

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

-----

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και  
Πουλοπούλου Αγγελική, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26-3-2018 Προδικαστική Προσφυγή με  
Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών  
(ΑΕΠΠ) 288/26-3-2018 της προσφεύγουσας κοινοπραξίας «...», νομίμως  
εκπροσωπούμενης

Κατά της αναθέτουσας αρχής «98 ΑΝΩΤΕΡΑ ΔΙΟΙΚΗΣΗ  
ΤΑΓΜΑΤΩΝ ΕΘΝΟΦΥΛΑΚΗΣ «ΑΡΧΙΠΕΛΑΓΟΥΣ»/ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ  
ΕΦΟΔΙΑΣΜΟΥ ΜΕΤΑΦΟΡΩΝ», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει την ακύρωση  
της σε αυτόν κοινοποιηθείσας από 14-3-2018 με αρ. Φ.600/36/23239/13.3.2018  
Απόφασης της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αυτόν ως αποκλειστέο από τη  
διαδικασία που διακηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ.  
Φ.600/15/21129/Σ.383/26.1.2018 Πρόσκληση Συμμετοχής σε Διαδικασία  
Επαναληπτικής Διαπραγμάτευσης χωρίς Δημοσίευση Προκήρυξης  
Διαγωνισμού για τη Σύναψη Σύμβασης Υπηρεσιών για το Έργο με αριθμό 07  
«Παροχή Σίτισης στο ΚΥΤ ΛΕΣΒΟΥ Β΄ ΦΑΣΗ» της δράσης «Παροχή  
υπηρεσιών σίτισης, καθαριότητας και συντήρησης στα Κέντρα Υποδοχής και  
Ταυτοποίησης (Κ.Υ.Τ.) των νησιών του Ανατολικού Αιγαίου» με κωδικό ΟΠΣ  
5009773 του Εθνικού Προγράμματος του Ταμείου Ασύλου, Μετανάστευσης και

Ένταξης 2014-2020, συνολικού προϋπολογισμού 4.703.895,00 €, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 17% (που αποτελεί επαναδημοπράτηση της με αρ. πρωτ. 600/203/26579/Σ.5236/22.12.2017 διακήρυξης διαγωνισμού χωρίς δημοσίευση προκήρυξης λόγω κατεπείγοντος, με ανοικτή διαδικασία και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, συνολικού μετά ΦΠΑ προϋπολογισμού 4.703.895,00 ευρώ για την «Παροχή σίτισης στο ΚΥΤ Λέσβου Β' Φάση» της δράσης «Παροχή Υπηρεσιών σίτισης, καθαριότητας και συντήρησης στα Κέντρα Υποδοχής και Ταυτοποίησης (ΚΥΤ) των νησιών του Ανατολικού Αιγαίου με Κωδικό ΟΠΣ 5009773 του Εθνικού Προγράμματος του Ταμείου Ασύλου, Μετανάστευσης και Ένταξης 2014-2020») εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 3.793.463,71. Ζητά περαιτέρω να ακυρωθεί κάθε συναφής πράξη ή παράλειψη, προγενέστερη ή μεταγενέστερη της αναθέτουσας και να απόσχει η αναθέτουσα από κάθε περαιτέρω συνέχιση των διαδικασιών του διαγωνισμού και δη την επαναδημοπράτησή του και την ανάδειξη έτερου αναδόχου ή την υπογραφή σύμβασης με αυτόν.

Σημειωτέον, ότι δεν υπήρχε στην προκείμενη υπόθεση δικαιούμενος προς τυχόν άσκηση παρεμβάσεως, καθώς ο μόνος έτερος μετέχων σε αυτήν, κρίθηκε δια της ίδιας προσβαλλομένης ως αποκλειστέος και δεν προσέβαλε τον αποκλεισμό του, έως και τη λήξη της προς τούτο προθεσμίας, και επομένως δεν είχε ούτως ή άλλως έννομο συμφέρον προς διατήρηση της προσβαλλομένης καθ' οιονδήποτε μέρος αυτής, ως καθιστάμενος τρίτος και ξένος ως προς την εξεταζόμενη διαδικασία.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. 19842847795805220014, ποσού 15.000 ευρώ), που φέρει την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 26-3-2018 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στην προσφεύγουσα την 14-3-2018 Απόφασης της αναθέτουσας περί περάτωσης σταδίου τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών κατ' έγκριση των οικείων πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, η δε προσφεύγουσα η οποία κρίθηκε απορριπτέα, βάλλει ειδικότερα κατά της προσβαλλόμενης καθ' ο μέρος αυτή την απέκλεισε. Σημειωτέον ότι η προκείμενη επαναληπτική διαδικασία διεξήχθη κατά τους εν γένει όρους (οι όποιες μεταβολές περί του χρόνου έναρξης σύμβασης, υποβολής προσφορών και αξιολόγησης προσφορών μεταξύ της αρχικής και της επαναληπτικής πρόσκλησης δεν επηρεάζουν την προκείμενη διαφορά) της συνημμένης (ως Τεύχος-Παράρτημα Β') στην πρώτη ως άνω πρόσκληση διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση, διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα αιτιάζεται ότι μη νομίμως απεκλείσθη με την εσφαλμένη αιτιολογία ότι *«(1) Η δηλωθείσα ως κύρια μονάδα παραγωγής εταιρεία «...», με έδρα την Παγανή Μυτιλήνης, σύμφωνα με την απόφαση χορήγησης αριθμού έγκρισης του ΕΦΕΤ της 14 Φεβ 18, έχει δυναμικότητα παραγωγής 10.000 μερίδων ζεστής κουζίνας/ημέρα και 6.000 μερίδων κρύας κουζίνας/ ημέρα. Η παραπάνω δυναμικότητα δεν καλύπτει την απαίτηση του Παραρτήματος «Α» της υπ. αριθ. 15/2017 Αρχικής Πρόσκλησης (ΑΔΑ: Ψ1ΞΖ6-ΡΒΙ, ΑΔΑΜ: 17PROC002486852) για παροχή 6.850 μερίδων πρωινού, γεύματος, πρόδειπνου – σνακ και δείπνου ανά ημέρα. (2) Η εταιρεία «...» δεν υπέβαλε τα απαιτούμενα στοιχεία της παραγράφου 2.2.6.1.1 της Αρχικής Διακήρυξης, δηλαδή κατάλογο κυριότερων υπηρεσιών της τελευταίας τριετίας και τα αντίστοιχα αποδεικτικά στοιχεία. (3) Η τεχνική προσφορά δεν καλύπτει όλες τις απαιτήσεις της παραγράφου 2.4.3.2.2 της Αρχικής Διακήρυξης και συγκεκριμένα τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα «II» (Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων) της*

*Αρχικής Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. (4) Δεν υπέβαλε, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8.4 της Αρχικής Διακήρυξης, υπεύθυνη δήλωση του εκπροσώπου της δηλωθείσας ως εφεδρικής μονάδας παραγωγής ότι δε θα διαθέσει τους ίδιους διαθέσιμους πόρους σε άλλους κατά τον χρονικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης.».* Ως προς τον πρώτο ως άνω λόγο απόρριψης της προσφοράς της, η προσφεύγουσα (πρώτος λόγος προσφυγής) επικαλείται ότι κατά το Παράρτημα Α της διακήρυξης και τη σελ. Β-9 προκύπτει ότι το φυσικό αντικείμενο της διαδικασίας αφορούσε κάλυψη μέγιστης εκτιμώμενης ποσότητας 6.850 ημερήσιων ατομικών μερίδων, όπως εξάλλου προκύπτει και από το άρ. 1.3.5 της διακήρυξης, ενώ κατά το άρ. 4.3.5, σλ. Β-69 της διακήρυξης, τουλάχιστον ένα εκ του γεύματος ή του δείπνου αφορά μερίδα ζεστής κουζίνας. Κατά τα ως άνω ο αριθμός 6.850 μερίδων αφορά το σύνολο των παρεχόμενων ανά ημέρα γευμάτων και όχι 6.850 μερίδες ζεστής και 6.850 μερίδες κρύας κουζίνας ανά ημέρα. Περαιτέρω, το μεν μέλος της «...» απέδειξε δυναμικότητα 10.000 ημερησίων μερίδων κρύας κουζίνας και 6.000 ημερησίων μερίδων ζεστής κουζίνας και επομένως υπερκαλύπτει την ως άνω απαίτηση, πολλώ δε μάλλον αφού οι ως άνω αριθμοί αφορούν παραγωγή ανά οκτάωρο και ούτως είναι δυνατή η παραγωγή ημερησίας 30.000 μερίδων κρύας κουζίνας και 18.000 μερίδων ζεστής κουζίνας, όπως προκύπτει από το με αρ. πρωτ. ... έγγραφο της Διεύθυνσης Κτηνιατρικής Π.Β.Α.. Επιπλέον το δεύτερο μέλος της «...» διαθέτει αδειοδοτηθείσα εγκατάσταση παραγωγής δυναμικότητας 20.000 μερίδων ζεστής κουζίνας ανά ημέρα και 20.000 μερίδων κρύας κουζίνας ανά ημέρα. Κατά τον δε όρο της σελ. Β-37 της διακήρυξης, σε περίπτωση κοινοπραξίας ή ένωσης οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά τα παραπάνω στοιχεία παρέχονται από ένα τουλάχιστον μέλος ή όπου απαιτείται από κάθε μέλος ή/και αθροιστικά. Συνεπώς, υπό κάθε εκδοχή η προσφεύγουσα ένωση κάλυπτε την οικεία απαίτηση της διακήρυξης και ούτως εσφαλμένα απεκλείσθη. Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού της (δεύτερος λόγος προσφυγής της), η προσφεύγουσα επικαλείται ότι κατά τον όρο 2.2.6.1.1 της διακήρυξης περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των

διαγωνιζομένων προβλέπεται ως διευκρίνιση ότι «*Σε περίπτωση κοινοπραξίας ή ένωσης εταιρειών που υποβάλλουν κοινή προσφορά, τα ανωτέρω στοιχεία [κατάλογοι κυριοτέρων υπηρεσιών και αποδεικτικά περί τούτου] παρέχονται από ένα τουλάχιστον μέλος που συμμετέχει στην κοινοπραξία ή την ένωση ή όπου απαιτείται (αναλόγως της φύσης της συνεργασίας) από κάθε μέλος ή/και αθροιστικά*». Άρα, η προσκόμιση των οικείων δικαιολογητικών περί της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας από ένα τουλάχιστον μέλος της κοινοπραξίας ήταν αρκετή για την πλήρωση από την προσφεύγουσα κοινοπραξία του οικείου όρου, εν προκειμένω δε τα δικαιολογητικά αυτά αφορούν το ένα μέλος της «...», ενώ ακόμη και αν η διακήρυξη εννούσε τα αντίθετα, αν μη τι άλλο τελούσε σε ασάφεια που δεν δύναται να ενεργεί κατά του διαγωνιζομένου. Όσον αφορά τον τρίτο λόγο αποκλεισμού της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (τρίτος λόγος προσφυγής) ότι αφενός πληροί όλους τους όρους όπως περιγράφονται στο άρ. 4.3 της διακήρυξης, οι οποίοι περιγράφονται και αναλύονται στο συνυποβληθέν με την προσφορά της φύλλο συμμόρφωσής της, αφετέρου η ως άνω βάση αποκλεισμού είναι αόριστη και ασαφής, αφού το άρ. 4.3 της διακήρυξης αναλύει το σύνολο των όρων εκτέλεσης της σύμβασης και ούτως είναι αδύνατη η κατανόηση, εντοπισμός και αντίκρουση του όποιου λόγου και έλλειψης για την οποία απεκλείσθη η προσφορά. Όσον αφορά τον τέταρτο λόγο αποκλεισμού (τέταρτος λόγος προσφυγής), η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το άρ. 2.2.8.4 της διακήρυξης αφορά τη στήριξη σε ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, ενώ εν προκειμένω η προσφεύγουσα δεν επικλήθηκε αυτήν ούτε για τη χρηματοοικονομική ούτε για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητά της, αντίθετα όλα τα κριτήρια επιλογής της διακήρυξης καλύπτονται από τα ίδια τα μέλη της είτε αθροιστικά, όπου αυτό ρητώς απαιτείται είτε από ένα εκ των μελών. Περαιτέρω, ότι η οικεία εφεδρική μονάδα παραγωγής ανήκει στο μέλος της προσφεύγουσας «...» και επομένως δεν απαιτείτο υπεύθυνη δήλωση της. Επιπλέον, ότι ο οικείος ως άνω όρος της διακήρυξης έχει την έννοια της δέσμευσης του τρίτου ως προς τη μη εκ μέρους του διάθεση των ίδιων διαθέσιμων πόρων σε άλλους πλην του διαγωνιζομένου και όχι της απαίτησης ο τρίτος να δεσμευθεί πως δεν θα προμηθεύει και δεν θα παρέχει τις υπηρεσίες

του σε οιονδήποτε άλλο εκτός της νυν αναθέτουσας, καθώς τούτο θα συνιστούσε και παραβίαση της ενωσιακής αρχής της ελεύθερης κυκλοφορίας αγαθών. Επομένως, κατά την προσφεύγουσα και οι τέσσερις λόγοι αποκλεισμού της ήταν εσφαλμένοι και συνεπώς η προσβαλλομένη είναι ακυρωτέα καθ' ο μέρος απέκλεισε την προσφορά της προσφεύγουσας.

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις διαβιβασθείσες στην ΑΕΠΠ την 4-4-2018 με αρ. πρωτ. Φ.600/45/24395/Σ.1523 Απόψεις της επικαλείται τα ακόλουθα. Ο πρώτος λόγος απόρριψης της προσφοράς της κοινοπραξίας αφορά στη διαπίστωση της Αναθέτουσας Αρχής ότι από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά δεν καλύπτεται ο όρος της διακήρυξης για παροχή 6.850 μερίδων πρωινού, γεύματος, πρόδειπνου και δείπνου ανά ημέρα. Επισημαίνεται ότι ο επίμαχος αριθμός των μερίδων αφορά σε κάθε ένα από τα προσφερόμενα ημερησίως συσσίτια ξεχωριστά. Αυτό οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η εγκεκριμένη ημερήσια δυναμικότητα της εταιρείας «...» υπολείπεται της καθορισθείσας απαιτούμενης προδιαγραφής από τη διακήρυξη, προκειμένου να κριθεί η προσφορά τεχνικώς αποδεκτή. Ειδικότερα, σύμφωνα με την ΑΠ: ... απόφαση έγκρισης του ΕΦΕΤ, η εταιρεία «...» παρουσιάζει δυναμικότητα 10.000 μερίδων ζεστής κουζίνας και 6.000 μερίδων κρύας κουζίνας ημερησίως. Στο από 14 Οκτωβρίου 2017 μνημόνιο συνεργασίας (συμφωνητικό σύστασης της κοινοπραξίας) μεταξύ των εταιρειών, που συνιστούν τη συμμετέχουσα κοινοπραξία και συγκεκριμένα στο άρθρο 3 ορίζεται ρητώς ότι η εταιρεία «...» αναλαμβάνει να διαθέσει τις εγκαταστάσεις παραγωγής μαγειρεμένου φαγητού, ενώ η εταιρεία «...» αναλαμβάνει την τεχνογνωσία της παροχής υπηρεσιών παρασκευής, μεταφοράς και διανομής γευμάτων και την παροχή του αναφερόμενου στο ίδιο άρθρο εξοπλισμού. Επιπλέον, στο προσκομισθέν έγγραφο της προσφεύγουσας, που αφορά στον τρόπο διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και συστημάτων ανίχνευσης, αναφέρεται ρητώς στο τμήμα 3 «Περιγραφή κύριων και εφεδρικών μονάδων εγκατάστασης» ότι η κοινοπραξία έχει την έδρα της στην Παγανή Μυτιλήνης, όπου θα γίνεται η παραγωγή και διακίνηση των γευμάτων. Οι αναθέτουσες αρχές έχουν την

ευχέρεια να απαιτούν, με την προκήρυξη του διαγωνισμού, ένα ελάχιστο επίπεδο τεχνικών ικανοτήτων, που αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα προβλεπόμενα στη διακήρυξη δικαιολογητικά. Εναπόκειται, δε, στη διακριτική τους ευχέρεια να επιλέξουν, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των σχετικών υπηρεσιών, και να υιοθετήσουν, ως κριτήρια ποιοτικής επιλογής των συμμετεχόντων, τα κριτήρια εκείνα που προσιδιάζουν και είναι ανάλογα με το αντικείμενο της υπό σύναψη σύμβασης. Από τα ως άνω και λοιπά υποβληθέντα έγγραφα συνάγεται ευχερώς ότι δεν καλύπτονται οι σχετικές με τις υπό ανάθεση υπηρεσίες ανάγκες, λόγω μη συμβατότητας της προσφοράς με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, που συνιστούν απαραίτους όρους, καθιστώντας την προσφορά απαράδεκτη. Συνεπώς, η 98 ΑΔΤΕ όφειλε να προβεί, άνευ ετέρου, στον αποκλεισμό της συμμετέχουσας κοινοπραξίας, κατ' εφαρμογή των απαραίτων όρων της διακήρυξης και των άρθρων 26 και 91 του Ν. 4412/2016. Ο δεύτερος λόγος απόρριψης της προσφοράς της κοινοπραξίας αφορά στην μη υποβολή των στοιχείων της παρ. 2.2.6.1.1. της διακήρυξης, δηλαδή κατάλογο κυριότερων υπηρεσιών της τελευταίας τριετίας και τα αντίστοιχα αποδεικτικά στοιχεία. Η παράλειψη υποβολής του συγκεκριμένου δικαιολογητικού από την εταιρεία «...» επάγεται τον υποχρεωτικό αποκλεισμό από τη διαγωνιστική διαδικασία, καθόσον η μη συμμόρφωση με τις διατάξεις της οικείας διακήρυξης καθιστά την προσφορά απαράδεκτη και απορριπτή. Η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα διευκρίνιση της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία σε περίπτωση κοινοπραξίας τα στοιχεία παρέχονται από ένα τουλάχιστον μέλος της κοινοπραξίας ή όπου απαιτείται (αναλόγως της φύσης της συνεργασίας) από κάθε μέλος ή/και αθροιστικά δεν δικαιολογεί την μη υποβολή των παραπάνω στοιχείων από την εταιρεία «...». Κι αυτό, διότι, εν προκειμένω, από τη φύση της συνεργασίας επιβάλλεται και αναγνωρίζεται ως κρίσιμη η απόδειξη των ικανοτήτων και της συνακόλουθης πραγματικής δυνατότητας κάλυψης των τεχνικών απαιτήσεων της σύμβασης από την εταιρεία «...», η οποία θα αναλάβει εν τοις πράγμασι την παραγωγή και διακίνηση των γευμάτων, όπως προκύπτει από τα σχετικά υποβληθέντα έγγραφα. Άλλωστε, η απαίτηση της

διακήρυξης για προσκόμιση των εν λόγω στοιχείων τίθεται για τη διασφάλιση, με αποτελεσματικό τρόπο, της ουσιαστικής προϋπόθεσης ότι θα παρασχεθούν απρόσκοπτα οι υπηρεσίες σίτισης από τον φορέα που θα του ανατεθεί η σύμβαση. Η προσκόμιση των παραπάνω δικαιολογητικών συνιστούν ουσιώδη τυπική προϋπόθεση για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, η δε μη υποβολή τους υποχρεώνει την 98 ΑΔΤΕ, ως Αναθέτουσα Αρχή, να προβεί στην έκδοση της σχετικής πράξης αποκλεισμού. Ο τρίτος λόγος απόρριψης της προσφοράς της κοινοπραξίας αφορά στη διαπίστωση της Επιτροπής Διενέργειας/ Αξιολόγησης της Διαπραγμάτευσης και κατά συνέπεια της 98 ΑΔΤΕ ως Αναθέτουσας Αρχής ότι η τεχνική προσφορά της κοινοπραξίας δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της παρ. 2.4.3.2.2. της (ια) σχετικής αρχικής διακήρυξης και συγκεκριμένα τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης. Όπως προαναφέρθηκε, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας και της αυστηρότητας, που διέπει όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες για τις δημόσιες συμβάσεις, η Αναθέτουσα Αρχή, θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς. Εξάλλου, ο οικονομικός φορέας που συμμετέχει ανεπιφυλάκτως σε ένα διαγωνισμό αποδέχεται πλήρως τη νομιμότητα της διακήρυξης, με βάση την οποία διενεργείται ο διαγωνισμός για την ανάθεση της σύμβασης και επομένως δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους του, παρεμπίπτουσα, εκ των υστέρων αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, με την ευκαιρία της προσβολής, ανάλογα με την έκβαση του διαγωνισμού, πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά του. Ενόψει των παραπάνω παραδοχών η παράλειψη υποβολής από τη συμμετέχουσα κοινοπραξία των παραπάνω στοιχείων, που συνιστούσαν απαραίτητο όρο συμμετοχής της διακήρυξης, συνεπάγεται τον υποχρεωτικό αποκλεισμό της από τη διαγωνιστική διαδικασία - διαπραγμάτευση. Ο τέταρτος λόγος απόρριψης της προσφοράς της κοινοπραξίας αφορά στη μη υποβολή, σύμφωνα με την παρ. 2.2.8.4. της



διακήρυξης, υπεύθυνης δήλωσης του εκπροσώπου της δηλωθείσας ως εφεδρικής μονάδας παραγωγής ότι δεν θα διαθέσει τους ίδιους διαθέσιμους πόρους σε άλλους κατά το χρονικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης. Ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον παραστεί ανάγκη και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς, εφόσον όμως αποδεικνύει τη δέσμευση του τρίτου προς τούτο και παρέχει επαρκείς εγγυήσεις στην αναθέτουσα αρχή για την έντεχνη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης. Η υποβολή της ως άνω υπεύθυνης δήλωσης αποδεικνύει ότι η εφεδρική μονάδα παραγωγής έχει τη δυνατότητα να διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους και ότι οι πόροι αυτοί θα βρίσκονται πράγματι στη διάθεση της Αναθέτουσας Αρχής για την εκτέλεση της σύμβασης. Η μη υποβολή του συγκεκριμένου δικαιολογητικού συνεπάγεται την υποχρεωτική απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, κατ' εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας και των δεσμεύσεων που αυτή καθιερώνει τόσο για την Αναθέτουσα Αρχή όσο και για τους συμμετέχοντες, όπως αναλύθηκε παραπάνω. Οι λοιποί ισχυρισμοί της κοινοπραξίας προβάλλονται απαραδέκτως και αλυσιτελώς, καθώς αφορούν στη νομιμότητα του επίμαχου όρου της διακήρυξης και η κοινοπραξία συμμετείχε ανεπιφυλάκτως στο διαγωνισμό. Κατόπιν των παραπάνω, η αναθέτουσα υποστηρίζει ότι η προδικαστική προσφυγή της κοινοπραξίας «...» παρίσταται στο σύνολό της εξόχως αβάσιμη, καθώς η απόρριψη της υποβληθείσας προσφοράς της στη διαγωνιστική διαδικασία – διαπραγμάτευση στηρίχθηκε στη μη συμμόρφωση με τους απαραίτους όρους της διακήρυξης, κατ' εφαρμογή των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας και της τήρησης ενιαίου μέτρου κρίσεως μεταξύ των συμμετεχόντων, που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Σε κάθε περίπτωση πάντως, όσον αφορά την ακριβώς ως άνω αιτιολογία που παραθέτει δια των Απόψεών της η αναθέτουσα, είναι αξιοσημείωτο, πως η αναθέτουσα, κατόπιν της εκ της ΑΕΠΠ αναστολής της ματαίωσης της προκείμενης διαδικασίας, προχώρησε προς κάλυψη των αναγκών της (σίτιση σε ΚΥΤ Λέσβου) σε σύμβαση (με καταχώρηση στο ΚΗΜΔΗΣ την 28-3-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ...) διάρκειας 14 ημερών, από 27-

3-2018 έως και 9-4-2018 (και με ποσότητα 6.000 ημερησίων μερίδων αντί 6.850 που προκηρύχθηκαν με την προκείμενη διαδικασία) με ένωση οικονομικών φορέων που μετείχε στην προκείμενη υπό εξέταση διαδικασία, η οποία ομοίως κρίθηκε αποκλειστέα από αυτήν, όπως και η προσφεύγουσα, μεταξύ άλλων και με ίδια αιτιολογία με την πρώτη και τέταρτη βάση αποκλεισμού της προσφεύγουσας, με αποτέλεσμα να μην καθίσταται κατανοητή η αιτίαση της αναθέτουσας, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ότι η προσφορά της προσφεύγουσας δεν κάλυπτε ως προς τη δυναμικότητά της τις υπηρεσιακές ανάγκες (οι οποίες, όμως, όπως προκύπτει από την ως άνω σύμβαση, καλύπτονται εν τέλει από έτερο οικονομικό φορέα με ακόμη μικρότερη δυναμικότητα, ο οποίος απεκλείσθη από την προκείμενη διαδικασία για την ίδια πρώτη βάση για την οποία απεκλείσθη η νυν προσφεύγουσα), όπως και η έτερη αιτίασή της, όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, ότι η έλλειψη υπεύθυνης δήλωσης εκπροσώπου της εφεδρικής μονάδας ότι δεν θα διαθέσει τους ίδιους διαθέσιμους πόρους σε άλλους κατά το διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης, συνιστά έλλειψη επαρκών εγγυήσεων για την αναθέτουσα αρχή για την έντεχνη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης., προκύπτουν επιπλέον και τα εξής.

4. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία άνω των ορίων με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού λόγω κατεπείγοντος κατ' άρ. 32, 107 παρ. 1 και 3, 108 και 109 Ν. 4412/2016 και άρ. 19 Ν. 4375/2016, όπως τροποποιήθηκε κατ' άρ. 39 Ν. 4456/2017, δημοσιεύθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 26-1-2018 με συστημικό α/α 53027, η δε πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος αναρτήθηκε στο διαδίκτυο την 26-1-2018 και δη συνιστά επαναπροκήρυξη της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού λόγω κατεπείγοντος, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 22-12-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC002486852 και η πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος της αναρτήθηκε την 22-12-2017. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου ανάρτησης της

πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 13-3-2018, η δε λήγουσα τη μη εργάσιμη ημέρα 24-3-2018 παρεκτάθη για την επομένη εργάσιμη ημέρα 26-3-2018, ΔΕφΠατρ Ασφ. Ν39/2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο της προσφεύγουσας. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού δια της προσβαλλόμενης απεκλείσθη από τον διαγωνισμό και έτσι προδήλως ευνοείται από την αντίστοιχη ακύρωσή της. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή, σχετικά με τον πρώτο, δεύτερο και τέταρτο λόγο της προσφυγής, οι οποίοι και οι τρεις εν μέρει ή εν όλω ερείδονται επί της εκ της αναθέτουσας αντιμετώπιση των μελών της προσφεύγουσας και της εκ μέρους τους πλήρωσης των οικείων απαιτήσεων της διακήρυξης με διακριτό και αυτοτελή μεταξύ τους τρόπο, προκύπτουν καταρχάς τα ακόλουθα. Η προσφεύγουσα κοινοπραξία συνιστά ένωση οικονομικών φορέων, υπό την έννοια του αρ. 19 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και του αρ. 19 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Η ως άνω ένωση συστάθηκε με το από 14-10-2017 ιδιωτικό συμφωνητικό των μελών της με σκοπό *«την εκτέλεση ενδεικτικά και όχι περιοριστικά έργων σίτισης στη νήσο της Λέσβου όπως μεταναστών, μαθητών μουσικών σχολείων, απόρων, την παροχή σχολικών γευμάτων...»*, με διάρκεια (Άρθρο 4<sup>ο</sup> συμφωνητικού) *«για όσο χρόνο θα απαιτηθεί για την προσήκουσα και ολοσχερή εκτέλεση των ανωτέρω υπηρεσιών, με τις τυχόν παρατάσεις της αρχικής συμβατικής διάρκειας και μέχρι την απόδοση-επιστροφή όλων των εγγυητικών επιστολών καλής εκτέλεσης, συμπεριλαμβανομένου και του χρόνου που θα χρειαστεί για τη διεκπεραίωση όλων των σχετικών συναλλαγών και την εκκαθάριση των από αυτές απορρευουσών σχέσεων»*, κατά το δε άρθρο 5ο του

συμφωνητικού “Οι δύο συμβαλλόμενες εταιρίες συμμετέχουν στην κοινοπραξία με ποσοστό πενήντα τοις εκατό (50%) εκάστη εξ αυτών. Η σχέση αυτή ισχύει... όσο και για το ποσοστό κυριότητας των μελών επί των περιουσιακών στοιχείων και του προϊόντος εκκαθάρισης τη; Κοινοπραξίας. Η ανωτέρω συμμετοχή των συμβαλλομένων εταιρειών αφορά επιπλέον την τεχνική κάλυψη, την εμπορική διαχείριση καθώς και τις πάσης φύσεως απορρέουσες εκ των αναληφθεισών υπηρεσιών υποχρεώσεις... και όλα εν γένει τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που απορρέουν από την εκτέλεση των υπηρεσιών που εμπíπτουν στον σκοπό της Κοινοπραξίας. Με την υποβολή της προσφοράς της Κοινοπραξίας σε έκαστο εκ των ανωτέρω διαγωνισμών/διαδικασιών εκάστη εκ των συμβαλλομένων εταιριών ευθύνεται έναντι της Αναθέτουσας Αρχής αλληλεγγύως και εις ολόκληρο. Σε περίπτωση κατακύρωσης ή ανάθεσης του διαγωνισμού, η ευθύνη αυτή εξακολουθεί μέχρι πλήρους εκτέλεσης της σύμβασης.”, ενώ κατά το άρθρο 6ο τα μέλη της κοινοπραξίας καταθέτουν έκαστο αρχικό κεφάλαιο που θα συγκροτήσει κοινό κεφάλαιο κίνησης για τη συμμετοχή στις οικείες διαδικασίες και το οποίο θα αυξάνεται αναλόγως των απαιτήσεων εκάστης διαδικασίας, κατά το άρθρο 7ο, η εκ της κοινοπραξίας υποβολή προσφοράς σε διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης απαιτεί υπογραφή και σύμπραξη εκπροσώπων αμφοτέρων των μελών της και κατά το άρθρο 10ο “1. Βασική υποχρέωση των μελών της παρούσας κοινοπραξίας είναι η εμπρόθεσμη, έντεχνη, άρτια και προσήκουσα εκτέλεση του ή/και των αναβληθεισών Έργων, σύμφωνα με τις υποχρεώσεις που απορρέουν από την εκάστοτε Κύρια Σύμβαση, με τον Κύριο του Έργου (Αναθέτουσα Αρχή ή με τον Ανάδοχο) και το παρόν συμφωνητικό. 2 Η ευθύνη των κοινοπρακτούντων έναντι του Κυρίου του Έργου είναι αλληλέγγυα, αδιαίρετη και εις ολόκληρον για οποιοδήποτε θέμα σχετικά με το έργο και το σύνολο του έργου.”. Περαιτέρω, με την προσφορά της η ως άνω κοινοπραξία υπέβαλε και το από 14-2-2018 πρακτικό συνεδριάσεως των διαχειριστών της, με το οποίο εγκρίθηκε η συμμετοχή στην προκείμενη διαδικασία και ειδικότερα ότι “Αποδεχόμενοι πλήρως και ανεπιφύλακτα όλους τους όρους της Διακήρυξης, καθώς και όλων των Παραρτημάτων και των Υπομνημάτων αυτής, καθώς και όλων των λοιπών τευχών Δημοπράτησης. Το

μέρος των εργασιών που θα αναλάβει κάθε μέλος της κοινοπραξίας στο σύνολο της προσφοράς είναι α. Η εταιρία ... αναλαμβάνει το τμήμα της σύμβασης που αφορά: Διαθέτει τις Εγκαταστάσεις στην Παγανή Μυτιλήνης, ΤΚ: ... ΛΕΣΒΟΣ(Κύρια Μονάδα), Οικονομική και Διοικητική Υποστήριξη, Συντονισμός, σύμφωνα με τους όρους και την περιγραφή των τευχών του διαγωνισμού. β. Η εταιρία ... αναλαμβάνει το τμήμα της σύμβασης που αφορά : Προσωπικό, Μηχανήματα, εργαλεία και πάσης φύσεως εξοπλισμός και υλικά σύμφωνα με τους όρους και την περιγραφή των τευχών του διαγωνισμού. Επίσης διαθέτει τις εγκαταστάσεις Εφεδρικής Μονάδας. 2.Με την υποβολή της Προσφοράς κάθε Μέλος της Κοινοπραξίας ευθύνεται αλληλέγγυα και σε ολόκληρο. Σε περίπτωση κατακύρωσης του Διαγωνισμού στην Κοινοπραξία, η ευθύνη αυτή εξακολουθεί μέχρι πλήρους εκτέλεσης της Σύμβασης. Σε περίπτωση που εξ αιτίας ανικανότητας για οποιαδήποτε λόγο ή ανωτέρα βία, μέλος της κοινοπραξίας δεν μπορεί να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις της κοινοπραξίας κατά το χρόνο αξιολόγησης των προσφορών, τα υπόλοιπα μέλη συνεχίζουν να έχουν την ευθύνη ολόκληρης της κοινής προσφοράς με την ίδια τιμή. Εάν η παραπάνω ανικανότητα προκύψει κατά τον χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης, τα υπόλοιπα μέλη συνεχίζουν να έχουν την ευθύνη της ολοκλήρωσης αυτής με την ίδια τιμή και τους ίδιους όρους. Τα υπόλοιπα μέλη της κοινοπραξίας και στις δύο περιπτώσεις μπορούν να προτείνουν αντικατάσταση, η οποία εγκρίνεται από την αναθέτουσα αρχή. Σε περίπτωση επιτυχίας στο ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ, οι ΣΥΜΒΑΛΛΟΜΕΝΟΙ θα προβούν σε όλες τις αναγκαίες ενέργειες για την υπογραφή της σύμβασης. Όλα τα μέλη της κοινοπραξίας ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρον. ... Οι διαχειριστές δηλώνουν από κοινού ότι ευθύνονται από κοινού αλληλέγγυα και εις ολόκληρον απέναντι στην Αναθέτουσα Αρχή ως προς την υποχρέωση της ένωσης εταιρειών για την εμπρόθεσμη και προσήκουσα σύμφωνα με τα τεύχη δημοπράτησης, τους κανόνες της τέχνης και της επιστήμης, εκπλήρωση του έργου καθώς και σύμφωνα με τους κανόνες της Τεχνικής και τις νομοθετημένες προδιαγραφές , καθώς και σύμφωνα με τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές της Τεχνικής Συγγραφής Υποχρεώσεων και της Διακήρυξης. Με την υποβολή της

προσφοράς κάθε μέλος της κοινοπραξίας ευθύνεται αλληλέγγυα και εις ολόκληρον και σε περίπτωση κατακύρωσης της σύμβασης σε αυτή, η ευθύνη αυτή εξακολουθεί μέχρι πλήρους εκτέλεσης της σύμβασης. Σε περίπτωση που εξαιτίας ανικανότητας για οποιοδήποτε λόγο, μέλος της Κοινοπραξίας δεν μπορεί να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις του κατά το χρόνο εκτέλεσης της Σύμβασης, τότε εάν οι συμβατικοί όροι μπορούν να εκπληρωθούν από τα εναπομείναντα μέλη της, η Σύμβαση εξακολουθεί να υφίσταται στο σύνολό της και να παράγει όλα τα έννομα αποτελέσματά της. Η δυνατότητα εκπλήρωσης των συμβατικών όρων από τα εναπομείναντα μέλη εξετάζεται από την Αναθέτουσα Αρχή η οποία και θα αποφασίσει σχετικά. Εάν η Αναθέτουσα Αρχή, αποφασίσει ότι τα εναπομείναντα μέλη δεν επαρκούν να εκπληρώσουν τους όρους της Σύμβασης τότε αυτά οφείλουν να ορίσουν αντικαταστάτη, με προσόντα αντίστοιχα του μέλους που αξιολογήθηκε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού. Ο αντικαταστάτης πρέπει να εγκριθεί με απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής. Τα μέλη της Κοινοπραξίας δηλώνουν από κοινού ότι αναλαμβάνουν εις ολόκληρο την ευθύνη για την εκπλήρωση της παροχής υπηρεσίας. Αναλαμβάνουν αλληλεγγύως και εις ολόκληρο την ευθύνη από τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό και την ευθύνη των παρεχόμενων υπηρεσιών. Με την υποβολή της Προσφοράς κάθε Μέλος της Κοινοπραξίας ευθύνεται αλληλέγγυα και σε ολόκληρο. Σε περίπτωση κατακύρωσης του Έργου στην Κοινοπραξία, η ευθύνη αυτή εξακολουθεί μέχρι πλήρους εκτέλεσης της Σύμβασης. Οι διαχειριστές υποχρεούνται να συμβάλλουν στην κατάρτιση της προσφοράς και τη συμμετοχή στο ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ με την προσφορά ανθρώπινου δυναμικού, εξωτερικών συνεργατών ή εξειδικευμένων συμβούλων, εξοπλισμού ή εγκαταστάσεων, πληροφοριακού υλικού και τεχνογνωσίας βάσει του αντικειμένου της επιχειρηματικής δραστηριότητας του καθενός. ... Τα μέλη της κοινοπραξίας εταιρειών ευθύνονται έκαστος, έναντι της Αναθέτουσας Αρχής, αλληλεγγύως και εις ολόκληρο για την υλοποίηση της σύμβασης. Σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στην Κοινοπραξία, η ευθύνη αυτή εξακολουθεί μέχρι πλήρους εκτέλεσης της σύμβασης. Εφόσον γίνουν ανάδοχοι του διαγωνισμού θα ευθύνονται απέναντι στον Κύριο του Έργου και την Αναθέτουσα

*Αρχή εις ολόκληρο για κάθε υποχρέωση που απορρέει από τη σύμβαση ή από τον νόμο. Σε περίπτωση που εξαιτίας ανικανότητας για οποιοδήποτε λόγο, Μέλος της κοινοπραξίας δεν μπορεί να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις του ως μέλους της κοινοπραξίας κατά το χρόνο εκτέλεσης της Σύμβασης, τότε εάν οι συμβατικοί όροι μπορούν να εκπληρωθούν από τα εναπομείναντα Μέλη της Κοινοπραξίας, η Σύμβαση εξακολουθεί να υφίσταται ως έχει και να παράγει όλα τα έννομα αποτελέσματά της με την ίδια τιμή και όρους. Η δυνατότητα εκπλήρωσης των συμβατικών όρων από τα εναπομείναντα Μέλη θα εξετασθεί από την Αναθέτουσα Αρχή η οποία και θα αποφασίσει σχετικά. Εάν η Αναθέτουσα Αρχή αποφασίσει ότι τα εναπομείναντα Μέλη δεν επαρκούν να εκπληρώσουν τους όρους της Σύμβασης τότε αυτά οφείλουν να ορίσουν ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΗ με προσόντα αντίστοιχα του Μέλους που αξιολογήθηκε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού. Ο ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΤΗΣ ωστόσο, πρέπει να εγκριθεί από την Αναθέτουσα Αρχή.”. Τα ως άνω εξάλλου που αναφέρονται στο πρακτικό της ένωσης, επικυρώθηκαν και από τις οικείες αποφάσεις των διαχειριστικών οργάνων των οικονομικών φορέων που την απαρτίζουν, οι οποίες συνυποβλήθηκαν μετά της προσφοράς. Επιπλέον, αμφότερα τα ως άνω μέλη της παραπάνω προσφεύγουσας κοινοπραξίας υπέβαλαν αυτοτελές ΕΕΕΣ, στο οποίο έκαστο εξ αυτών δήλωσε ότι συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης από κοινού με τον άλλο (Μέρος II Ενότητα Α), ενώ αντίστοιχα δήλωσαν ότι δεν στηρίζονται σε ικανότητες τρίτων υπεργολάβων ή μη (Μέρος II Ενότητα Γ) και ότι δεν προτίθενται να χρησιμοποιήσουν υπεργολάβους (στους οποίους δεν στηρίζονται ως προς τις ικανότητές τους) για την εκτέλεση της σύμβασης (Μέρος II Ενότητα Δ). Εκ των ως άνω καθίσταται σαφές, ασχέτως του ότι εν προκειμένω η κοινοπραξία έλαβε διατυπώσεις δημοσιότητας (γεγονός που αφορά τη φορολογική μεταχείρισή της και ζητήματα αναγκαστικής εκτέλεσης και πάντως, βάσει των όρων αυτής αλλά ιδίως των εγγράφων που υπεβλήθησαν στον προκείμενο διαγωνισμό είναι αδιάφορο για τη διάγνωση δέσμευσης αμφοτέρων των οικονομικών φορέως ως προσφερόντων) ότι η προκείμενη προσφορά υπεβλήθη από ένωση αυτοτελών οικονομικών φορέων, έκαστος εκ των οποίων αναλαμβάνει ιδιότητα αυτοτελούς προσφέροντος*

ευθυνόμενος αλληλεγγύως και εις ολόκληρον προς την αναθέτουσα ως προς το σύνολο εκπλήρωσης της σύμβασης και μη υπέχοντος θέση τρίτου οικονομικού φορέα κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 ή υπεργολάβου.

6. Επειδή εξάλλου (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 237/2018 και 253/2017), οι ιδιότητες του “τρίτου οικονομικού φορέα” υπό την έννοια των άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 ως και του υπεργολάβου διακρίνονται από αυτή του μέλους της ένωσης οικονομικών φορέων, διότι σε αμφότερες τις πρώτες περιπτώσεις απαιτείται ιδιότητα “τρίτου” έναντι του προσφέροντος, ο δε υπεργολάβος και ο “τρίτος οικονομικός φορέας” των άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 δεν συνιστούν προσφέροντα, μετέχοντα, μέρος ένωσης με τον προσφέροντα και αντισυμβαλλόμενο της αναθέτουσας και αν, ο τρίτος οικονομικός φορέας εκτελεί μέρος του φυσικού αντικειμένου (και επομένως έχει συντρέχουσα ιδιότητα υπεργολάβου) συμβάλλεται προς τούτο αποκλειστικά με τον ανάδοχο, ο οποίος του αναθέτει ο ίδιος την εκτέλεση μέρους της σύμβαση αλλά πάντως, ο ανάδοχος παραμένει μόνος υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον τρίτο τμήμα της σύμβασης. Αντίθετα, στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτής μετέχουν τα ίδια στη διαδικασία ανάθεσης, υποβάλλουν κοινή προσφορά και εν τέλει αναλαμβάνουν ευθέως εκ της κοινής προσφοράς τους και της κοινής συμμετοχής τους στη διαδικασία υποχρεώσεις έναντι της αναθέτουσας, κατ' άρ. 19 παρ. 4 Ν. 4412/2016 (και ομοίως στον όρο 2.2.1.2 της διακήρυξης) όπως δηλαδή εν προκειμένω. Στην προκείμενη, μάλιστα, περίπτωση, τούτο προκύπτει, ασχέτως του κοινοπρακτικού συμφωνητικού και ιδίως του ειδικού πρακτικού, με το οποίο και ανελήφθησαν οι εκατέρωθεν δεσμεύσεις των μελών για τη συγκεκριμένη προκείμενη διαδικασία, και απευθείας από την αυτοτελή υποβολή ΕΕΕΣ κάθε μέλους της προσφεύγουσας με τη ρητή δήλωση ότι μετέχουν από κοινού με το άλλο μέλος της σύμβασης και εκ της οποίας υποβολής και δήλωσης αναλαμβάνουν, άνευ ετέρου, ασχέτως μεταξύ τους συμφωνητικών, πρακτικών και επιμέρους ενοχικών συμφωνιών που αφορούν τις μεταξύ τους σχέσεις, ιδιότητα και υποχρεώσεις προσφέροντος. Εξάλλου, αυτός ήταν και ο κατά τη διακήρυξη ρητώς



προβλεπόμενος τρόπος υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, κατά τον όρο 2.4.3 αυτής, όπου αναφέρεται πως «Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά υποβάλλουν το ΕΕΕΣ για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση». Πολλώ δε μάλλον, αφού και εκ του πρακτικού που συνυπέβαλαν με την προσφορά τους στο ΕΣΗΔΗΣ ρητά αποσαφήνισαν την αλληλέγγυα έναντι της αναθέτουσας ευθύνη τους για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου και τη σύμπραξή τους για την ομού εκτέλεση αυτού, ενώ περαιτέρω, προκύπτει ότι το μέλος “...” διαθέτει την κύρια παραγωγική μονάδα στη Λέσβο, την οικονομική και διοικητική υποστήριξη και τον συντονισμό και το μέλος “...” διαθέτει προσωπικό, μηχανήματα, εργαλεία, πάσης φύσεως εξοπλισμό και υλικά όπως απαιτούνται από τη διακήρυξη και επιπλέον και τις εγκαταστάσεις Εφεδρικής Μονάδας. Περαιτέρω, το έρεισμα που η αναθέτουσα προβάλλει για τη δικαιολόγηση της προσβαλλομένης, επί μεμονωμένου όρου του κοινοπρακτικού ιδιωτικού συμφωνητικού, ότι δηλαδή το ως άνω δεύτερο μέλος της ανέλαβε να προσφέρει την τεχνογνωσία της παροχής υπηρεσιών παρασκευής, μεταφοράς και διανομής γευμάτων και την παροχή του αναφερόμενου στο ίδιο άρθρο εξοπλισμού, στερείται νόμιμης βάσης. Τούτο, διότι πρώτον η αναθέτουσα έλαβε ούτως υπόψη στοιχείο από τις εσωτερικές ενδοσυμβατικές σχέσεις των μελών της ένωσης οικονομικών φορέων και δη προγενέστερο της προκήρυξης της προκείμενης διαδικασίας, παρακάμπτοντας και μη λαμβάνοντας υπόψη την ίδια την από κοινού υποβολή προσφοράς στην ίδια την προκείμενη και μόνη υπό κρίση διαδικασία, όπως αυτή η υποβολή προκύπτει από τα ΕΕΕΣ των μετεχόντων. Και μάλιστα, μη λαμβάνοντας ομοίως υπόψη, το σύνολο των λοιπών όρων του ιδίου του κοινοπρακτικού, εκ των οποίων προέκυπτε η από κοινού και εις ολόκληρον ευθύνη και επομένως η ενότητα της συμμετοχής των μελών στο σύνολο του συμβατικού αντικειμένου. Δεύτερον, ακόμη και αν υποτίθετο ότι το ως άνω κοινοπρακτικό της δημιουργούσε αμφιβολίες περί του αντικειμένου δέσμευσης εκάστου μέλους της ένωσης, το μεταγενέστερο και κυρίως ειδικό επί της συγκεκριμένης συμμετοχής στην προκείμενη διαδικασία πρακτικό των ως άνω μελών, με το οποίο αποσαφηνιζόταν ότι στη

συγκεκριμένη διαδικασία και υπ' ανάθεση διαδικασία, το πρώτο μέλος θα συνεισφέρει την κύρια μονάδα στη Λέσβο και το δεύτερο τον εξοπλισμό, το προσωπικό και την εφεδρική μονάδα, αρκούσε εξαρχής για την άρση των επιφυλάξεων αυτών, ακόμη και αν δεν λαμβανόταν, εσφαλμένα σε κάθε περίπτωση, η από κοινού υποβολή προσφοράς δια των ως άνω επί της διαδικασίας ΕΕΕΣ. Τρίτον, ακόμη και αν πάλι της καταλείπονταν αμφιβολίες δύνατο και δη εν προκειμένω, υποχρεούτο κατ' άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016 να ζητήσει αποσαφήνιση τι ακριβώς αναλάμβανε έκαστο μέλος της ένωσης και τι εισέφερε. Σε κάθε εξάλλου, περίπτωση, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας καταρρίπτονται από τα ίδια τα υποβληθέντα στην προκείμενη διαδικασία δικαιολογητικά, εκ των οποίων προέκυπτε η εκ μέρους του δεύτερου μέλους της κοινοπραξίας εισφορά στην προσφορά της εφεδρικής μονάδας.

7. Επειδή, κατά τα ακριβώς παραπάνω, καταρχήν προκύπτει ότι εσφαλμένα η αναθέτουσα, αντιμετώπισε την ως άνω προσφορά της προσφεύγουσας ως εν τοις πράγμασι προσφορά αποκλειστικά του πρώτου ως άνω Μέλους της, από το οποίο αξίωσε την εκ μέρους του εκπλήρωση αυτοτελώς και από μόνου του των απαιτήσεων δυναμικότητας, κριτηρίων επιλογής και εμπειρίας, ενώ περαιτέρω έλαβε υπόψη το δεύτερο μέλος ως τρίτο έναντι του παραπάνω πρώτου μέλους. Και τούτο, διότι κατ' εσφαλμένη εκτίμησή της, που καθίσταται προφανέστερη στις υποβληθείσες Απόψεις της, δεν έλαβε υπόψη της την προσφορά τους ως μία, κοινή και ενιαία, παρά εκτίμησε και αξιολόγησε κατ' αυτοτελή τρόπο τα υποβαλλόμενα εκ των προσφερόντων στοιχεία, ως αυτά να αποτελούσαν επιμέρους προσφορές και όχι ως αναπόσπαστα μέρη της ίδιας προσφοράς. Και ναι μεν, θα ήταν δυνατή η επιμέρους εξέταση της πλήρωσης συγκεκριμένων κριτηρίων επιλογής επί του προσώπου εκάστου των μελών της ένωσης, κατ' άρ. 19 παρ. 2 εδ. β' και δ' Ν. 4412/2016, που ορίζει ότι *“Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας*

κατά τα άρθρα 75, 76 και 77 εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας. ... Όροι που αφορούν την εκτέλεση της σύμβασης από ενώσεις οικονομικών φορέων, διαφορετικοί από εκείνους που επιβάλλονται σε μεμονωμένους συμμετέχοντες, πρέπει επίσης να δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους και να είναι σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας.”. Πλην όμως, όπως προκύπτει και από την ως άνω διάταξη νόμου, αυτή η επιμέρους αυτοτελής πλήρωση, απαιτούσε ειδική, σαφή και ρητή πρόβλεψη στο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης και όχι εκ των υστέρων κατά διασταλτική ερμηνεία της, μεταβολή των όρων της. Ουδόλως όμως στο ως άνω κανονιστικό περιεχόμενο προκύπτει τέτοια πρόβλεψη, πλην της περίπτωσης του όρου 2.2.3 που αφορά τους λόγους αποκλεισμού κάθε είδους και του όρου 2.2.4.4 που αφορά τα κριτήρια επιλογής ειδικώς ως προς την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας και της περίπτωσης της νόμιμης σύστασης και συγκρότησης. Η δε υπάρχουσα στο τέλος του όρου 2.2.6 “*Διευκρίνιση: Σε περίπτωση Κοινοπραξίας ή Ένωσης Εταιρειών που υποβάλλουν κοινή προσφορά, τα ανωτέρω στοιχεία παρέχονται από ένα τουλάχιστον μέλος που συμμετέχει στην Κοινοπραξία ή την Ένωση, ή όπου απαιτείται (αναλόγως της φύσης της συνεργασίας) από κάθε μέλος ή / και αθροιστικά*» και συγκεκριμένα η αναφορά «αναλόγως της φύσης της συνεργασίας» ουδόλως δύναται να καλύψει την τυχόν εκ μέρους της αναθέτουσας απεριόριστη ευχέρεια, όπως ανά περίπτωση και κατά το στάδιο της αξιολόγησης το πρώτον κρίνει, άνευ ρητής πρόβλεψης ποια στοιχεία θα πρέπει να συντρέχουν αυτοτελώς στο πρόσωπο εκάστου οικονομικού φορέα ή αθροιστικά. Αντίθετα έχει τη σαφή έννοια ότι όταν υποβάλλεται κοινή προσφορά, δηλαδή προσφορά ένωσης οικονομικών φορέων, όπως εν προκειμένω, τα κριτήρια επιλογής καταρχήν αρκεί να παρέχονται από ένα τουλάχιστον μέλος, ενώ μόνο και ειδικώς «όπου απαιτείται», δηλαδή όπου υπάρχει σαφής μνεία, ενδέχεται να πρέπει να πληρούνται από κάθε μέλος αυτοτελώς ή και αθροιστικά. Εξάλλου η αναφορά του ως άνω όρου «αναλόγως της φύσης της συνεργασίας» αφορά τις περιπτώσεις όπου έκαστο μέλος εισφέρει αυτοτελή τεχνικά μέσα, εγκαταστάσεις

και προσωπικό και επομένως για κάθε εισφερόμενο ούτως κριτήριο, θα πρέπει να αποδειχθεί η συνδρομή του οικείου κριτηρίου επιλογής στο πρόσωπο του εισφέροντος, όπως εν προκειμένω εξάλλου όντως συνέβη, όσον αφορά τις αδειοδοτήσεις και πιστοποιήσεις των επιμέρους παραγωγικών μονάδων που το κάθε μέλος της προσφεύγουσας εισέφερε. Αντιστοίχως, ο όρος 2.2.9.2 Β9 που αναφέρει ότι *«Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά υποβάλλουν τα παραπάνω, κατά περίπτωση δικαιολογητικά, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση, σύμφωνα με τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 19 παρ. 2 του Ν. 4412/2016»*, παραπέμπει στη διάταξη του άρ. 19 παρ. 2 Ν. 4412/2016, η οποία κατά τα ως άνω παραπέμπει στις ανά περίπτωση ειδικότερες ρυθμίσεις της διακήρυξης, περί ποια τυχόν κριτήρια επιλογής πρέπει υποχρεωτικά να συντρέχουν στο πρόσωπο εκάστου μέλους ένωσης οικονομικών φορέων. Θα ήταν εξάλλου και αντιφατικό ως και αντίθετο στον ίδιο τον Ν. 4412/2016, αλλά και τις οικείες διατάξεις της διακήρυξης, να επιτρέπεται μεν η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα για την πλήρωση κριτηρίων επιλογής περί την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, όπως είναι εξάλλου η προηγούμενη εμπειρία, αλλά να μην επιτρέπεται η εξ ενώσεων οικονομικών φορέων στήριξη στις ικανότητες των ίδιων των μελών της όσον αφορά τα ίδια κριτήρια. Σημειωτέον δε, ότι και ο όρος 2.2.9.2.14 Β4 περί δικαιολογητικών που αποδεικνύουν τα κριτήρια επιλογής ως προς την τεχνική ικανότητα παραπέμπει ρητά και ειδικά στο *«σύνολο των δικαιολογητικών που αναφέρονται στις παραγράφους από 2.2.6.1 έως και 2.2.6.9»*. Επομένως, ουδόλως προκύπτει ότι όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, δηλαδή αυτά του όρου 2.2.6 της διακήρυξης χρειάζεται αυτοτελώς να πληρούνται από το σύνολο των μελών ένωσης οικονομικών φορέων, υπό την έννοια ότι κάθε οικονομικός φορέας πρέπει να μόνος του να πληροί το σύνολο των οικείων κριτηρίων και ότι δεν δύναται η ένωση να πληροί κάποιο κριτήριο δια μόνου ενός μέλους της. Ομοίως, τούτο δεν απαιτείται να ισχύει και όσον αφορά την εκ μέρους της ένωσης πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης (οι οποίες διαφέρουν από τα

κριτήρια επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, καθώς οι προδιαγραφές προσδιορίζουν αυτό καθαυτό το προκείμενο συμβατικό αντικείμενο, ενώ τα κριτήρια επιλογής τις προσωπικές προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούν οι προσφέροντες, βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017) και της εκ μέρους της δυνατότητα κάλυψης του συμβατικού αντικειμένου, δεδομένου εξάλλου ότι και τα ως άνω επικαλούμενα από αυτήν σχετικά με την παραπάνω εντός του όρου 2.2.6 «Διευκρίνιση» αφορούν τα κριτήρια επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (αφού αυτό είναι και το αντικείμενο του όρου 2.2.6). Είναι δε αυτονόητο ότι όταν συμμετέχει σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ένωση οικονομικών φορέων, οι προδιαγραφές δύνανται να πληρούνται αθροιστικά δια συνδυασμού των δυνατοτήτων των μελών της ή και ορισμένες, από ένα μέλος της, άλλες δε από έτερο μέλος της. Άλλως, όχι απλώς θα παρεμποδιζόταν η συμμετοχή ενώσεων οικονομικών φορέων σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αλλά θα ματαιωνόταν και ο ίδιος ο σκοπός τους, δηλαδή η ένωση των επιμέρους δυνατοτήτων των οικονομικών φορέων προς τον σκοπό υποβολής μιας ενιαίας προσφοράς για την ανάληψη ενός ενιαίου συμβατικού αντικειμένου.

8. Επειδή, σύμφωνα με την πρώτη βάση αποκλεισμού της προσφοράς *“Η δηλωθείσα ως κύρια μονάδα παραγωγής εταιρεία «...», με έδρα την Παγανή Μυτιλήνης, σύμφωνα με την απόφαση χορήγησης αριθμού έγκρισης του ΕΦΕΤ της 14 Φεβ 18, έχει δυναμικότητα παραγωγής 10.000 μερίδων ζεστής κουζίνας/ημέρα και 6.000 μερίδων κρύας κουζίνας/ ημέρα. Η παραπάνω δυναμικότητα δεν καλύπτει την απαίτηση του Παραρτήματος «Α» της υπ. αριθ. 15/2017 Αρχικής Πρόσκλησης (ΑΔΑ: Ψ1ΞΖ6- ΡΒΙ, ΑΔΑΜ: 17PROC002486852) για παροχή 6.850 μερίδων πρωινού, γεύματος, πρόδειπνου – σνακ και δείπνου ανά ημέρα.”*. Κατά το Παράρτημα Α της Διακήρυξης η μέγιστη εκτιμώμενη ποσότητα ημερήσιων ατομικών μερίδων που αφορά η διαδικασία ανέρχεται σε 6.850. Κατά τη δε κυρίως Διακήρυξη (Παράρτημα-Τεύχος Β στη Φ.600/203/26579/Σ.5236), όρο 1.3.5 αυτής το φυσικό αντικείμενο των μέγιστων ημερήσιων μερίδων συσσιτίου επαναλαμβάνεται σε 6.850, με εκτιμώμενη άνευ

ΦΠΑ αξία έκαστης 6,15 ευρώ. Κατά τον δε όρο 4.3.3 αυτής “προβλέπεται η χορήγηση τριών (3) έτοιμων γευμάτων ανά ημέρα (πρωινό, μεσημεριανό, βραδινό και ένα σνακ) για κάθε ενήλικα συμπεριλαμβανομένων ειδικών συσσιτίων όπως συσσίτια για ευάλωτες ομάδες, σύμφωνα με τις Προσθήκες «1/1» έως «6/1» του Παραρτήματος «1» της παρούσας...”. Περαιτέρω, το άρ. 12 παρ. 4 του Παραρτήματος VII-ΣΥΜΒΑΣΗ ΥΠ’ ΑΡ. .../20... ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΣΙΤΙΣΗΣ ορίζει ότι «Εφόσον παραγγελθεί και διατεθεί μέρος ημερήσιας μερίδας δηλαδή πρωινό, ή πρόγευμα ή γεύμα ή πρόδειπνο ή δείπνο η πληρωμή θα είναι το 15%, 5%, 40%, 5% ή 35% αντίστοιχα, της τιμής του αναδόχου με την οποία έχει υπογραφεί η σύμβαση”, ενώ αντίστοιχα και το άρ. 12 παρ. 2 του ίδιου Παραρτήματος διακρίνει μεταξύ παραλαβής που αφορά το ενιαίο σύνολο της ημερήσιας μερίδας από αυτήν που αφορά το μέρος αυτής για τυχόν πρωινό ή πρόγευμα ή γεύμα ή πρόδειπνο ή δείπνο. Ούτως, εκ του συνδυασμού των ως άνω προκύπτει ότι η έννοια των “ημερήσιων ατομικών μερίδων” (άρα και ο αριθμός 6.850) αφορά την ολοκληρωμένη ανά άτομα και ανά ημέρα σίτιση και όχι τα τυχόν επιμέρους γεύματα που απαρτίζουν την κάθε ενιαία μερίδα, αναλόγως κατηγορία σιτιζομένου (ενήλικες, ανήλικοι, διαβητικοί κλπ). Περαιτέρω, κατά τον όρο 4.3.5 “Τουλάχιστον ένα από τα, γεύμα ή δείπνο, πρέπει να αποτελείται από φρέσκο φαγητό που σερβίρεται ζεστό. Διευκρινίζεται ότι, ως «φρέσκο» θεωρείται το μαγειρευτό φαγητό που παρασκευάζεται σε τοπικές μονάδες.”. Συνεπώς, οι προσφέροντες οφείλουν να μπορούν να παραδώσουν 6.850 συσσίτια ανά ημέρα, δηλαδή να μπορούν να εξυπηρετήσουν 6.850 ολοκληρωμένες σιτίσεις, το ένα δε γεύμα εκ κάθε συσσιτίου θα πρέπει να προέρχεται από λειτουργία ζεστής κουζίνας, χωρίς να απαγορεύεται να προέρχονται και περισσότερα από ένα, ανά ημέρα, επιμέρους γεύματα από λειτουργία ζεστής κουζίνας. Κατά τον όρο 2.2.6.5, θεσπίζεται ως αποδεικτικό μέσο κριτηρίου επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια “Αναφορά διάθεσης σε ισχύ των πιστοποιητικών που αναφέρονται στην παρ. 2.2.7 και έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας ή υπηρεσίες αναγνωρισμένων ικανοτήτων. Επίσης, ο οικονομικός φορέας υποχρεούται στην υποβολή, Υπεύθυνης Δήλωσης αποδοχής ελέγχου

διενεργούμενου από την Αναθέτουσα Αρχή ή, εξ ονόματός της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού. Ο έλεγχος αυτός θα διεξαχθεί αρχικά κατά τη φάση της τεχνικής αξιολόγησης της προσφοράς για την τεκμηρίωση των δηλωθέντων και κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης για επιβεβαίωση των συμφωνηθέντων και θα αφορά το παραγωγικό δυναμικό του και τις τεχνικές / επαγγελματικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, εφόσον κρίνεται αναγκαίο, τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας.” Συνεπώς, θεσπίσθηκε ως κριτήριο επιλογής η διαπιστωμένη μετά από έλεγχο της αναθέτουσας ή τρίτου πιστοποιημένου φορέα της δυναμικότητας των προσφερόντων. Κατά τον δε όρο 2.2.6.4, θεσπίζεται ως αποδεικτικό μέσο κριτηρίου επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια η “Αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού (σε είδη πρώτων υλών παρασκευής γευμάτων) και των συστημάτων εξασφάλισης «συνέχειας» (απρόσκοπτης λειτουργίας) παροχής υπηρεσιών παρασκευής γευμάτων και διανομής, που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Για τα προαναφερθέντα θα πρέπει ο μειοδότης να διαθέτει αποκλειστικής χρήσης αυτόνομη «εφεδρική» μονάδα στην ίδια πόλη ή άλλη κεντρική πόλη υπό την προϋπόθεση ότι θα εξασφαλίζεται η αμεσότητα των υπηρεσιών, τουλάχιστον ίσης δυναμικότητας (ή μεγαλύτερης) από τη μονάδα που χρησιμοποιεί και έχει δηλωθεί ως «κύρια» για το εδαφικό διαμέρισμα / περιοχή του ΚΥΤ. ”. Κατά τον δε όρο 4.3.8 “Η εφεδρική μονάδα (EM) η οποία θα ενεργοποιηθεί σε περίπτωση αδυναμίας παραγωγής στην αρχική κύρια μονάδα (KM), πρέπει υποχρεωτικά 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.”. Συνεπώς, εκ των συνδυασμό των ως άνω, οι προσφέροντες υποβάλλουν προσφορά με κύρια και εφεδρική μονάδα, εκ των οποίων η δεύτερη θα πρέπει να έχει τουλάχιστον ίδια δυναμικότητα με την πρώτη, αλλά

δύναται βρίσκεται τοποθετημένη σε άλλη κεντρική πόλη από την περιοχή του ΚΥΤ, υπό τον όρο εξασφάλισης της αμεσότητας κάλυψης των αναγκών. Επιπλέον, η δηλούμενη ως εφεδρική μονάδα μπορεί και να χρησιμοποιηθεί και ως κύρια, δηλαδή να μετάσχει στην κάλυψη του φυσικού αντικείμενου της διακήρυξης, ήτοι της παραγωγής 6.850 μερίδων ημερησίως και μάλιστα ακόμη και από την αρχή της υλοποίησης της σύμβασης, με μόνη απαίτηση τη δήλωση του αναδόχου νέας εφεδρικής μονάδας που ικανοποιεί τις απαιτήσεις που θεσπίστηκαν για την αρχική εφεδρική μονάδα. Άρα, 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. Αυτό προκύπτει και από τον όρο 2.1.3 της διακήρυξης που αναφέρει ότι *“Υποχρεωτική η ύπαρξη εφεδρικής μονάδας (EM) η οποία θα ενεργοποιηθεί σε περίπτωση αδυναμίας παραγωγής στην αρχική κύρια μονάδα (KM), και η οποία πρέπει υποχρεωτικά να ικανοποιεί τις ίδιες προϋποθέσεις με την αρχική, σύμφωνα με τις παραγράφους 4.3.8 και 4.3.22 της παρούσας.”*, ο οποίος παραπέμπει αφενός στον ως άνω όρο 4.3.8, που μεταξύ άλλων αναφέρει και εξαρχής χρήση της εφεδρικής μονάδας ως κύριας, αφετέρου αναφέρεται γενικώς σε αδυναμία παραγωγής, χωρίς να διακρίνει μεταξύ εν όλω ή εν μέρει αδυναμίας και ούτως έχει την έννοια της δυνατότητας, και έστω του μη αποκλεισμού αυτής της δυνατότητας, συμπλήρωσης της κύριας μονάδας από την εφεδρική. Περαιτέρω, η διακήρυξη θέτει τον όρο εξασφάλισης αμεσότητας κάλυψης των αναγκών. Εν προκειμένω, πάντως, ουδόλως η αναθέτουσα έκρινε ότι η εφεδρική μονάδα της προσφεύγουσας στην Πεύκη Θεσσαλονίκης, δεν πληροί την ως άνω απαίτηση, πράγμα που εξάλλου, θα έπρεπε να έχει ελεγχθεί εξαρχής, δεδομένου ότι κατά τους όρους της διακήρυξης, ο ρόλος της εφεδρικής μονάδας είναι ακριβώς να καλύψει το συμβατικό αντικείμενο, δηλαδή τις καθημερινές ανάγκες σίτισης, ως νέα κύρια μονάδα σε αντικατάσταση ή συμπλήρωση της πρώτης. Σε κάθε όμως, περίπτωση, όσον αφορά τα ζητούμενα φρέσκα γεύματα ζεστής κουζίνας, είναι εύλογο η αναθέτουσα να απαιτεί μια χωροθετική εγγύτητα της μονάδας παραγωγής τους ή έστω την



απόδειξη δυνατότητας άμεσης μεταφοράς τους, λόγω της ίδιας της φύσης τους. Τούτο όμως, δεδομένου ότι λείπει και κάποια ειδικότερη πρόβλεψη της διακήρυξης, δεν προκύπτει ότι πρέπει να συντρέχει όσον αφορά τα μη φρέσκα κρύα γεύματα, τα οποία εκ της φύσεώς τους παράγονται για να καταναλώνονται σε χρόνο που απέχει από την παραγωγή τους και μάλιστα άλλα συνηθίζεται και κατά την κοινή πείρα να καταναλώνονται σε ύστερο χρόνο (σάντουιτς, γιαούρτια, ξηροί καρποί, φρούτα, αραβικές πίτες, εν γένει πίτες, ελιές, τυρί, ταχίνι, μέλι, σαλάτες κλπ, σε σχέση με όσα προβλέπει η διακήρυξη), ενώ άλλα, όπως εξάλλου ουδόλως η διακήρυξη απαγορεύει (παρά μάλιστα επιτρέπει το ένα εκ του γεύματος/δείπνου να είναι κρύας κουζίνας και μη φρέσκο) την παράδοση επαναθερμασμένων έτοιμων γευμάτων, με μόνο περιορισμό ότι το ένα εκ των γευμάτων της ημέρας να πρέπει να είναι φρέσκο. Αντίθετα, δια της ρητής επισήμανσης στον ως άνω όρο 4.3.5 ότι «...Διευκρινίζεται ότι, ως «φρέσκο» θεωρείται το μαγειρευτό φαγητό που παρασκευάζεται σε τοπικές μονάδες», η διακήρυξη επέβαλε τον όρο παρασκευής σε τοπικές μονάδες, ήτοι μονάδες γειτνιάζουσες με την παράδοση, δηλαδή εγκατεστημένες στη νήσο Λέσβο αποκλειστικά για το «φρέσκο» γεύμα, δηλαδή για το ένα εκ των περισσότερων επιμέρους γευμάτων που απαρτίζουν την ημερήσια μερίδα. Συνεπώς, μια τεχνική προσφορά ήταν κατάλληλη με βάση τους όρους της συγκεκριμένης διαδικασίας, εφόσον σωρευτικά, πρώτον, αποδείκνυε δυνατότητα παραγωγής ενός (1) επιμέρους γεύματος ζεστής κουζίνας για 6.850 μερίδες και δεύτερον, των υπολοίπων γευμάτων κρύας κουζίνας για 6.850 μερίδες. Κατά τον δε όρο 4.3.3 της διακήρυξης προβλέπεται η χορήγηση καταρχήν τριών έτοιμων γευμάτων, ήτοι πρωινό, μεσημεριανό και βραδινό, το δε επιμέρους «σνακ», κατά τον ίδιο ως άνω όρο δεν χαρακτηρίζεται ως έτοιμο γεύμα, άρα ούτε γεύμα κρύας κουζίνας (εκ του δε χαρακτήρα του σύμφωνα με τα οικεία που προβλέπει η διακήρυξη συνίσταται σε τυποποιημένα τρόφιμα που δεν χρήζουν παρασκευής αλλά χορηγούνται έτοιμα και συσκευασμένα, όπως σάντουιτς, γιαούρτι, φρούτα, ξηροί καρποί κλπ). Πρέπει όμως να ληφθεί υπόψη ότι στα ως άνω δεν λαμβάνεται υπόψη, ότι κατά την Προσθήκη 4 της διακήρυξης, δεν υφίσταται «ζεστό γεύμα» για βρέφη έως 6 μηνών αλλά 4

χορηγήσεις με βάση την ανασύσταση του γάλακτος, υφίστανται κατά την προσθήκη 5 μόνο 3 γεύματα και επομένως μόνο 2 κρύα γεύματα για βρέφη έως 12 μηνών, υφίστανται κατά την προσθήκη 6 4 γεύματα δηλαδή 3 κρύα γεύματα για ανήλικα 1-12 ετών, ενώ όσον αφορά τα υπόλοιπα σιτιζόμενα άτομα, ήτοι εν γένει ενήλικες κατά την προσθήκη 1, διαβητικούς κατά την προσθήκη 2 και ευάλωτες ομάδες κατά την προσθήκη 3, τα ημερήσια γεύματα ήταν 3, άρα τα κρύα γεύματα 2.

9. Επειδή, εν προκειμένω με τη με αρ. πρωτ. ... Χορήγηση Αριθμού Έγκρισης του ΕΦΕΤ εγκρίθηκε η εγκατάσταση παραγωγής μαγειρεμένων φαγητών (catering), της επιχείρησης «...» και μέλους της προσφεύγουσας κοινοπραξίας, στην Παγανή Μυτιλήνης, με εγκεκριμένη δραστηριότητα, την παραγωγή μαγειρεμένων φαγητών (catering), αρ. έγκρισης ... για την παραγωγή μαγειρεμένων φαγητών και δυναμικότητα 10.000 μερίδες ζεστής κουζίνας/ημερησίως και 6.000 μερίδες κρύας κουζίνας ημερησίως. Ούτως, παρότι ούτε εκ της προσβαλλομένης ούτε εκ των Απόψεων της αναθέτουσας καθίσταται απολύτως σαφές αν έκρινε την προσφεύγουσα ως αποκλειστέα λόγω τυχόν ελλιπούς δυναμικότητας ως προς τα γεύματα ζεστής ή ως προς τα γεύματα κρύας κουζίνας (οι δε Απόψεις της οδηγούν στο ότι ο λόγος αποκλεισμού ήταν η ανεπάρκεια σε μαγειρεμένο φαγητό, αφού αναφέρουν ότι η «...» αναλαμβάνει να διαθέσει τις εγκαταστάσεις μαγειρεμένου φαγητού και ότι η δική της δυναμικότητα, άρα η δυναμικότητα μαγειρεμένου φαγητού, ήταν ανεπαρκής), εν προκειμένω προκύπτει πως μόνη της η ως άνω παραγωγική μονάδα του ενός μέλους της κοινοπραξίας, ασχέτως δε της συνεισφοράς του έτερου μέλους αυτής, το οποίο κατά το κοινοπρακτικό καταστατικό και του πρακτικού ανάληψης συμμετοχής, εκτός της τεχνογνωσίας, συνεισέφερε και εξοπλισμό, προσωπικό και τεχνικά μέσα, στοιχεία που κατά την κοινή πείρα αυξάνουν την παραγωγικότητα, ούτως ή άλλως και μόνη της επαρκούσε για την πλήρωση της ελάχιστης τεχνικής προδιαγραφής της διακήρυξης, περί εξυπηρέτησης τουλάχιστον ενός (1) ζεστού γεύματος ημερησίως με αριθμό 6.850 μερίδων (αφού οι 10.000 μερίδες ζεστής κουζίνας υπερβαίνουν τα 6.850

επιμέρους γεύματα μερίδων). Άρα, η προσφορά της προσφεύγουσας, με μόνη τη χρήση της μονάδας στη Λέσβο, υπερκάλυπτε τις απαιτήσεις γευμάτων ζεστής κουζίνας και συνεπώς «μαγειρευτού φαγητού» που πρέπει να παρασκευάζεται σε τοπική μονάδα, κατά τον όρο 4.3.5 της διακήρυξης. Εφόσον, λοιπόν, η πρώτη βάση αποκλεισμού της προσφεύγουσας ήταν η ανεπάρκεια δυναμικότητας ως προς το υποχρεωτικώς παρασκευαζόμενο σε τοπική μονάδα μαγειρεμένο φρέσκο φαγητό, αυτή είναι εσφαλμένη κατά τα ως άνω.

**10.** Επειδή, ασχέτως της προηγούμενης σκέψης προκύπτουν και τα εξής. Παρότι η αναθέτουσα με τις Απόψεις της, και ορθώς, διευκρινίζει ότι η έννοια της «μερίδας» αφορά το σύνολο των επιμέρους κρύων και ζεστών γευμάτων ανά σιτιζόμενο ημερησίως, υπολαμβάνει την εκ του ΕΦΕΤ ως άνω πιστοποίηση δυναμικότητας της μονάδας της Προσφεύγουσας στη Λέσβο, ως αναφερόμενη σε επιμέρους γεύματα και συνεπώς όχι σε πλήρεις μερίδες, παρότι κάτι τέτοιο δεν προκύπτει, τουλάχιστον, από την παραπάνω αξιολογηθείσα αδειοδότηση. Ήτοι, η αναθέτουσα ερμηνεύει τον όρο «μερίδα» με 2 αντίθετους τρόπους, όσον αφορά μεν τη δική της απαίτηση ως συνιστάμενη από περισσότερα γεύματα και όσον αφορά τη δυναμικότητα της προσφεύγουσας ως συνιστάμενη από ένα γεύμα. Σε κάθε όμως περίπτωση και δεδομένων των όσων ισχυρίζεται ο προσφεύγων πως η ως άνω πιστοποιημένη δυναμικότητά της συγκεκριμένης μονάδας στη Λέσβο, αφορά την ανά 8ωρο παραγωγή του και συνεπώς ότι κατά τον τρόπο που η αναθέτουσα ερμηνεύει την έννοια της «μερίδας», ο ίδιος προσφέρει 30.000 γεύματα ζεστής κουζίνας ημερησίως και 18.000 γεύματα κρύας κουζίνας ημερησίως, κατ' αποτέλεσμα και με μόνη την ως άνω παραγωγική μονάδα υπερκαλύπτει την απαίτηση της διακήρυξης, όφειλε πριν τον αποκλείσει, κατ' άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016 να τον καλέσει για διευκρινίσεις περί της αληθούς παραγωγικότητάς του ανά ημέρα εκφρασμένη σε επιμέρους γεύματα. Τούτο, πολλώ δε μάλλον, αφού κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη, οι μερίδες διαρθρώνονται με διαφορετικό τρόπο ανά κατηγορία πληθυσμού, με τον αριθμό των κρύων γευμάτων να ποικίλλει και

συνεπώς να μην μπορεί η απαίτηση για συγκεκριμένο αριθμό μερίδων να ερμηνευθεί με ασφάλεια σε επιμέρους γεύματα. Ομοίως, τούτο ήταν αναγκαίο και δεδομένου ότι, όπως αναλύθηκε στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, ορισμένα εκ των κρύων γευμάτων και ιδίως το πρωινό, αλλά και επιμέρους μέρη του δείπνου (σημειωτέον ότι κατά τον όρο 4.3.3 της διακήρυξης, το σνακ δεν λαμβάνεται υπόψη ως έτοιμο γεύμα και επομένως ούτε ως γεύμα κρύας κουζίνας) ή τα γεύματα για ορισμένες κατηγορίες σπιτιζομένων όπως τα βρέφη, όπως αυτά προκύπτουν από την ίδια τη διακήρυξη και δη τις προσθήκες αυτής, συνίστανται σε όλως τυποποιημένα τρόφιμα έτοιμα προς χρήση, τα οποία ενδέχεται να μην προσμετρώνται ακόμη και στη δυναμικότητα κρύας κουζίνας. Συνεπώς, ακόμη και αν λαμβανόταν υπόψη μόνη της η ως άνω κύρια μονάδα, και πάλι δεν προκύπτει άνευ ετέρου ότι αυτή δεν επαρκεί για την κάλυψη των γευμάτων κρύας κουζίνας. Πάντως, προκύπτει ότι επαρκεί για την κάλυψη γευμάτων ζεστής κουζίνας, όπως και για την κάλυψη γεύματος και δείπνου, δηλαδή  $6.850 \times 2 = 13.700$  γεύματα ημερησίως, με μίξη δυνατοτήτων ζεστής και κρύας κουζίνας (δηλαδή κάποια φρέσκα και κάποια έτοιμα θερμασμένα), που ουδόλως απαγορεύεται κατά τη διακήρυξη και τούτο, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η δυναμικότητα της μονάδας αυτής αναφέρεται σε 16.000 γεύματα και 16.000 όχι πλήρεις μερίδες). Εξάλλου, κατά τον ως άνω όρο 2.2.6.5 η ίδια η αναθέτουσα αναφέρεται σε εκ μέρους αυτής ή τρίτου φορέα έλεγχο της παραγωγικότητας των μονάδων, κατά το στάδιο τεχνικής αξιολόγησης, πράγμα που ουδόλως προκύπτει ότι έλαβε χώρα. Ούτως, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η πρώτη βάση αποκλεισμού της προσφεύγουσας δεν ήταν η δυναμικότητα μαγειρεμένου φαγητού, βάση που κρίθηκε εσφαλμένη κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη, αλλά αντίθετα η τυχόν ανεπάρκεια δυναμικότητας επί των κρύων γευμάτων και ακόμη και υπό την προϋπόθεση μη λήψης υπόψη της εφεδρικής μονάδας, και πάλι η αναθέτουσα όφειλε, δεδομένων και των οικείων ασφαειών της διακήρυξης, αλλά και του συνομολογούμενου (από τον όρο 4.3.7 της διακήρυξης που καθιερώνει μεν τον αριθμό μερίδων ως τον συνολικό μέγιστο, χωρίς να επεξηγεί σε πόσα γεύματα αντιστοιχεί, όπως και από τις προσθήκες αυτής), μεταβαλλόμενου αριθμού κρύων γευμάτων, να καλέσει την

προσφεύγουσα για διευκρινίσεις, πριν τυχόν την αποκλείσει λόγω ελλιπούς δυναμικότητας.

11. Επειδή, ασχέτως των ως άνω, ακόμη και αν υποθεθεί ότι η πρώτη βάση αποκλεισμού αναφερόταν στην ανεπάρκεια δυναμικότητας ως προς τα γεύματα κρύας κουζίνας και πέραν των διαπιστώσεων της αμέσως προηγούμενης σκέψης, προκύπτουν επιπλέον και τα ακόλουθα. Σύμφωνα με τις ως άνω σκ. 5-8, η δυνατότητα της προσφεύγουσας ένωσης οικονομικών φορέων, δεδομένης και της έλλειψης αντίθετου όρου της διακήρυξης, να ανταποκριθεί στο συμβατικό αντικείμενο όφειλε να ερευνηθεί επί τη βάση των συνδυασμένων μέσων που αμφότερα τα μέλη της και εν τέλει η ίδια η ένωση προσφέρει προς εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου και δη με λήψη υπόψη της παραγωγικότητας της εφεδρικής μονάδας, η οποία κατά τους όρους της διακήρυξης, βλ. σκ. 8, δύναται εξ αρχής της συμβάσεως να χρησιμοποιηθεί προς εν όλω αναπλήρωση και εν μέρει συμπλήρωση της κύριας μονάδας, γεγονός που παρά τους οικείους ισχυρισμούς της προσφυγής δεν αμφισβητεί η αναθέτουσα με τις Απόψεις της. Τούτο δε ισχύει προεχόντως για τα γεύματα κρύας κουζίνας, για τα οποία κατά τον όρο 4.3.5 δεν χρειάζεται να παρασκευάζονται σε τοπικές μονάδες και συνεπώς, ουδείς λόγος υφίσταται ούτε κατά το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης ούτε και κατ' ουσία, για να μην παρασκευάζονται στην εφεδρική μονάδα και να μεταφέρονται στον τόπο παράδοσης. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ένωση προσφέρει ως εφεδρική μονάδα την εγκριθείσα με τελευταία Άδεια Λειτουργίας με αρ. πρωτ. ... της Περιφέρειας Κεντρικής Μακεδονίας, μονάδα στο Δημοτικό Διαμέρισμα Πεύκων, στον Δήμο Νεάπολης-Συκεών Θεσσαλονίκας, με εγκριθείσα ημερήσια δυναμικότητα 20.000 μαγειρευμένα γεύματα, 10.000 σάντουιτς και 10.000 σαλάτες. Συνεπώς, ακόμη και αν η κύρια μονάδα στη Λέσβο και παρ' όλα όσα αναφέρθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, δεν επαρκούσε για τα κρύα γεύματα, αφήνοντας τυχόν υπόλοιπο ακάλυπτων γευμάτων, η δυναμικότητα της ως άνω μονάδας (η οποία εμφανίζεται ως έχουσα δυναμικότητα μόνη της να καλύψει συγχρόνως και τις απαιτήσεις σε σνακ), με μόνα την παραγωγικότητά

της σε μαγειρευμένα γεύματα έφθανε για την υπερκάλυψη των οικείων αναγκών. Οι δε περί του αντιθέτου αιτιάσεις της αναθέτουσας (ασχέτως του ότι τα κριτήρια επιλογής εν προκειμένω δεν αναφέρονται ρητά σε απαιτούμενη παραγωγικότητα), οι οποίες ερείδονται στη λήψη υπόψη μόνο της δυναμικότητας της μονάδας της «...» στη Λέσβο, επί τη βάσει ότι η κοινοπραξία έχει έδρα στην Παγανή Μυτιλήνης και της κατά τη σκ. 6, εσφαλμένης εκτίμησης του κοινοπρακτικού συμφωνητικού, εκ της οποίας προέκυψε, κατ' αυτήν ότι η παραγωγή του μαγειρεμένου φαγητού θα λάβει χώρα μόνο από την «...» (χωρίς όμως να επικαλείται η αναθέτουσα ότι δεν ήταν κατά τη διακήρυξη δυνατή η χρήση της εφεδρικής μονάδας για τα μη φρέσκα γεύματα), είναι απορριπτέες, βάσει όσων αναλυτικά αναφέρθηκαν στις ως άνω σκ. 5-7. Ομοίως, απορριπτέες είναι και οι επικλήσεις εκ μέρους της περί της αρχής της τυπικότητας, καθώς αυτή προϋποθέτει σαφήνεια των όρων της διακήρυξης και μάλιστα απαγορεύει τη διασταλτική ερμηνεία επί ποινή αποκλεισμού όρων της διακήρυξης με αποτέλεσμα την το πρώτον κατά το στάδιο αξιολόγησης συναγωγή νέων λόγων αποκλεισμού κατ' ανέλεγκτη και απεριόριστη ελευθερία της αναθέτουσας. Εξάλλου, η ίδια η αρχή της τυπικότητας και μη απόκλισης από το γράμμα της διακήρυξης δεν διέπει μόνο όσα απαιτούνται, αλλά και όσα δεν απαιτούνται από τους διαγωνιζόμενους, δηλαδή δεν δύναται η διακήρυξη το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται με τρόπο που προσθέτει νέες απαιτήσεις και δη επί ποινή αποκλεισμού στους προσφέροντες (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 193/2018). Τούτο, διότι η αυστηρή αυτή ερμηνεία και εφαρμογή πρέπει να σχετίζεται με το γράμμα και τη σαφήνεια της διακήρυξης, λόγω της αρχής της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές

των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. υπόθεση C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776). Τα ως άνω σημαίνουν, όπως προκύπτει δε και από παγία πρακτική της ΑΕΠΠ (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 132, 233, 234, 237, 246/2017 και 18, 80/2018), ότι δεν επιτρέπεται όρος τεθείς επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται διασταλτικά, δημιουργικά και διευρυντικά των υποχρεώσεων των προσφερόντων, ώστε να συνάγονται έτσι το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης νέοι λόγοι αποκλεισμού και να προκύπτουν βάσεις απόρριψης της προσφοράς τους, οι οποίες όμως ουδόλως προέκυπταν με σαφήνεια από το ίδιο το ρητό κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 195 και 237/2018). Συνεπώς, υπό οιαδήποτε εκδοχή και να ληφθεί υπόψη, δεδομένης και της ασάφειας της οικείας αιτιολογίας που παραθέτει η αναθέτουσα, η πρώτη βάση αποκλεισμού της προσφεύγουσας δεν δύναται να προκύψει ως νόμιμη. Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

12. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, όπως προαναφέρθηκε στη σκ. 7, ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης αναφέρει στο τέλος του και αναφερόμενος στο σύνολο των εκεί θεσπιζόμενων κριτηρίων επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ότι *“Διευκρίνηση: Σε περίπτωση Κοινοπραξίας ή Ένωσης Εταιρειών που υποβάλλουν κοινή προσφορά, τα ανωτέρω στοιχεία παρέχονται από ένα τουλάχιστον μέλος που συμμετέχει στην Κοινοπραξία ή την Ένωση, ή όπου απαιτείται (αναλόγως της φύσης της συνεργασίας) από κάθε μέλος ή / και αθροιστικά.”*. Το δε επιμέρους κριτήριο 2.2.6.1.1 συνίσταται στα εξής *“Κατάλογος των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη, πριν το έτος διενέργειας της διαδικασίας, τριετία, ενώ για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών υπηρεσιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία τριετία πριν το έτος διενέργειας της διαδικασίας λαμβανομένων υπ’ όψη και στοιχείων μέχρι και πενταετίας, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Οι παροχές υπηρεσιών αποδεικνύονται εάν μεν ο αποδέκτης είναι η Αναθέτουσα Αρχή (Δημόσια Υπηρεσία), με πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή, εάν δε (ο αποδέκτης) είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, εφόσον τούτο δεν είναι δυνατόν, με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα. Οι υποψήφιοι πάροχοι υπηρεσιών υποχρεούνται να υποβάλουν αποδεικτικά στοιχεία (συμβάσεις ή τιμολόγια ή οποιοδήποτε άλλο έγγραφο), επί ποινή αποκλεισμού σε αντίθετη περίπτωση, σύμφωνα με τα οποία προκύπτει ότι, η συγκεκριμένη εταιρεία / κοινοπραξία / ένωση, έχει /-ουν αναλάβει την τελευταία τριετία (πριν το έτος διενέργειας της διαδικασίας) υπηρεσίες παρασκευής γευμάτων και διανομής (μαζικής σίτισης) πλήρη γευμάτων (κατ’ ελάχιστο γεύμα και δείπνο), τουλάχιστον σε ποσοστό 50% των μερίδων του Κέντρου ενδιαφέροντος (για το οποίο υποβάλλεται η προσφορά), σε συστηματική επί καθημερινής βάσεως παροχή υπηρεσιών και για χρονικό διάστημα αθροιστικά τουλάχιστον ίσο με δυο (2) μήνες (με διάρκεια συνεχόμενων παρεχόμενων υπηρεσιών τουλάχιστον ίση με την αντίστοιχη της προς υπογραφή σύμβασης) εντός ενός ημερολογιακού έτους. Στον Πίνακα θα*



αναφέρονται οι κυριότερες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών μαζικής σίτισης και θα έχει υποχρεωτικά την ακόλουθη μορφή:...

Κατά συνδυασμό των ανωτέρω, με όσα αναλυτικά αναφέρθηκαν στη σκ. 7, ο ως άνω επιμέρους όρος, ουδόλως λοιπόν, καθιερώνει εξαίρεση από το ότι το περί της εμπειρίας κριτήριο επιλογής δύναται να πληροίται αθροιστικά ή και από ένα έστω μέλος τυχόν ένωσης φορέων που συνυποβάλλουν προσφορά ή και, όπως εν προκειμένω, κοινοπραξίας. Περαιτέρω, τα όσα αναφέρει η αναθέτουσα στις Απόψεις της περί του ότι *“από τη φύση της συνεργασίας επιβάλλεται και αναγνωρίζεται ως κρίσιμη η απόδειξη των ικανοτήτων και της συνακόλουθης πραγματικής δυνατότητας κάλυψης των τεχνικών απαιτήσεων της σύμβασης από την εταιρεία «...», η οποία θα αναλάβει εν τοις πράγμασι την παραγωγή και διακίνηση των γευμάτων, όπως προκύπτει από τα σχετικά υποβληθέντα έγγραφα. Άλλωστε, η απαίτηση της διακήρυξης για προσκόμιση των εν λόγω στοιχείων τίθεται για τη διασφάλιση, με αποτελεσματικό τρόπο, της ουσιαστικής προϋπόθεσης ότι θα παρασχεθούν απρόσκοπτα οι υπηρεσίες σίτισης από τον φορέα που θα του ανατεθεί η σύμβαση.”*, δεν έχουν κανένα έρεισμα στη διακήρυξη και συνιστούν εκ των υστέρων μεταβολή των όρων αυτής, κατά το στάδιο της αξιολόγησης. Εξάλλου, ο όρος 2.2.6.1.1 ουδέν ορίζει περί απαίτησης υποβολής καταλόγου υπηρεσιών από όλα τα μέλη της ένωσης οικονομικών φορέων αυτοτελώς ή περί αυτοτελούς απόδειξης επιμέρους εμπειρίας. Τούτο, επιπλέον του γεγονότος πως, σύμφωνα με τις σκ. 5-7 ανωτέρω, εν προκειμένω υπεβλήθη κοινή προσφορά με τα μέλη της ένωσης ομού εκτελούντα και συμπράττοντα για το συμβατικό αντικείμενο, το δε μέλος «...» θα εισφέρει τεχνικά μέσα, προσωπικό και τεχνογνωσία ως και εφεδρική μονάδα, και επομένως, είναι και επί της ουσίας αβάσιμα (και ασχέτως του ότι ακόμη και αν δεν ήταν και πάλι ουδόλως προκύπτει πλήρωση του κριτηρίου εμπειρίας από έκαστο μεμονωμένο μέλος, καθώς τούτο συνιστά μεταβολή του ουσιαστικού περιεχομένου της διακήρυξης) όσα ισχυρίζεται η αναθέτουσα στις Απόψεις της, ότι η παραγωγή και διακίνηση των γευμάτων θα αναληφθεί εν τοις πράγμασι μόνο από τη «...» (σημειωτέον δε ότι κατά τους όρους της ίδιας της διακήρυξης, ήταν δυνατή η πλήρωση του κριτηρίου 2.2.6.1.1 περί εμπειρίας με στήριξη ακόμη και εν όλω σε ικανότητες

τρίτου οικονομικού φορέα, πολλώ δε μάλλον δια της εμπειρίας μέλους της ίδιας της ένωσης οικονομικών φορέων). Συνεπώς, πρέπει να γίνει δεκτός ο δεύτερος λόγος της προσφυγής.

**13.** Επειδή, με την προσβαλλόμενη απόφαση, η αναθέτουσα διέγνωσε την τρίτη βάση αποκλεισμού της προσφεύγουσας, με την αιτιολογία ότι *“Η τεχνική προσφορά δεν καλύπτει όλες τις απαιτήσεις της παραγράφου 2.4.3.2.2 της Αρχικής Διακήρυξης και συγκεκριμένα τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα «II» (Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων) της Αρχικής Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται.”*. Με τις Απόψεις της δε, η αναθέτουσα ουδέν επί της ουσίας προσθέτει, αλλά αιτιολογεί την ως άνω βάση αποκλεισμού με γενικόλογες αναφορές στην αρχή της τυπικότητας και τη μνεία ότι *«η τεχνική προσφορά της κοινοπραξίας δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της παρ. 2.4.3.2.2. της (ια) σχετικής αρχικής διακήρυξης και συγκεκριμένα τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί στο Παράρτημα II της διακήρυξης... Ενόψει των παραπάνω παραδοχών η παράλειψη υποβολής από τη συμμετέχουσα κοινοπραξία των παραπάνω στοιχείων, που συνιστούσαν απαραίτητο όρο συμμετοχής της διακήρυξης, συνεπάγεται τον υποχρεωτικό αποκλεισμό της από τη διαγωνιστική διαδικασία - διαπραγμάτευση.”*, αιτιολογία εκ της οποίας δεν δύναται να εντοπιστεί η τυχόν ευρεθείσα έλλειψη στην προσφορά του προσφεύγουσας. Περαιτέρω, κατά τον όρο 2.4.3.2.2 της Διακήρυξης (Τεύχους Β αυτής) η τεχνική προσφορά θα πρέπει *“Να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στα Παραρτήματα «I» (Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης), «II» (Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων) της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται.”*. Το δε Παράρτημα II-Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων ορίζει απλώς ότι *«Όπως αναφέρεται στην παράγραφο 4.3 της παρούσας και στο σχέδιο σύμβασης του Παραρτήματος VII του Τεύχους Πρόσκλησης.»* Η παρ. 4.3 της Διακήρυξης ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ

ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ περιλαμβάνει 48 επιμέρους όρους εκτεινόμενους σε 13 σελίδες της διακήρυξης (B-68 έως και B-80). Και ναι μεν, οι λόγοι αποκλεισμού μιας προσφοράς δεν χρειάζονται να αναλύονται με εκτενείς επεξηγήσεις στο σώμα της προσβαλλομένης, αρκεί δε για το επαρκές, σαφές, πλήρες και ειδικό της αιτιολογίας να περιλαμβάνεται εντός της προσβαλλομένης συνοπτικά ο εντοπισμός της εκάστοτε πλημμέλειας, σε κάθε περίπτωση όμως με συγκεκριμένη αναφορά του με τρόπο που καθιστά σαφές τι έλειπε ή προσκομίσθηκε εσφαλμένα, κατά τα λοιπά δε η αιτιολογία μπορεί να προκύπτει και από τον φάκελο της προσφοράς, ενώ κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα δύναται δια των ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεων της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία. Πλην όμως, αυτά δεν σημαίνουν ότι επιτρέπεται ο όλως αναιτιολόγητος αποκλεισμός προσφορών με γενικόλογες μνείες περί μη τήρησης των όρων της διακήρυξης ή των εν γένει τεχνικών προδιαγραφών. Εν προκειμένω δε, ούτε με την προσβαλλόμενη αλλά ούτε με τις Απόψεις της αναθέτουσας δεν καθίσταται κατανοητό σε τί συνίστατο η τρίτη βάση αποκλεισμού, αφού οι Απόψεις παραπέμπουν κατά τα ως άνω στο σύνολο των τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού (δηλαδή των όρων της σύμβασης). Εν προκειμένω, πάντως, ο προσφεύγων υπέβαλε το ζητούμενο από τους όρους 2.4.3.2.1 και 2.4.3.2.4 της διακήρυξης, φύλλο συμμόρφωσης συμπληρωμένο ως και ειδική τεχνική προσφορά όπως απαιτείτο, στο οικείο έντυπο. Ούτε η ΑΕΠΠ δύναται να υποκαταστήσει τα όργανα αξιολόγησης της διαδικασίας και να ερευνήσει αυτεπάγγελτα τη συμμόρφωση της εν γένει προσφοράς με το σύνολο των προδιαγραφών και τεχνικών όρων της διακήρυξης, καθώς τούτο υπερβαίνει τις κατά νόμο αρμοδιότητες. Αντίθετα, εκ του συνδυασμού της προσβαλλομένης και των Απόψεων της αναθέτουσας, δια των οποίων η αναθέτουσα κατά τα ως άνω, δύνατο να παραθέσει αιτιολογία της ως άνω τρίτης βάσης αποκλεισμού, προκύπτει πως αυτή είναι όλως αόριστη, ασαφής, γενική και εν τέλει ακατανόητη και ανεπίδεκτη ερμηνείας και αξιολόγησης, με αποτέλεσμα να μην είναι και εν τοις πράγμασι δυνατό να ερευνηθεί τι τυχόν παρέλειψε η προσφεύγουσα και ποιος και αν συγκεκριμένος

όρος της διακήρυξης παραβιάσθηκε. Συνεπώς, ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

14. Επειδή, όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει πως κατά τον όρο 2.2.8.4 της διακήρυξης «Αν ο υποψήφιος πάροχος υπηρεσιών κάνει επίκληση στην ικανότητα από τους τρίτους αυτοί θα πρέπει με υπεύθυνη δήλωση να δηλώσουν ότι δεν θα διαθέσουν τους ίδιους διαθέσιμους πόρους σε άλλους κατά τον χρονικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης. Η υπεύθυνη δήλωση υποβάλλεται στο φάκελο τεχνικής προσφοράς.». Τα αντίστοιχα προβλέπονται και στον όρο 2.2.6.9 «Αν ο υποψήφιος πάροχος υπηρεσιών κάνει επίκληση στην ικανότητα από τους τρίτους αυτοί θα πρέπει με υπεύθυνη δήλωση να δηλώσουν ότι δεν θα διαθέσουν τους ίδιους διαθέσιμους πόρους σε άλλους κατά τον χρονικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης.». Από το γράμμα της παραπάνω διάταξης προκύπτει ότι η παραπάνω διάταξη 2.2.8.4 της διακήρυξης που εφάρμοσε η αναθέτουσα για να αποκλείσει την προσφεύγουσα, ως και η οικεία υποχρέωση περί της ως άνω υπευθύνου δηλώσεως, αναφέρεται ειδικώς στην περίπτωση που ο προσφέρων στηρίζεται, κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 και τον όρο 2.2.8 της διακήρυξης, σε ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, δηλαδή σε ικανότητες που δεν ανήκουν στον ίδιο ή, αν ο προσφέρων είναι ένωση οικονομικών φορέων, μέλος αυτής, αφού τότε το μέλος αυτό δεν είναι "τρίτος", αλλά αυτός καθαυτός "προσφέρων" (βλ. αναλυτικά διάκριση τρίτου οικονομικού φορέα από μέλη ένωσης οικονομικών φορέων σε Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018). Εν προκειμένω, όμως, η εφεδρική μονάδα ανήκει ευθέως στον ίδιο τον οικονομικό φορέα "...", ο οποίος συνιστά μέλος της νυν προσφεύγουσας ένωσης οικονομικών φορέων που υπέβαλαν, κατά τις παραπάνω σκ. 5-7 κοινή προσφορά στην προκείμενη διαδικασία, όπως δήλωσαν τα μέλη της και στο αυτοτελές ΕΕΕΣ τους, τα δε μέλη της ουδόλως είχαν ιδιότητα «τρίτου οικονομικού φορέα» κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 και κατά τον όρο 2.2.8 και επομένως 2.2.8.4 της διακήρυξης. Συνεπώς, ούτως ή άλλως η εφεδρική μονάδα δεν ανήκει σε τρίτο, αλλά σε προσφέροντα και επομένως, ο ως άνω όρος της διακήρυξης δεν τύγχανε εφαρμογής, η δε αιτιολογία της

προσβαλλομένης ερείδεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι ο κάτοχος της εφεδρικής είχε ιδιότητα τρίτου οικονομικού φορέα. Τούτο, επιπλέον του ότι, όπως έγινε δεκτό στις παραπάνω σκ. 5-7 έκαστο μέλος της προσφεύγουσας ανέλαβε από κοινού και εις ολόκληρον την ευθύνη για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου και πάσα υποχρέωση έναντι της αναθέτουσας και συνεπώς, ούτως ή άλλως, ουδεμία αμφιβολία υπήρχε και περί της δέσμευσης του δεύτερου μέλους της ένωσης οικονομικών φορέων ως προς την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, ιδία μάλιστα ευθύνη (και εν προκειμένω). Επομένως, και ο τέταρτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

**15.** Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, και κατ' αποδοχή του συνόλου των λόγων της προσφυγής, ως και διάγνωση της μη νομιμότητας του συνόλου των βάσεων δια των οποίων η αναθέτουσα απέκλεισε την προσφεύγουσα, προκύπτει ότι ο αποκλεισμός αυτού ήταν μη νόμιμος. Συνεπώς, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, η δε προσβαλλομένη είναι ακυρωτέα κατά το αντίστοιχο μέρος της με το οποίο έκρινε την προσφεύγουσα ως αποκλειστέα.

**16.** Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το παράβολο ποσού 15.000 ευρώ που κατέβαλε για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. Φ.600/36/23239/13.3.2018 Απόφαση της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε την προσφεύγουσα από τη διαδικασία που διακηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. Φ.600/15/21129/Σ.383/26.1.2018 Πρόσκληση Συμμετοχής σε Διαδικασία Επαναληπτικής Διαπραγμάτευσης χωρίς Δημοσίευση Προκήρυξης Διαγωνισμού για τη Σύναψη Σύμβασης

Υπηρεσιών για το Έργο με αριθμό 07 «Παροχή Σίτισης στο ΚΥΤ ΛΕΣΒΟΥ Β΄ ΦΑΣΗ» της δράσης «Παροχή υπηρεσιών σίτισης, καθαριότητας και συντήρησης στα Κέντρα Υποδοχής και Ταυτοποίησης (Κ.Υ.Τ.) των νησιών του Ανατολικού Αιγαίου» με κωδικό ΟΠΣ 5009773 του Εθνικού Προγράμματος του Ταμείου Ασύλου, Μετανάστευσης και Ένταξης 2014-2020.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού 15.000 ευρώ που κατέβαλε ο προσφεύγων για την άσκηση της προσφυγής του.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 4 Απριλίου 2018 και εκδόθηκε την 5 Απριλίου 2018.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ**