδα αυτή θα λαμβάνει χώρα η αναθέρμανση (δηλαδή συμπληρωματική επεξεργασία) των κυρίως γευμάτων, καθώς επίσης, περαιτέρω, η σύνθεση όχι μόνον του πρωινού αλλά και του μεσημεριανού γεύματος και του δείπνου, δοθέντος ότι αυτά περιλαμβάνουν και είδη που δεν αναθερμαίνονται, όπως συνοδευτικά, επιδόρπια κ.λπ. (τυρί φέτα, ατομικοί χυμοί, γάλα, φρούτα, νερό κ.λπ.), αλλά και τροφές που απαιτούν επιτόπια επεξεργασία, όπως τα αλεσμένα γεύματα για τα βρέφη. Ωστόσο, ακόμη και εάν θεωρείτο, κατ' αρχήν, ότι η εταιρία «...» έχει τη δυνατότητα να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων προκειμένου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, πάντως, δεν πρέπει να παραβλέπεται η κατηγορηματική ως προς το μέρος αυτό διατύπωση της διακήρυξης, η οποία απαιτεί μια (1) κύρια και μία (1) εφεδρική μονάδα. Παρά ταύτα, η εν λόγω εταιρία έχει δηλώσει ότι πρόκειται να χρησιμοποιήσει και

τρίτη εγκατάσταση, δηλαδή εκείνη της εταιρίας «...», παράλληλα με την δηλωθείσα ως κύρια, αν και δεν παρέχεται τέτοια ευχέρεια με το κανονιστικό κείμενο του διαγωνισμού, δοθέντος μάλιστα ότι, όπως αναλυτικότερα αναφέραμε πιο πάνω (αλλά και όπως προκύπτει από την προσφορά της εταιρίας «...») στην τρίτη αυτή εγκατάσταση θα λαμβάνουν επίσης χώρα εργασίες παρασκευής και προετοιμασίας των γευμάτων. Συνεπώς, και εκ του λόγου αυτού αποβαίνει απορριπτέα η προσφορά της πιο πάνω εταιρίας. Ανεξάρτητα όμως από τα παραπάνω, και σε άμεση συνάρτηση προς όσα προαναφέρθηκαν, εκείνο που προκύπτει από όσα έχουν δηλωθεί τόσο από την εταιρία «...» όσο και από την εταιρία «...», είναι ότι η τελευταία δεν παρέχει απλώς στήριξη στις ικανότητές της, αλλά έχει άμεση συμμετοχή στην εκτέλεση της σύμβασης, δεδομένου ότι μέρος της παραγωγικής διαδικασίας αλλά και η προετοιμασία και σύνθεση των γευμάτων εκτελείται στη δική της εγκατάσταση, και μάλιστα με την απασχόληση δικού της προσωπικού. Σημειωτέον ότι, σε αντίθεση προς ότι προβλέπεται για τα μηχανήματα και τις εγκαταστάσεις που θα χρησιμοποιηθούν για τις ανάγκες εκτέλεσης της σύμβασης, στην παράγραφο 2.2.6 δεν ζητείται να γίνει αναφορά στο προσωπικό (ιδίως) κουζίνας (μάγειροι, βοηθοί μάγειροι κ.λπ.), που θα χρησιμοποιηθεί κατά τη διαδικασία παραγωγής/επεξεργασίας, σύνθεσης και συσκευασίας των γευμάτων, ως στοιχείο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του προσφέροντος. Συνεπώς, εφόσον κατά το μέρος αυτό δεν απαιτείται η στήριξη στις ικανότητες τρίτου, πλην όμως έχει συμφωνηθεί μεταξύ των δύο άνω οικονομικών φορέων ότι η εταιρία «...» θα διαθέσει και το αναγκαίο προσωπικό για την αποθήκευση, την αναθέρμανση και τη διανομή των γευμάτων, τη σύνθεση των ατομικών μερίδων ανά δικαιούμενο κ.λπ., είναι προφανές ότι η χρησιμοποίηση του εν λόγω προσωπικού (όπως άλλωστε και των αναγκαίων τεχνικών μέσων) δεν γίνεται στο πλαίσιο της παροχής στήριξης στις ικανότητες της εταιρίας «...», αλλά άμεσης συμμετοχής της εν λόγω εταιρίας στην εκτέλεση της σύμβασης. Υπό το δεδομένο, λοιπόν, ότι η εν λόγω εταιρία δεν έχει δεσμευθεί απλώς για την παροχή στήριξης προς την εταιρία «...» μέσω των δικών της τεχνικών και

επαγγελματικών ικανοτήτων, αλλά πρόκειται να εκτελεί τμήμα των συμβατικών εργασιών που σχετίζεται τόσο με την επεξεργασία των κυρίως γευμάτων (ιδίως την αναθέρμανση) όσο και την προετοιμασία κατά τα λοιπά, τη σύνθεση (με τη προσθήκη συνοδευτικών, επιδορπίων, χυμών κ.λπ.) τη συσκευασία και τη διάθεση των μερίδων, είναι προφανές ότι, ανεξαρτήτως του χαρακτηρισμού που έχει δοθεί στην μεταξύ των δύο μερών έννομη σχέση, η εταιρία «...» δεν παρέχει απλώς στήριξη στις ικανότητές της, αλλά έχει αναλάβει την υπεργολαβική εκτέλεση μέρους του αντικειμένου της σύμβασης, κατά την έννοια των οριζομένων στην παρ. 4.4. της διακήρυξης του διαγωνισμού. Εξάλλου, κατά λογική ακολουθία των ανωτέρω, δεν μπορεί να θεωρηθεί αληθής η αρνητική απάντηση που έχει δοθεί από την εταιρία «...» στο σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ (μέρος IV/ ενότητα Γ'/ πεδίο «ποσοστό υπεργολαβίας»), καθώς έχει δηλώσει ότι πρόκειται να αναθέσει ποσοστό 0% της σύμβασης ως υπεργολαβία σε τρίτους, παρότι, όπως προαναφέρθηκε η εταιρία «...» πρόκειται να εκτελέσει ουσιώδες μέρος των συμβατικών εργασιών, το οποίο, μάλιστα, ενόψει των οριζομένων στο άρθρο 131 παρ. 6 του Ν. 4412/2016, έπρεπε να δηλωθεί με την υποβληθείσα προσφορά (και μάλιστα με το ΕΕΕΣ) της εταιρίας «...». Εξάλλου, επειδή ακριβώς έχει δηλωθεί ότι η εταιρία «...» θα παρέχει απλώς στήριξη στις ικανότητές της, μολονότι αυτό δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα, είναι προφανές ότι μεταβάλλονται και τα τεχνικά δεδομένα βάσει των οποίων πρόκειται να υλοποιηθεί η σύμβαση, χωρίς ωστόσο να έχει τύχει ειδικότερης αξιολόγησης η υποβληθείσα τεχνική προσφορά, κατά το μέρος που θα εκτελεστεί υπεργολαβικά μέρος της σύμβασης. Ως εκ τούτου, έπρεπε και για το λόγο αυτό να απορριφθεί ως απαράδεκτη η προσφορά της εταιρίας «...». Σύμφωνα, λοιπόν, με όσα προαναφέρθηκαν, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας Αρχής, με την οποία όχι μόνον έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρίας «...», αντί να απορριφθεί, αλλά επιπροσθέτως κατακυρώθηκε υπέρ αυτής το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, στερείται νομίμου ερείσματος και αποβαίνει γι' αυτό ακυρωτέα. Πρέπει, λοιπόν, για τους λόγους που αναλυτικά έχουμε εκθέσει, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που



κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της πιο πάνω εταιρίας, όπως και τα υποβληθέντα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προαναφερθείσας εταιρίας και αποφασίσθηκε η ανάδειξη αυτής ως οριστικής αναδόχου».

14. Επειδή, με τις ως άνω απόψεις της, ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, ότι «Επειδή, σύμφωνα και με την ΑΕΠΠ 1437/2019 (σκέψη 32), διαπιστώθηκε ότι: «Όπως έχει ad hoc κριθεί με την πάγια επί του θέματος νομολογία επί του προϊσχύσαντος δικαίου βάσει των ΠΔ 394/1996 και 118/2017, που δεν αφήνεται εν προκειμένω της κείμενης νομοθεσίας, για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτείται η υποβολή με την προσφορά πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας του ιδίου του νομικού προσώπου της εταιρείας, και όχι των μελών της διοικήσεώς του ατομικώς, και για τα πρόσωπα αυτά. (ΣΤΕ 547/2008 ΑΣΦ, 760/2006 ΑΣΦ, 1607/2004)». Επειδή, η εταιρεία «... ..» και η εταιρεία «...», στις ικανότητες της οποίας έχει δηλώσει ότι στηρίζεται η εταιρεία «...», απέδειξαν σύμφωνα με την διακήρυξη, ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερες, με την υποβολή των με Αριθμ. Πρωτ. ... και ... αποδεικτικών ασφαλιστικής ενημερότητας του Ηλεκτρονικού Ενιαίου Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης (e-Ε.Φ.Κ.Α.), όπως μάλιστα προβλέπεται από την διακήρυξη, έπρεπε η προσφορά να γίνει αποδεκτή κατά δέσμια αρμοδιότητα σύμφωνα με τις αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας και της νομιμότητας. Ειδικότερα δεν θα μπορούσε νόμιμα να απαιτείται η προσκόμιση επιπλέον εγγράφου, επειδή τούτο θα ισοδυναμούσε με απαράδεκτη εκ των υστέρων τροποποίηση των όρων της διακήρυξης. (Βλ ΑΕΠΠ 1437/2019, σκέψη 32, σελίδα 26). Κατόπιν των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή, εκτιμά ότι ορθώς έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «... ..» από την αρμόδια επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού και θεωρεί ως αβάσιμες τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας, ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής της.

15. Επειδή, ως προς τον δεύτερο λόγο προσφυγής η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι «στην διακήρυξη επακριβώς αναγράφεται: «2.2.6. Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα. 2.2.6.1. ...2.2.6.2. Δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο

πάροχος υπηρεσιών για την εκτέλεση της σύμβασης, όπως παρακάτω: 2.2.6.2. 1. Εγκατάσταση της επιχείρησης παρασκευής των γευμάτων, όπως παρακάτω: 2.2.6.2.11. Αρχικής κύριας μονάδας. 2.2.6.2. 2. Εφεδρικής.» και επιπρόσθετα στην παράγραφο 2.1 της Προσθήκης 1 του Παραρτήματος «B» :«2.1. Ο ανάδοχος πέραν της κύριας μονάδας παραγωγής (παρ. 2.2.6.2.1.1) πρέπει να δηλώσει και εφεδρική μονάδα εγκατάστασης (παρ. 2.2.6.2.1.2) η οποία θα ενεργοποιηθεί σε περίπτωση αδυναμίας παραγωγής της αρχικής κύριας μονάδας, η οποία πρέπει να ικανοποιεί τις ίδιες προϋποθέσεις με την αρχική. Σε περίπτωση που η εφεδρική μονάδα χρησιμοποιηθεί από την αρχή υλοποίησης της σύμβασης ως κύρια, τότε ο ανάδοχος οφείλει να δηλώσει εντός 3 ημερών από έναρξης της σύμβασης, νέα εφεδρική μονάδα, η οποία πρέπει να ικανοποιεί τις ίδιες προϋποθέσεις με την αρχική». Επειδή, η προσφεύγουσα προβαίνει σε ερμηνεία που δεν ανταποκρίνεται ούτε στο γράμμα, ούτε στο πνεύμα της διακήρυξης, καθώς αφενός δεν αναγράφεται η λέξη «μία» εφεδρική και αφετέρου είναι προφανές το όφελος της αναθέτουσας αρχής, ο οικονομικός φορέας να διαθέτει περισσότερες εφεδρικές μονάδες, προκειμένου να διασφαλίζεται η απρόσκοπτη παροχή υπηρεσιών σίτισης. Επειδή, ουδόλως αποκλείεται καταρχήν, η εφεδρική μονάδα να συμμετάσχει στην παραγωγική διαδικασία, αντικαθιστώντας και κατ' αποτέλεσμα, ως εκ του μείζονος το έλασσον, συμπληρώνοντας την παραγωγική δυνατότητα της κύριας μονάδας (ΑΕΠΠ 269/2018, σκέψη 8, σελίδα 24). Κατόπιν των παραπάνω, η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι που επικαλείται η προσφεύγουσα για την απόρριψη της προσφοράς, ως προς την χρήση της μονάδας της εταιρείας «...».

16.Επειδή, ως προς τον τρίτο λόγο προσφυγής η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι «Επειδή, η βασική διάκριση της υπεργολαβίας από τη δάνεια εμπειρία, δηλαδή τη δυνατότητα να επικαλείται ο υποψήφιος τα μέσα ή την εμπειρία τρίτων, ανεξαρτήτως των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς, προκειμένου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής ως προς την οικονομική - χρηματοοικονομική επάρκεια ή την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα υπό τον όρο της δυνατότητας απόδειξης ότι θα έχει

στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, έγκειται στο γεγονός ότι ο «δανειζόμενος» εξακολουθεί να είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση, κάνοντας χρήση των πόρων - μέσων που δανείζεται από τρίτους κατά την εκτέλεση αυτής, ενώ στην υπεργολαβία το ανατεθέν τμήμα της σύμβασης που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος εκτελείται από τον τελευταίο, υπό τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον υπεργολάβο (Κατευθυντήρια Οδηγία. 10/2015, ΕΑΑΔΗΣΥ). Επειδή, τα βασικά στοιχεία του θεσμού της δάνειας εμπειρίας, που διαμορφώθηκε νομολογιακά πριν ακόμα αποτυπωθεί στις κοινοτικές οδηγίες, είναι: α. Η αδυναμία του υποψήφιου οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί με τα δικά του μέσα στις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης, την οποία επιθυμεί να συνάψει, και η προσφυγή του σε δυνατότητες τρίτου φορέα (χρηματοδοτικές ή τεχνικές δυνατότητες) για την απόδειξη της καταλληλότητας του και β. Η υποχρέωση του υποψήφιου οικονομικού φορέα να αποδείξει ότι ο τρίτος φορέας έχει τη δυνατότητα να διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους και ότι οι πόροι αυτοί θα βρίσκονται πράγματι στη διάθεση του πρώτου για την εκτέλεση της σύμβασης. Επειδή, το τελευταίο σημείο, το οποίο αναδεικνύεται και ως το βασικό σημείο ενασχόλησης της νομολογίας, σημαίνει σε αδρές γραμμές ότι ναι μεν επιτρέπεται η επίκληση εμπειρίας ή και μέσων τρίτων, οσάκις ενδείκνυται και για δεδομένη σύμβαση, όμως η παροχή και η χρήση των ικανοτήτων αυτών πρέπει αφενός να αποδεικνύεται, αφετέρου να είναι απολύτως δεσμευτική για τα συμβαλλόμενα μέρη, αλλά και επιπλέον να παρέχονται ικανές εγγυήσεις στην αναθέτουσα αρχή ώστε λυσιτελώς να εξασφαλίζεται αυτή για την έντεχνη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση του έργου (Κατευθυντήρια Οδηγία 14/2016 ΕΑΑΔΗΣΥ). Επειδή, από τον έλεγχο των δικαιολογητικών της εταιρείας «...», στην ικανότητα της οποίας δήλωσε ότι στηρίζεται η εταιρεία «... ..», δεν προέκυψε λόγος αποκλεισμού της και επιβεβαιώθηκε η πληρότητα και νομιμότητά τους, γεγονός το οποίο εξασφαλίζει την προσήκουσα και άρτια εκτέλεση των υπηρεσιών σίτισης. Κατόπιν των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή εκτιμά ως αβάσιμο τον τρίτο λόγο

τον οποίο η προσφεύγουσα επικαλείται, για την προσβολή της σχετικής κατακυρωτικής απόφασης».

17. Επειδή, η παρεμβαίνουσα προς αντίκρουση της προσφυγής υποστηρίζει ότι «Ειδικότερα, στο οικείο κεφάλαιο της προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά μας είναι απορριπτέα επειδή η ... δηλώνεται ως παρέχων κατά άρθρο 78 του ν. 4412/2016 στήριξη σε εμάς και όχι ως υπεργολάβος. Ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι ο ορθός νομικός χαρακτηρισμός της σχέσης της εταιρίας με την ... είναι αυτή της ανάθεσης υπεργολαβίας και όχι της κατά το άρθρο 78 του ν. 4412/2016 στήριξης σε ικανότητα τρίτου, ετούτο δεν μπορεί να θεωρηθεί ως λόγος αποκλεισμού της προσφοράς μας. Πράγματι, από πλήθος εγγράφων της προσφοράς προκύπτουν αναλυτικά οι υποχρεώσεις που πρόκειται να αναλάβει έναντι ημών η ... και, περαιτέρω, η ως άνω εταιρεία έχει υποβάλλει το σύνολο των εγγράφων που απαιτεί η διακήρυξη είτε αυτή θεωρηθεί τρίτος παρέχων στήριξη σε εμάς είτε υπεργολάβος μας. Εξάλλου, έχει κριθεί *ad hoc* από την ΑΕΠΠ (βλ. ΑΕΠΠ 231/2017 σκ. 13), ότι «επιτρεπτά νοείται τέτοια αναπλήρωση έλλειψης, όταν μεταξύ άλλων είτε η έλλειψη δεν επάγεται κάποιες έννομες συνέπειες είτε προκύπτει ότι από την αντιπαραβολή του συνόλου των εγγράφων της προσφοράς και *ad hoc* κρίση επ' αυτών, τόσο η έλλειψη είναι όλως επουσιώδης και ιδίως από αυτή δεν καταλείπεται περιθώριο εναλλακτικής ή αντιφατικής προσφοράς, ενώ συγχρόνως προκύπτει η οικεία απάντηση στο σχετικό ερώτημα από άλλο ταυτόχρονα συνυποβληθέν έγγραφο, αλλά και την ίδια την τεχνική προσφορά του προσφέροντος δια των οποίων προκύπτει με σαφήνεια η απάντηση στο παραπάνω ερώτημα και η πλήρης δικαιολόγηση της οικείας έλλειψης σε απλή παραδρομή. Τα ανωτέρω προκύπτουν και από τα αρ. 102 παρ. 2-4 Ν. 4412/2016 και την ίδια την Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4412/2016, η οποία επί του αρ. 102, τονίζει τον σκοπό της διάσωσης προσφορών, οι οποίες κατά τα λοιπά θα ήταν παραδεκτές και διακινδυνεύονται μόνο από επουσιώδεις ελλείψεις, υπογραμμίζει την υποχρέωση ερμηνείας αυτής της δυνατότητας υπό το πρίσμα των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, ως και

την απαγόρευση συμπληρώσεων, μεταβολών και διορθώσεων που επιφέρουν έννομες συνέπειες και αναφέρει αναλυτικά τα εξής «Με το άρθρο 102 εισάγεται ρύθμιση η οποία εξυπηρετεί στη διάσωση προσφορών οι οποίες πάσχουν από πρόδηλα σφάλματα ή επουσιώδεις παραλείψεις. Με τις παραγράφους 1, 2 και 3 δίνεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να καλεί τους προσφέροντες/υποψηφίους κατά τη διαδικασία ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει. Ωστόσο, προκειμένου να διασφαλίζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, η δυνατότητα συμπλήρωσης/διευκρίνισης που παρέχεται αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωσης ή συμπλήρωσης και δεν επιτρέπεται να άγει σε μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή νέων εγγράφων σε συμμόρφωση των όρων της διακήρυξης, αλλά μόνο στην διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. Ενδεικτικά αναφέρονται περιπτώσεις που μπορεί να τύχει εφαρμογής αυτή η δυνατότητα όπως παράλειψη τινών μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελή σήμανση επικυρωμένων αντιγράφων και μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα δια του νόμου, κανονιστικών πράξεων ή των εγγράφων της σύμβασης καθιερωμένα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη. Κατ' αντιστοιχία, σύμφωνα με την παράγραφο 4, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητά έγγραφη διευκρίνιση του περιεχομένου της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς, εάν περιέχει ασάφειες, ήσσοнос σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που κρίνονται θεραπεύσιμα. Η διευκρίνιση

αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη τροποποίηση ή αλλοίωση της προσφοράς ή τη μεταβολή στην κατάταξη των προσφορών, σύμφωνα με τα κριτήρια ανάθεσης και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της συγκεκριμένης προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές. Σύμφωνα με την παράγραφο 5, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ακολουθεί αυτή τη διαδικασία εάν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς». Εξάλλου, θα ήταν αντιφατικό αν αναγνωριζόταν κατ' αρ. 102 Ν. 4412/2016 δυνατότητα διόρθωσης-συμπλήρωσης τυπικών σφαλμάτων σε έγγραφα της προσφοράς και δικαιολογητικά μετά το άνοιγμα των προσφορών, αλλά δεν αναγνωριζόταν η εξαρχής δυνατότητα συμπλήρωσής τους, δια συνδυαστικής τους θεωρήσεως μετά άλλων εγγράφων, που συνυποβάλλονται ταυτόχρονα και ήδη δια της ίδιας της υποβολής της προσφοράς (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 187/2017)». Εν προκειμένω, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί η σχέση μεταξύ της εταιρίας μας και της ... είναι αυτή της υπεργολαβίας και ότι οι εκ μέρους αυτής εργασίες καλύπτουν ποσοστό/τμήμα άνω του 30% της επίμαχης σύμβασης και πάλι η προσφορά μας πρέπει να γίνει δεκτά, αφού εκ μέρους της ... έχει κατατεθεί το σύνολο των προβλεπόμενων από τη διακήρυξη και το άρθρο 130 παρ.6 δικαιολογητικών και, συνεπώς, «η παραπάνω μη επαγόμενη εξάλλου πρακτικές ή εν γένει έννομες συνέπειες κατά τα ως άνω, δεν έχει ούτε μείζον μέγεθος ως προς το αποδεικτικό αντικείμενο της διαδικασίας ούτε αναφέρεται σε κάποια αοριστία, αντίφαση ή εναλλακτικό χαρακτήρα της προσφοράς» (βλ. ΑΕΠΠ 231/2017 σκ. 14)».

18.Επειδή, με το υπόμνημα η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι «Με τις υποβληθείσες απόψεις της επί της προδικαστικής μας προσφυγής, η αναθέτουσα Αρχή, επικαλούμενη τις γενικές αρχές που διέπουν τον καθορισμό των προϋποθέσεων συμμετοχής στις δημόσιες διαδικασίες ανάθεσης, νομολογία αφορώσα τις προϊσχύσασες διατάξεις των Π.Δ. 394/1996 και 118/2007, καθώς και την υπ' αριθ. 1437/2019 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. (εκδοθείσα όμως επί διαγωνιστικής διαδικασίας με διαφορετικό

κανονιστικό πλαίσιο σε σχέση με αυτό της προκείμενης), ισχυρίζεται ότι τόσο εταιρία «...» όσο και η εταιρία «...», η οποία παρέχει στήριξη σ' αυτήν, έχουν αποδείξει ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερες, καθώς έχουν προσκομίσει τα προαναφερθέντα πιστοποιητικά ασφαλιστικής ενημερότητας του e-ΕΦΚΑ, όπως ζητείται με τη διακήρυξη. Ωστόσο, εκείνο το οποίο παραβλέπεται από τη ..., είναι ότι, προκειμένου να καταστεί ουσιαστικός και λυσιτελής ο έλεγχος, από μέρος της αναθέτουσας Αρχής, της μη συνδρομής του σχετικού λόγου αποκλεισμού, δεν ζητείται απλώς η προσκόμιση πιστοποιητικών ασφαλιστικής ενημερότητας, αλλά και υπεύθυνης δήλωσης με την οποία θα δηλώνονται οι φορείς κοινωνικής ασφάλισης έναντι των οποίων ο διαγωνιζόμενος έχει υποχρέωση καταβολής εισφορών. Συνεπώς, τα πιστοποιητικά που προσκομίζονται πρέπει να τελούν σε απόλυτη αντιστοιχία προς τα δηλωθέντα με την ως άνω υπεύθυνη δήλωση, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποδεικνύουν την ανυπαρξία οφειλής εισφορών προς τους ασφαλιστικούς οργανισμούς που αναφέρονται στην υπεύθυνη δήλωση. Από την άλλη πλευρά, δεν πρέπει να παραβλέπεται ότι, επειδή ακριβώς στη διακήρυξη ζητείται να υποβληθεί από τον προσωρινό ανάδοχο «Υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986, του οικονομικού φορέα αναφορικά με τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης (...κύριας και επικουρικής ασφάλισης) στους οποίους οφείλει να καταβάλει εισφορές», ανάγεται στην αποκλειστική σφαίρα ευθύνης του υποψηφίου να δηλώσει τους ασφαλιστικούς οργανισμούς έναντι των οποίων είναι υπόχρεος καταβολής εισφορών, ενώ, για το λόγο ακριβώς αυτό, δεν καταλείπεται περιθώριο στην αναθέτουσα Αρχή να αποφανθεί ότι, παρά όσα δηλώνει ο προσφέρων, δεν απαιτείται η προσκόμιση πιστοποιητικού ασφαλιστικής ενημερότητας για κάποιον από τους φορείς κοινωνικής ασφάλισης (ή τομέα αυτών) που έχουν δηλωθεί με την κατά τα άνω υπεύθυνη δήλωση. Συνεπώς, εφόσον η εταιρία «...», όπως και η παρέχουσα σ' αυτήν στήριξη, εταιρία «...», έχουν προσκομίσει αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας του e-Ε.Φ.Κ.Α., στα οποία αναφέρεται ότι εκάστη εξ αυτών «...δεν οφείλει ληξιπρόθεσμες ασφαλιστικές εισφορές για το προσωπικό του/της» (ήτοι για τον τομέα ασφάλισης που

αντιστοιχεί στο πρώην Ι.Κ.Α.-Ε.Τ.Α.Μ.), αλλά όχι και ληξιπρόθεσμες εισφορές αφορώσες ειδικότερα τον τομέα ασφάλισης που αντιστοιχεί στον τέως Ο.Α.Ε.Ε., παρότι οι ίδιες έχουν δηλώσει υπεύθυνα δια των νομίμων εκπροσώπων τους ότι βαρύνονται με την καταβολή ασφαλιστικών εισφορών που αφορούν (και) τον τέως Ο.Α.Ε.Ε., δεν έχουν αποδείξει τη μη συνδρομή του οικείου λόγου αποκλεισμού, παρά τα αντιθέτως προβαλλόμενα από μέρος της .... Όπως έχουμε αναφέρει και στην προδικαστική μας προσφυγή από τη διάταξη του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, σε συνδυασμό και με τα οριζόμενα στην παρ. 2.2.8 της πρόσκλησης της προκείμενης διαδικασίας διαπραγμάτευσης, συνάγεται ότι αναγνωρίζεται το δικαίωμα οικονομικού φορέα που αδυνατεί να ανταποκριθεί με δικά του μέσα στις τεθείσες προϋποθέσεις συμμετοχής, να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων, από πλευράς οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων. Με το θεσμό της δάνειας εμπειρίας υφίσταται σαφής διάκριση ανάμεσα στον εργολήπτη *stricto sensu*, ως τον άμεσα συμβαλλόμενο, που εκτελεί το συμβατικό αντικείμενο (έργο) και στον εργολήπτη *lato sensu* που εκτελεί έμμεσα το έργο, παρέχοντας στον εργολήπτη την υλικοτεχνική ή οικονομική και κατασκευαστική υποδομή. Ο δανειζόμενος την εμπειρία εξακολουθεί να είναι μόνος υπεύθυνος απέναντι στην αναθέτουσα αρχή, ενώ ο τρίτος, ο οποίος δανείζει τους πόρους και τα μέσα για την εκτέλεση της σύμβασης, αναμειγνύεται σ' αυτήν μόνο όταν και ο ίδιος πληροί τα κριτήρια επιλογής, τα οποία απαιτούνται και για τον ίδιο τον προσφέροντα, και εφόσον δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού (ΕΛΣυν VI Τμ. απόφ. 844/2018). Εξάλλου, όπως επισημαίνεται σχετικά, εφόσον λαμβάνει χώρα εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου από τον τρίτο, ο οποίος δεν δανείζει απλώς την τεχνική του ικανότητα, αλλά καθίσταται μέρος της σύμβασης, τούτο συνιστά εννοιολογικό στοιχείο της υπεργολαβίας, ή της μερικής εκτέλεσης μιας σύμβασης με προκαθορισμένο επιμερισμό των τμημάτων της. Περαιτέρω, σύμφωνα με την υπ' αριθ. 10/2015 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ως υπεργολαβία ορίζεται η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, με την οποία ο εργολάβος



(ανάδοχος) αναθέτει με αμοιβή την εκτέλεση συγκεκριμένων εργασιών σε τρίτον, ο οποίος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με τον εργοδότη (φορέα του έργου), έναντι του οποίου μόνος υπεύθυνος για τις εκτελούμενες από τον εργολάβο εργασίες παραμένει ο εργολάβος. Η υπεργολαβία διακρίνεται από τη δάνεια εμπειρία, κατά το ότι στην τελευταία ο διαγωνιζόμενος εξακολουθεί να εκτελεί ο ίδιος το ανατεθέν αντικείμενο της σύμβασης, δύναται, όμως, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, είτε όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, είτε όσον αφορά στη τεχνική ή επαγγελματική ικανότητα, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών του με τους φορείς αυτούς, αρκεί να αποδεικνύει ότι έχει στη διάθεσή του τα αλλότρια αυτά μέσα των φορέων, των οποίων η συμμετοχή είναι αναγκαία για την εκτέλεση της οικείας σύμβασης. Εν προκειμένω, η εταιρία «...» έχει περιλάβει στο φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης την από 18-12-2020 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της. στην οποία δηλώνονται τα εξής: «...Ο τόπος εγκατάστασης της εταιρείας που θα χρησιμοποιήσουμε για την παραγωγή των νευμάτων βρίσκεται ..., η οποία δύναται να υποστεί εξ αρχής από την Υπηρεσία υγειονομικό έλεγχο. Ο τόπος εγκατάστασης της εφεδρικής μονάδας που είναι η μονάδα που διαθέτει η εταιρεία ..., η οποία δύναται να υποστεί εξ αρχής από την Υπηρεσία υγειονομικό έλεγχο». Παράλληλα η ίδια εταιρία έχει δηλώσει με το υποβληθέν ΕΕΕΣ ότι πρόκειται να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα ήτοι της εταιρίας «...» (εφεξής: εταιρία «...») που διατηρεί εγκατάσταση ... έχοντας υποβάλει προς τούτο το από 17-12-2020 ιδιωτικό συμφωνητικό, στο οποίο αναφέρονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα: «...Η ... υποχρεούται να διαθέσει προς τη διαγωνιζόμενη τα τεχνικά μέσα και πόρους της, τον εξοπλισμό της κουζίνας της και γενικότερα την υποδομή που υπάρχει στη νομίμως αδειοδοτημένη παραγωγική της μονάδα στο ... (ενδεικτικά: καταψύξεις, φούρνους, αποθηκευτικούς χώρους, σκευή κτλ) και κάθε άλλο τεχνικό μέσο που έχει αυτή στη διάθεση της καθώς και το απαιτούμενο ανθρώπινο δυναμικό προκειμένου να χρησιμοποιηθούν για την αποθήκευση, αναθέρμανση γευμάτων, διανομή, παρασκευή ή

προπαρασκευή σαλατών, επιδορπίων κτλ. Η ... συμφωνείται ότι πρόκειται να διαθέσει ως υπεύθυνο παροχής υπηρεσίας τους: Κύριος υπεύθυνος παροχής υπηρεσίας θα είναι η ... και Αναπληρωματικό την κυρία Ζαφειράκογλου Αρίστη του Αδαμαντίου ..., ο οποίος πρέπει αφενός να επιβλέπει την ορθή εξέλιξη της υλοποίησης της σύμβασης, αφετέρου να έρχεται σε επαφή με τα αρμόδια όργανα της Υπηρεσίας για οποιοδήποτε πρόβλημα προκύψει. Ο υπεύθυνος «Παροχής Υπηρεσίας» ή ο αναπληρωματικός θα πρέπει να είναι παρών στο χώρο παράθεσης συσσιτίου κατ' ελάχιστον σύμφωνα με το ωράριο που αναφέρεται στην παρ. 2.10 των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης ... . Η προμήθεια των πρώτων υλών και η επίβλεψη του συνόλου των εργασιών θα γίνεται από τη διαγωνιζόμενη δια του εξειδικευμένου προσωπικού της. Η ... δηλώνει ρητώς ότι η ως άνω μονάδα της πληροί το σύνολο των εκ της διακηρύξεως απαιτούμενων αδειών και πιστοποιήσεων και αποδέχεται να τις διατηρεί καθώς και να προβεί σε κάθε αναγκαία ενέργεια και διατύπωση ώστε η μονάδα να είναι πλήρως ικανή για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης μεταξύ της διαγωνιζόμενης και της αναθέτουσας αρχής.». Επίσης η εταιρία «...» έχει υποβάλει την από 18-12-2020 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της, στην οποία αναφέρονται συναφώς τα εξής: «Η εταιρεία μας θα παράγει τα προσφερόμενα γεύματα, με την μέθοδο «cook&freeze» στην παραγωγική της μονάδα που βρίσκεται ... . Θα αποθηκεύονται κατεψυγμένα και θα αναθερμαίνονται στις εγκαταστάσεις της ... (...) της οποίας θα χρησιμοποιεί όλους τους πόρους και τον εξοπλισμός της, στα πλαίσια στήριξης αυτής για την εκτέλεση του έργου. Η σύνθεσή του πρωινού θα γίνεται στις εγκαταστάσεις της ... και οποιαδήποτε έκτακτη ανάγκη θα καλύπτεται από εκεί. Η διακίνηση τους προς τη Δομή θα γίνεται με καθαρά και απολυμασμένα μεταφορικά μέσα και μέσα σε ισοθερμικά δοχεία έτσι ώστε να εξασφαλίζεται η διατήρηση του φαγητού σε θερμοκρασία άνω των 65° C όταν πρόκειται για τρόφιμο που θα καταναλωθεί «ζεστό» και θα παραδίδονται με τα αυτοκίνητα που έχουν δηλωθεί στην προσφορά μας...» Αντίστοιχου περιεχομένου υπεύθυνη δήλωση έχει συνταχθεί και από μέρους

της νόμιμης εκπροσώπου της εταιρίας «...». Από τα αναφερόμενα πιο πάνω συνάγεται ότι η εταιρία «...», κατά παράβαση των οριζομένων στη διακήρυξη και κατά τρόπο αντιφατικό προς ό,τι έχει δηλώσει με τη τεχνική της προσφορά, στην οποία κάνει λόγο για μια (1) και μόνο κύρια μονάδα παραγωγής γευμάτων (αυτήν που διατηρεί εταιρία στην ...), πρόκειται να χρησιμοποιήσει και δεύτερη μονάδα παραγωγής, ήτοι εκείνη της εταιρίας «...» ..., αφού στη μονάδα αυτή θα λαμβάνει χώρα η αναθέρμανση (δηλαδή συμπληρωματική επεξεργασία) των κυρίως γευμάτων, καθώς επίσης, περαιτέρω, η σύνθεση όχι μόνον του πρωινού αλλά και του μεσημεριανού γεύματος και του δείπνου, δοθέντος ότι αυτά περιλαμβάνουν και είδη που δεν αναθερμαίνονται, όπως συνοδευτικά, επιδόρπια κ.λπ. (τυρί φέτα, ατομικοί χυμοί, γάλα, φρούτα, νερό κ.λπ.), αλλά και τροφές που απαιτούν επιτόπια επεξεργασία, όπως τα αλεσμένα γεύματα για τα βρέφη. Ωστόσο, ακόμη και εάν θεωρείτο, κατ' αρχήν, ότι η εταιρία «...» έχει τη δυνατότητα να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων προκειμένου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, πάντως, δεν πρέπει να παραβλέπεται η κατηγορηματική ως προς το μέρος αυτό διατύπωση της διακήρυξης, η οποία απαιτεί μια (1) κύρια και μία (1) εφεδρική μονάδα. Παρά ταύτα, η εν λόγω εταιρία έχει δηλώσει ότι πρόκειται να χρησιμοποιήσει και τρίτη εγκατάσταση, δηλαδή εκείνη της εταιρίας «...», παράλληλα με την δηλωθείσα ως κύρια, αν και δεν παρέχεται τέτοια ευχέρεια με το κανονιστικό κείμενο του διαγωνισμού, δοθέντος μάλιστα ότι, όπως αναλυτικότερα αναφέραμε πιο πάνω (αλλά και όπως προκύπτει από την προσφορά της εταιρίας «...») στην τρίτη αυτή εγκατάσταση θα λαμβάνουν επίσης χώρα εργασίες παρασκευής και προετοιμασίας των γευμάτων. Συνεπώς, και εκ του λόγου αυτού αποβαίνει απορριπτέα η προσφορά της πιο πάνω εταιρίας. γ. Εξάλλου όπως προκύπτει από τα αναφερόμενα στις απόψεις της ..., η αναθέτουσα Αρχή υπολαμβάνει ότι η εταιρία «...» έχει δηλώσει και δεύτερη εφεδρική μονάδα, ενώ τούτο δεν είναι ακριβές, διότι, όπως και πιο πάνω επισημίναμε, σύμφωνα με τη διακήρυξη, η εφεδρική μονάδα ενεργοποιείται μόνο σε περίπτωση αδυναμίας λειτουργίας της κύριας μονάδας, ενώ, εν

προκειμένω, έχει δηλωθεί και έτερη ενεργή μονάδα παραγωγής (εκτός της εφεδρικής), ήτοι αυτή της εταιρίας «...», στην οποία επίσης θα λαμβάνει χώρα μέρος της διαδικασίας παρασκευής ή/και ετοιμασίας των γευμάτων, με σκοπό την εν συνεχεία σύνθεσή τους και τη διάθεσή τους στους σιτιζόμενους. Συνεπώς, κατά παράβαση των οριζομένων στη διακήρυξη, η παρασκευή, επεξεργασία και σύνθεση των γευμάτων πραγματοποιείται σε δύο (2) μονάδες και όχι σε μία (1) κύρια μονάδα παραγωγής. Άλλωστε, όπως προκύπτει από την προσφορά της εταιρίας «...», η δεύτερη αυτή μονάδα θα χρησιμοποιείται και σε περίπτωση που ενεργοποιηθεί η λειτουργία της εφεδρικής μονάδας παραγωγής της εν λόγω εταιρίας ... . Σημειώνουμε, τέλος, ότι αλυσιτελώς επικαλείται η αναθέτουσα Αρχή την υπ' αριθ. 269/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, διότι μ' αυτήν έχει κριθεί διαφορετικό ζήτημα, δηλαδή η δυνατότητα της εκ παραλλήλου χρησιμοποίησης, στη σύμβαση εκείνη, και της εφεδρικής μονάδας παραγωγής, όχι δε και έτερης (τρίτης) μονάδας παραγωγής, η οποία δεν έχει δηλωθεί ως τέτοια, σε αντίθεση άλλωστε και προς τη ρητή απαίτηση της διακήρυξης της προκείμενης διαδικασίας διαπραγμάτευσης για τη διάθεση μίας (1) και μόνο μονάδας παραγωγής. Ανεξάρτητα όμως από τα παραπάνω, και σε άμεση συνάρτηση προς όσα προαναφέρθηκαν, εκείνο που προκύπτει από όσα έχουν δηλωθεί τόσο από την εταιρία «...» όσο και από την εταιρία «...», είναι ότι η τελευταία δεν παρέχει απλώς στήριξη στις ικανότητές της, αλλά έχει άμεση συμμετοχή στην εκτέλεση της σύμβασης, δεδομένου ότι μέρος της παραγωγικής διαδικασίας αλλά και η προετοιμασία και σύνθεση των γευμάτων εκτελείται στη δική της εγκατάσταση, και μάλιστα με την απασχόληση δικού της προσωπικού. Σημειωτέον ότι, σε αντίθεση προς ότι προβλέπεται για τα μηχανήματα και τις εγκαταστάσεις που θα χρησιμοποιηθούν για τις ανάγκες εκτέλεσης της σύμβασης, στην παράγραφο 2.2.6 δεν ζητείται να γίνει αναφορά στο προσωπικό (ιδίως) κουζίνας (μάγειροι, βοηθοί μάγειροι κ.λπ.) που θα χρησιμοποιηθεί κατά τη διαδικασία παραγωγής/επεξεργασίας, σύνθεσης και συσκευασίας των γευμάτων, ως στοιχείο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του προσφέροντος. Συνεπώς, εφόσον κατά το μέρος αυτό δεν

απαιτείται η στήριξη στις ικανότητες τρίτου, πλην όμως έχει συμφωνηθεί μεταξύ των δύο άνω οικονομικών φορέων, ότι η εταιρία «...» θα διαθέσει και το αναγκαίο προσωπικό για την αποθήκευση την αναθέρμανση και τη διανομή των γευμάτων τη σύνθεση των ατομικών μερίδων ανά δικαιούμενο κ.λπ., είναι προφανές ότι η χρησιμοποίηση του εν λόγω προσωπικού (όπως άλλωστε και των αναγκαίων τεχνικών μέσων) δεν γίνεται στο πλαίσιο της παροχής στήριξης στις ικανότητες της εταιρίας «...», αλλά άμεσης συμμετοχής της εν λόγω εταιρίας στην εκτέλεση της σύμβασης. Υπό το δεδομένο, λοιπόν ότι η εν λόγω εταιρία δεν έχει δεσμευθεί απλώς για την παροχή στήριξης προς την εταιρία «...» μέσω των δικών της τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων αλλά πρόκειται να εκτελεί τμήμα των συμβατικών εργασιών που σχετίζεται τόσο με την επεξεργασία των κυρίως γευμάτων (ιδίως την αναθέρμανση) όσο και την προετοιμασία κατά τα λοιπά. τη σύνθεση (με τη προσθήκη συνοδευτικών επιδορπίων, χυμών κ.λπ.) τη συσκευασία και τη διάθεση των μερίδων, είναι προφανές ότι ανεξαρτήτως του χαρακτηρισμού που έχει δοθεί στην μεταξύ των δύο μερών έννομη σχέση η εταιρία «...» δεν παρέχει απλώς στήριξη στις ικανότητές της, αλλά έχει αναλάβει την υπεργολαβική εκτέλεση μέρους του αντικειμένου της σύμβασης, κατά την έννοια των οριζομένων στην παρ. 4.4. της διακήρυξης του διαγωνισμού. Εξάλλου, κατά λογική ακολουθία των ανωτέρω. δεν μπορεί να θεωρηθεί αληθής η αρνητική απάντηση που έχει δοθεί από την εταιρία «...» στο σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ (μέρος IV/ενότητα Γ'/πεδίο «ποσοστό υπεργολαβίας»), καθώς έχει δηλώσει ότι πρόκειται να αναθέσει ποσοστό 0% της σύμβασης ως υπεργολαβία σε τρίτους παρότι όπως προαναφέρθηκε η εταιρία «...» πρόκειται να εκτελέσει ουσιώδες μέρος των συμβατικών εργασιών, το οποίο, μάλιστα, ενόψει των οριζομένων στο άρθρο 131 παρ. 6 του Ν. 4412/2016, έπρεπε να δηλωθεί με την υποβληθείσα προσφορά (και μάλιστα με το ΕΕΕΣ) της εταιρίας «...». Εξάλλου, επειδή ακριβώς έχει δηλωθεί ότι η εταιρία «...» θα παρέχει απλώς στήριξη στις ικανότητές της. μολονότι αυτό δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα είναι προφανές ότι μεταβάλλονται και τα τεχνικά δεδομένα βάσει των οποίων πρόκειται να

υλοποιηθεί η σύμβαση, χωρίς ωστόσο να έχει τύχει ειδικότερης αξιολόγησης η υποβληθείσα τεχνική προσφορά, κατά το μέρος που θα εκτελεστεί υπεργολαβικά μέρος της σύμβασης. Ως εκ τούτου, έπρεπε και για το λόγο αυτό να απορριφθεί ως απαράδεκτη η προσφορά της εταιρίας «...». Σημειώνουμε, τέλος, ότι παρά τα όσα αβασίμως προβάλλει η αναθέτουσα Αρχή, η εταιρία «...» δεν έχει δεσμευθεί απλώς για την παροχή στήριξης προς την εταιρία «...» μέσω των δικών της τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, αλλά αντιθέτως πρόκειται να εκτελεί τμήμα των συμβατικών εργασιών που σχετίζεται τόσο με την επεξεργασία των κυρίως γευμάτων (ιδίως την αναθέρμανση) όσο και την προετοιμασία κατά τα λοιπά, τη σύνθεση (με τη προσθήκη συνοδευτικών, επιδορπίων, χυμών κ.λπ.) τη συσκευασία και τη διάθεση των μερίδων, έχοντας αναλάβει, προδήλως, την υπεργολαβική εκτέλεση μέρους του αντικειμένου της σύμβασης. Άλλωστε, όπως και πιο πάνω επισημάναμε, στην παράγραφο 2.2.6 της διακήρυξης δεν ζητείται να γίνει αναφορά στο προσωπικό (ιδίως) κουζίνας (μάγειροι, βοηθοί μάγειροι κ.λπ.) που θα χρησιμοποιηθεί κατά τη διαδικασία παραγωγής/επεξεργασίας, σύνθεσης και συσκευασίας των γευμάτων, ως στοιχείο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του προσφέροντος. Συνεπώς, εφόσον κατά το μέρος αυτό δεν απαιτείται η στήριξη στις ικανότητες τρίτου, πλην όμως έχει συμφωνηθεί ότι η εταιρία «...» θα διαθέσει και το αναγκαίο προσωπικό για την αποθήκευση, την αναθέρμανση και τη διανομή των γευμάτων, τη σύνθεση των ατομικών μερίδων ανά δικαιούμενο κ.λπ., είναι προφανές ότι η χρησιμοποίηση του εν λόγω προσωπικού (όπως άλλωστε και των αναγκαίων τεχνικών μέσων) δεν γίνεται στο πλαίσιο της παροχής στήριξης στις ικανότητες της εταιρίας «...», αλλά άμεσης συμμετοχής της εν λόγω εταιρίας στην εκτέλεση της σύμβασης. Σύμφωνα, λοιπόν, με όσα προαναφέρθηκαν, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας Αρχής, με την οποία όχι μόνον έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρίας «...», αντί να απορριφθεί, αλλά επιπροσθέτως κατακυρώθηκε υπέρ αυτής το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, στερείται νομίμου ερείσματος και αποβαίνει γι' αυτό ακυρωτέα. Πρέπει, λοιπόν, για τους λόγους που αναλυτικά

*έχουμε εκθέσει, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της πιο πάνω εταιρίας, όπως και τα υποβληθέντα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προαναφερθείσας εταιρίας και αποφασίσθηκε η ανάδειξη αυτής ως οριστικής αναδόχου».*

19. Επειδή, εν συνεχεία, από την επισκόπηση του φακέλου ως προς τον δεύτερο λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας, ότι *«Συνεπώς, παρασκευάζει τα διατιθέμενα γεύματα σε μία και μόνο κύρια μονάδα παραγωγής, μη δυνάμενος να παρασκευάζει ή να ετοιμάζει μέρος των γευμάτων αυτών σε διαφορετική μονάδα, με σκοπό την εν συνεχεία σύνθεση τους και διάθεσή τους στους σπιτιζόμενους»* κρίνονται τα κάτωθι. Από τη διατύπωση του επίμαχου όρου προκύπτει ότι διαγωνιζόμενος οφείλει στην προσφορά του να δηλώσει μία κύρια μονάδα και μια εφεδρική. Επίσης διαλαμβάνει, ότι η εφεδρική μονάδα ενεργοποιείται σε περίπτωση αδυναμίας παραγωγής της κύριας. Οπότε παρέπεται με σαφήνεια ότι αν εξ αρχής της εκτέλεσης σύμβασης προκύψει αδυναμία λειτουργίας της κύριας μονάδας ο συμμετέχων πρέπει να μετατρέψει την εφεδρική μονάδα που έχει δηλώσει σε κύρια, τότε αποκλειστικώς, μπορεί και πρέπει να δηλώσει εντός τριών ημερών νέα εφεδρική μονάδα προς αντικατάσταση της παλιάς. Δεν επιτρέπει ο επίμαχος όρος συνεπώς ο συμμετέχων να δηλώσει και δη προκαταρκτικά με την προσφορά του δύο κύριες μονάδες και άλλη μία εφεδρική. Συνεπώς κρίνεται ότι δεν παρέχει ο όρος τη δυνατότητα να χρησιμοποιούνται ταυτόχρονα δύο μονάδες και δη χωρίς να συντρέχει η προϋπόθεση της αδυναμίας παραγωγής της μίας. Η παρεμβαίνουσα στην από 18/12/2020 υπεύθυνη δήλωση της έχει δηλώσει ότι *«Θα αποθηκεύονται κατεψυγμένα και θα αναθερμαίνονται στις εγκαταστάσεις της ... (...) της οποίας θα χρησιμοποιεί όλους τους πόρους και τον εξοπλισμό της, στα πλαίσια στήριξης αυτής για την εκτέλεση του έργου. Η σύνθεση του πρωινού θα γίνεται στις εγκαταστάσεις της ... και οποιαδήποτε έκτακτη ανάγκη θα καλύπτεται από εκεί. Η διακίνηση τους προς τη Δομή θα γίνεται με καθαρά και απολυμασμένα μεταφορικά μέσα και μέσα σε ισοθερμικά δοχεία (thermobox) έτσι ώστε να εξασφαλίζεται η διατήρηση*

του φαγητού σε θερμοκρασία άνω των 65° C όταν πρόκειται για τρόφιμο που θα καταναλωθεί «ζεστό» και θα παραδίδονται με τα αυτοκίνητα που έχουν δηλωθεί στην προσφορά μας...». Ως εκ τούτου κατά παράβαση του επί ποινή αποκλεισμού του προδιαληφθέντος όρου δήλωσε σαφώς δύο κύριες μονάδες παραγωγής λειτουργούντες στον αυτό χρόνο. Κατόπιν των ανωτέρω και ο εν θέματι λόγος προσφυγής κρίνεται ως βάσιμος και η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα κατά τούτο.

20. Επειδή, με την αποδοχή του συγκεκριμένου λόγου προσφυγής παρίσταται αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων προσφυγής εφόσον ουδόλως δύναται να μεταβληθεί η έννομη θέση της παρεμβαίνουσας (ΕΑ ΣΤΕ 308/2020).

21.Επειδή, κατ' ακολουθίαν, πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

22. Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη κατά το μέρος αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παράβολου με κωδικό ..., ποσού 936,00 ευρώ που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 27/01/2021 και δημοσιεύτηκε στις 08 Φεβρουαρίου 2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ**