

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 31.08.2018 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη - Εισηγήτρια και
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26.07.2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης
στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.ΣΗ.ΔΗ.Σ.) με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)
709/26.07.2018 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία
«.....» και με το διακριτικό τίτλο «.....», η
οποία εδρεύει στ, οδός, αριθ. 2Α,
νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της υπ' αριθ. 250/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής
του αναφορικά με την έγκριση πρακτικού
Επιτροπής Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την επικύρωση των αποτελεσμάτων
αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς, στο
πλαίσιο της με αριθμ. 90/2018 Διακήρυξης για τη διενέργεια ανοικτού, διεθνούς,
ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων με αντικείμενο «Έξοδα λειτουργίας
συσσιτίων – χορήγηση ειδών διαβίωσης, διατροφής σε άπορους δημότες 2018-
2019, προμήθεια κατ/κων ειδών κυλικείου ΚΑΠΗ 2018, προμήθεια γάλακτος
2018-2020», σε τμήματα, συνολικής εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης
464.999,77€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και με κριτήριο κατακύρωσης την
πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει την
ακύρωση ή άλλως τροποποίηση της ως άνω προσβαλλόμενης πράξης καθ' ο

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

μέρος την αφορά, ισχυριζόμενη ότι εσφαλμένως και κατά παράβαση της Διακήρυξης και του οικείου νομοθετικού πλαισίου απορρίφθηκε η προσφορά της κατά το στάδιο ελέγχου των «Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» για τις Ομάδες 2 και 6 και ως εκ τούτου αυτή αποκλείστηκε από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας για τα τμήματα αυτά της υπόψη σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 90/2018 Διακήρυξη του προκηρύχθηκε ανοικτός, διεθνής, ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο «Έξοδα λειτουργίας συσσιτίων – χορήγηση ειδών διαβίωσης, διατροφής σε άπορους δημότες 2018-2019, προμήθεια κατ/κων ειδών κυλικείου ΚΑΠΗ 2018, προμήθεια γάλακτος 2018-2020», σε τμήματα, συνολικής εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης 464.999,77€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και ποσού 404.776,70€ άνευ ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 16.04.2018 με ΑΔΑΜ: καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 17.04.2018, όπου έλαβε συστημικό αριθμό α/α Αντικείμενο της υπόψη σύμβασης είναι η προμήθεια α) από το ελεύθερο εμπόριο ειδών διατροφής και διαβίωσης για την κάλυψη μέρους των αναγκών, απόρων δημοτών του Δήμου για τις ανάγκες λειτουργίας συσσιτίου για 24 μήνες στα έτη 2017-2019 στα πλαίσια του προγράμματος «Κοινωνικών δομών Άμεσης Αντιμετώπισης της Φτώχειας» του Δήμου β) καταναλωτικών ειδών κυλικείου για τη λειτουργία των ΚΑΠΗ του Δήμου στα έτη 2017-2019 και γ) παστεριωμένου γάλακτος για το προσωπικό που εργάζεται στο Δήμο για δύο έτη αντίστοιχα.

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

Η εν λόγω σύμβαση υποδιαιρείται σε οκτώ (8) τμήματα και προσφορές κατατίθενται για το σύνολο της υπό ανάθεση προμήθειας ή και για μέρος των υπό προμήθεια ειδών, αλλά για το σύνολο της ζητούμενης ποσότητας ανά είδος.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 226343804958 0924 0080), ποσού 600,00€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση τον προϋπολογισμό των Ομάδων 2 και 6 της υπόψη σύμβασης, για τις οποίες ασκείται και η υπό κρίση Προσφυγή, ποσού 86.480,00€ χωρίς ΦΠΑ, και το οποίο, ποσό παραβόλου, σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις δεν μπορεί να είναι κατώτερο των 600,00€.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 2 του άρθρου 8 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 καθώς και του χρόνου αποστολής δημοσίευσης της σχετικής προκήρυξης της σύμβασης στην ΕΕΕΕ (13.04.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν.4412/2016 εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 19.07.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 26.07.2018, ήτοι εντός της ως άνω δεκαήμερης προβλεπόμενης εκ του νόμου προθεσμίας.

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

6. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 250/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου αναφορικά με την έγκριση πρακτικού Επιτροπής Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την επικύρωση των αποτελεσμάτων αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς, στο πλαίσιο της με αριθμ. 90/2018 Διακήρυξης για τη διενέργεια ανοικτού, διεθνούς, ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων με αντικείμενο «Έξοδα λειτουργίας συσσιτίων – χορήγηση ειδών διαβίωσης, διατροφής σε άπορους δημότες 2018-2019, προμήθεια κατ/κων ειδών κυλικείου ΚΑΠΗ 2018, προμήθεια γάλακτος 2018-2020», σε τμήματα, συνολικής εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης ύψους 464.999,77€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, και σχετικά με τα τμήματα 2 και 6 αυτής. Ειδικότερα, με την υπό κρίση Προσφυγή της, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης, υποστηρίζοντας ότι εσφαλμένως και μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή απέρριψε τη προσφορά της για τις ομάδες 2 και 6. Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη προσβαλλόμενη ως άνω απόφαση, η συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία προσφέρει προϊόντα για την Ομάδα 2 («Αυγά-Ελαιόλαδο») και για την Ομάδα 6 («Είδη κρεοπωλείου») που παράγονται από τις επιχειρήσεις με την επωνυμία και αντιστοίχως, κάνοντας χρήση της δυνατότητας του όρου 2.2.8 της διακήρυξης, ήτοι στηριζόμενη στην τεχνική ικανότητα των ως άνω οικονομικών φορέων. Συνεπώς, κατά τα αναφερόμενα στη προσβαλλόμενη απόφαση, έπρεπε να υποβληθεί από τη συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία (και) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) των επιχειρήσεων και ως προκαταρκτική απόδειξη ότι οι ως άνω αμφότεροι: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της διακήρυξης. Κατ'ακολουθίαν η αναθέτουσα αρχή κρίνει με την ως άνω προσβαλλόμενη ότι τα δικαιολογητικά συμμετοχής της συμμετέχουσας και νυν

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

προσφεύγουσας εταιρείας για τις ομάδες 2 και 6 δεν είναι σε συμμόρφωση με τις απαιτήσεις της υπ' αριθμ. 90/2018 διακήρυξης του Δήμου και αποκλείσθηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού για τα ως άνω τμήματα, για τα οποία ασκεί και την υπόψη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα. Υποστηρίζει σχετικώς η προσφεύγουσα ότι βάσει του όρου 2.2.6 της οικείας διακήρυξης απαιτείται: «...γ) για τους προσφέροντες προϊόντα ζωικής προέλευσης (τμήμα 6), όταν είναι οι ίδιοι παραγωγοί, βεβαίωση (πρωτότυπο, ή ευκρινές φωτοαντίγραφο) των αρμοδίων κτηνιατρικών αρχών, στην οποία να φαίνεται η ισχύουσα άδεια λειτουργίας και ο αριθμός κτηνιατρικής έγκρισης εγκαταστάσεων κατασκευής προϊόντων ζωικής προέλευσης. Για τους προσφέροντες αυγά (τμήμα 2), όταν είναι οι ίδιοι παραγωγοί, απόφαση της αρμόδιας Δ/νσης κτηνιατρικής για έγκριση λειτουργίας κέντρου ωοσκόπησης και ο κωδικός αριθμός αυτού. Για τους προσφέροντες προϊόντα ζωικής προέλευσης ή αυγά όταν δεν είναι οι ίδιοι παραγωγοί τα προαναφερόμενα θα αφορούν τους παραγωγούς με τους οποίους έχουν δηλώσει ότι θα συνεργάζονται και επιπλέον βεβαίωση της κτηνιατρικής υπηρεσίας ή άλλης αρμόδιας υπηρεσίας από την οποία θα προκύπτει ο αριθμός μητρώου εμπόρων που τους έχει χορηγηθεί». Βάσει των ως άνω, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι από κανένα σημείο της διακήρυξης δεν προκύπτει η υποχρέωση προσκόμισης Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) των συνεργαζόμενων με τους συμμετέχοντες/ προσφέροντες στην υπόψη σύμβαση, αλλά σύμφωνα με τους ως άνω όρους της διακήρυξης, η υποχρέωση των συμμετεχόντων/ υποψηφίων αφορά -και περιορίζεται- στην κατάθεση για τα προϊόντα ζωικής προέλευσης, βεβαίωσης των αρμοδίων κτηνιατρικών αρχών, στην οποία να εμφανίζεται η ισχύουσα άδεια λειτουργίας καθώς και του αριθμού κτηνιατρικής έγκρισης εγκαταστάσεων κατασκευής προϊόντων ζωικής προέλευσης του συνεργαζόμενου οικονομικού φορέα, ενώ για τα προϊόντα του Τμήματος 2 (αυγά) υποχρέωση κατάθεσης της απόφασης της αρμόδιας Δ/νσης κτηνιατρικής για έγκριση λειτουργίας κέντρου ωοσκόπησης, του κωδικού αριθμού αυτού και επιπλέον βεβαίωση της κτηνιατρικής υπηρεσίας ή άλλης αρμόδιας υπηρεσίας

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

από την οποία θα προκύπτει ο αριθμός μητρώου εμπόρων που έχει χορηγηθεί. Ως εκ τούτου, αιτείται η προσφεύγουσα την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που απέρριψε τη προσφορά της για τα τμήματα 2 και 6 της υπόψη σύμβασης, εσφαλμένως ενόψει των ανωτέρω αναφερομένων, αφού η προσφορά της ήταν σε πλήρη συμμόρφωση με το κανονιστικό πλαίσιο της υπόψη διακήρυξης.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της για την προσβολή της επίδικης εκτελεστής διοικητικής πράξης, προσδιορίζοντας αυτό ως άμεσο, προσωπικό και ενεστώς, αφού έχει υποβάλει προσφορά και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενη, ειδικότερα, ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, αφού η τελευταία με την ανωτέρω προσβαλλόμενη απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, για τα τμήματα 2 και 6, ως μη συμμορφούσα με τους όρους της διακήρυξης και μη περιέχουσα τα από τη διακήρυξη προβλεπόμενα/ απαιτούμενα δικαιολογητικά, επικαλούμενη (η αναθέτουσα αρχή) ότι, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας προτίθεται να κάνει χρήση της δυνατότητας στήριξης σε ικανότητες τρίτων κατά τις διατάξεις του άρθρου 78 του Ν.4412/2016, για έκαστο τρίτο φορέα, απαιτείται να καταθέσει –ο συμμετέχων- το ΕΕΕΣ του τρίτου φορέα, το οποίο εντούτοις δεν έχει κατατεθεί εν προκειμένω από την συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία.

8. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της*

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής» και κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» ενώ η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο, το οποίο έχει έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των μερών και αποφαίνεται αιτιολογημένα.

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων».

11. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, οι όροι της διακήρυξης δεσμεύουν τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, καθόσον η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διενέργειας του διαγωνισμού. Εφόσον, λοιπόν, προσδιορίζονται επακριβώς στην διακήρυξη τα προς συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και ο τρόπος υποβολής, κατά την κατάθεση της προσφοράς, των δικαιολογητικών και λοιπών στοιχείων, ενόψει αυτών, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα απαιτούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία κατά τον τρόπο και τη διαδικασία που η διακήρυξη επιβάλλει για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό (Ε.Α. ΣΤΕ 19/2011, ΣΤΕ 1329/2008).

12. Επειδή, εν προκειμένω η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία εγκρίθηκε το σχετικό πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού κατά το μέρος που αποκλείσθηκε (η προσφεύγουσα) από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας για τα τμήματα 2 και 6 και για τους λόγους που αναφέρει στην Προσφυγή της (βλ. σκ. 8). Όπως δε επικαλείται σε αυτούς, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε τη προσφορά της για τα ως άνω τμήματα της υπόψη σύμβασης, παρόλο που τούτη ήταν σε συμμόρφωση με τις απαιτήσεις της διακήρυξης και επιπλέον κατατέθηκαν από τη συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία προσηκόντως και νομίμως όλα τα απαιτούμενα και προβλεπόμενα από την εν λόγω διακήρυξη δικαιολογητικά, αφού άλλωστε, όπως ισχυρίζεται, από κανένα σημείο της διακήρυξης δεν προκύπτει η υποχρέωση προσκόμισης Ευρωπαϊκού Ενιαίου

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

Εγγράφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) για τις συνεργαζόμενες με τους υποψηφίους συμμετέχοντες εταιρίες.

13. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 275/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της κρινόμενης Προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής. Επέκεινα, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις Απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

14. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016: «1.Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.

3. Το παρόν άρθρο δεν εφαρμόζεται στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των ορίων.»

15. Επειδή, εν προκειμένω η Διακήρυξη ορίζει, μεταξύ άλλων, στο πεδίο 2.2.6 με τίτλο Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα: «.. γ) Για τους προσφέροντες προϊόντα ζωϊκής προέλευσης (τμήμα 5), όταν είναι οι ίδιοι παραγωγοί, βεβαίωση (πρωτότυπη, ή ευκρινές φωτοαντίγραφο) των αρμοδίων κτηνιατρικών αρχών, στην οποία θα φαίνεται η ισχύουσα άδεια λειτουργίας και ο αριθμός κτηνιατρικής έγκρισης εγκαταστάσεων κατασκευής προϊόντων ζωϊκής προέλευσης. Για τους προσφέροντες Αυγά (τμήμα 2), όταν είναι οι ίδιοι παραγωγοί, απόφαση της αρμόδιας Δ/σης κτηνιατρικής για έγκριση λειτουργίας κέντρου ωοσκόπησης και ο κωδικός αριθμός αυτού. Για τους προσφέροντες

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

προϊόντα ζωϊκής προέλευσης ή αυγά όταν δεν είναι οι ίδιοι παραγωγοί τα προαναφερόμενα θα αφορούν τους παραγωγούς με τους οποίους έχουν δηλώσει ότι θα συνεργάζονται και επιπλέον βεβαίωση της κτηνιατρικής υπηρεσίας ή άλλης αρμόδιας υπηρεσίας από την οποία να προκύπτει ο αριθμός μητρώου εμπόρων που τους έχει χορηγηθεί. Σε περιπτώσεις παραγωγής των ειδών σε χώρα του εξωτερικού τα αντίστοιχα έγγραφα της χώρας κατασκευής συνοδευόμενα από επίσημη μετάφραση στα Ελληνικά. Οι βεβαιώσεις θα βρίσκονται σε ισχύ.» Στο πεδίο 2.2.8 της εν λόγω διακήρυξης με τίτλο Στήριξη στην ικανότητα τρίτων αναφέρεται: «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσεως των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεση τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.» Στο δε πεδίο 2.2.9.1 με τίτλο Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών ορίζεται, *inter alia*: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙ, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος II.»

16. Επειδή, σύμφωνα και με την Κατευθυντήρια Οδηγία 23/2018 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με θέμα «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)» το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ συνιστά προκαταρκτική απόδειξη ως προς τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αντικαθιστώντας την υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών. Για την πλήρωση δε των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς και συναφώς προβαίνει στη συμπλήρωση του πεδίου Γ του Μέρους II του ΤΕΥΔ «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων». Διευκρινίζεται δε μετέπιτάσεως ότι, σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, επισυνάπτεται χωριστό έντυπο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τις ενότητες Α και Β του Μέρους II και σύμφωνα με το μέρος III, για κάθε ένα από τους σχετικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται. Δεδομένου ότι η στήριξη παρέχεται προκειμένου να ανταποκριθεί ο οικονομικός φορέας στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο Μέρος IV, συμπληρώνονται επιπρόσθετα και οι πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με το Μέρος IV και τυχόν το Μέρος V για κάθε έναν από τους φορείς, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται. Το σύνολο των ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ των τρίτων, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, συνυποβάλλονται από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα εντός του φακέλου (φυσικού ή ηλεκτρονικού) «Δικαιολογητικά Συμμετοχής». Το/α χωριστό/ά ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ θα

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

πρέπει να είναι δεόντως συμπληρωμένο/α και υπογεγραμμένο/α από τον νόμιμο εκπρόσωπο του φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 79Α του Ν.4412/2016. Εφόσον ο τρίτος φορέας είναι φυσικό πρόσωπο, το χωριστό ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ υπογράφεται μόνο από αυτόν.

17. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης και των όσων αναλυτικά εκτέθηκαν στις σκέψεις 14-16, προκύπτει ότι, εν προκειμένω, οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στην υπό ανάθεση σύμβαση, μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, προς προκαταρκτική δε απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 (Λόγοι αποκλεισμού) και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4 (Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας), 2.2.5 (Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια), 2.2.6 (Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) και 2.2.7 (Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης) της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του Ν.4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο (υπόδειγμα) στο Παράρτημα ΙΙ. Έτι περαιτέρω στο Παράρτημα ΙΙ όπου είναι το επισυναπτόμενο, διαμορφωμένο από την αναθέτουσα αρχή ΕΕΕΣ, στο Πεδίο Γ με τίτλο Πληροφορίες σχετικές με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων αναφέρονται τα εξής «Παρακαλείστε να υποβάλετε χωριστό έντυπο ΕΕΕΣ, με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τα τμήματα Α και Β του παρόντος μέρους, καθώς και το μέρος ΙΙΙ, για κάθε μία από τις σχετικές οντότητες, δεόντως συμπληρωμένα και υπογεγραμμένα από τους ενδιαφερόμενους φορείς».

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

18. Επειδή, βάσει των ανωτέρω, η συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε τη προσφορά της για την Ομάδα 2 («Αυγά-Ελαιόλαδο») και για την Ομάδα 6 («Είδη κρεοπωλείου») της υπόψη σύμβασης για προϊόντα που παράγονται από δύο έτερες επιχειρήσεις (και συγκεκριμένα και αντιστοίχως) κάνοντας χρήση της δυνατότητας του όρου 2.2.8 της διακήρυξης, ήτοι της δυνατότητας στήριξης στην τεχνική ικανότητα τρίτων οικονομικών φορέων, όφειλε κατά συνέπεια να υποβάλλει με τη προσφορά της και χωριστά έντυπα ΕΕΕΣ και ειδικότερα τα ΕΕΕΣ των επιχειρήσεων και, ως προκαταρκτική απόδειξη ότι η (συμμετέχουσα εταιρεία) στηρίζεται στις ικανότητες των ως άνω τρίτων/ εταιρειών τόσο για τη προσφορά των προϊόντων της Ομάδας 2 όσο και των προϊόντων της Ομάδας 6, σε συμμόρφωση εντέλει με το κανονιστικό πλαίσιο της υπόψη διακήρυξης.

19. Επειδή, εξάλλου, τυχόν μη ύπαρξη των ανωτέρω ικανοτήτων εκ μέρους του οικονομικού φορέα, θα σήμαινε αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό. Προς το σκοπό αυτό, το άρθρο 78 του Ν.4412/2016 εισάγει την δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων, ενσωματώνοντας το άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Συνακολούθως, κάθε οικονομικός φορέας που επιδιώκει να συμμετάσχει σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσιών και ο οποίος δεν διαθέτει τις απαιτούμενες χρηματοοικονομικές ή τεχνικές ικανότητες, μπορεί να λάβει μέρος στην διαγωνιστική διαδικασία στηριζόμενος στις ικανότητες τρίτου φορέα προς απόδειξη της καταλληλότητάς του. Επέκεινα και όσον αφορά την προσήκουσα συμμετοχή του οικονομικού φορέα σε δημόσιο διαγωνισμό για την ανάθεση σύμβασης συγκεκριμένου προϊόντος, θα πρέπει είτε να έχει ο ίδιος (ο οικονομικός φορέας) τις χρηματοοικονομικές και τεχνικές ικανότητες που απαιτούνται για την κατασκευή/ παραγωγή του υπό προμήθεια προϊόντος, είτε εφόσον λειτουργεί ως μεσάζων προμηθευτής (π.χ. εισαγωγική εταιρία), να απευθυνθεί στον τρίτο φορέα που παράγει/κατασκευάζει το προϊόν και να στηριχθεί σε αυτόν για την εξασφάλιση αρχικά του προϊόντος και την προμήθεια

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

του εν συνεχεία, στην αναθέτουσα αρχή. Για την παραδεκτή και σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης υποβολή της προσφοράς του εν προκειμένω, οφείλει να υποβάλλει το ΕΕΕΣ δεόντως και προσηκόντως συμπληρωμένο αλλά και το σύνολο των ΕΕΕΣ των τρίτων, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, τα οποία εντούτοις, όπως αποδεικνύεται από την εξέταση του φακέλου της υπόθεσης, δεν είχε συνυποβάλλει η συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα στη κατατεθείσα προσφορά της.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρία στηρίζεται στην τεχνική ικανότητα άλλων εταιριών/φορέων, προκειμένου να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή την δική της καταλληλότητα για την εκτέλεση της σύμβασης, αναφορικά με τα Τμήματα 2 και 6 αυτής. Κατά συνέπεια, όφειλε να καταθέσει με την προσφορά της –και ανεξαρτήτως από την υποχρέωση υποβολής άλλων ζητούμενων δικαιολογητικών- το ΕΕΕΣ δεόντως και νομίμως συμπληρωμένο από την ίδια, αλλά και τα ΕΕΕΣ των έτερων δύο εταιριών, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται για τα ως άνω αναφερθέντα τμήματα, σύμφωνα με το οικείο νομοθετικό πλαίσιο και τους σχετικούς όρους της Διακήρυξης.

21. Επειδή, εξάλλου η μη εξασφάλιση της σοβαρότητας και δεσμευτικότητας των προθέσεων τόσο του τρίτου όσο και του προσφέροντα καθώς και η μη παροχή εγγυήσεων προς την αναθέτουσα αρχή για τη διάθεση συγκεκριμένων πόρων θα ισοδυναμούσε με ευθεία παραβίαση της Οδηγίας, που επιτάσσει ότι οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια και δεν θα μπορούσε να επιτευχθεί ο αντικειμενικός σκοπός που είναι η προσήκουσα, έγκαιρη και έντεχνη εκτέλεση του έργου (Βλ. σχετικά Κατευθυντήρια Οδηγία 14/2016 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ με θέμα «Δυνατότητα Δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων»).

22. Επειδή, κατά τα ως άνω δεδομένα, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, καθ' ο μέρος πλήττουν την προσβαλλόμενη απόφαση λόγω

Αριθμός απόφασης: 739 /2018

απόρριψης της προσφοράς της για τα τμήματα 2 και 6, πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμες, αφού, κατά τα προεκτεθέντα (βλ. σκ. 18-21) η προσφορά της ορθώς απερρίφθη από την αναθέτουσα αρχή, ως μη συμμορφούμενη με τους σχετικούς όρους της υπόψη διακήρυξης.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, η υπό κρίση Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 226343804958 0924 0080) ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη την 31^η Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 17 Σεπτεμβρίου 2018.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα