

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 06 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση:
Μαρία Βύρρα, υπό την ιδιότητά του ως Μονομελούς Κλιμακίου.

Για να εξετάσει την από 01.04.2022 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 497/01.04.2022 της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «η προσφεύγουσα»).

Κατά του «ΔΗΜΟΥ» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθούν της η με αριθμό 81/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... (εφεξής η «προσβαλλόμενη») που ενέκρινε το από 24-02-2022 (2ο) πρακτικό ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου της προμήθειας με τίτλο "Προμήθεια γάλακτος εργαζομένων Δήμου & ελαιολάδου - ηλιελαίου για τους παιδικούς σταθμούς του Ν.Π.Δ.Δ. "... (αριθ. μελ. 37/2021) και κατακύρωσε το αποτέλεσμα του διεξαχθέντος διαγωνισμού για την εκτέλεση της προμήθειας των ΤΜΗΜΑΤΩΝ Α1 & Β7 της υπ' αριθ. 37/2021 μελέτης, στην επιχείρηση «...» και να απορριφθεί ως προς το σκέλος που αναδεικνύει τον ως άνω οικονομικό φορέα «...» ανάδοχο για το Τμήμα Α1: ΓΑΛΑ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΔΗΜΟΥ.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμό πρωτ. ... Διακήρυξη του αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός Διαγωνισμός κάτω των ορίων για την προμήθεια «ΓΑΛΑΚΤΟΣ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΔΗΜΟΥ&ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΝΟΜΙΚΟΥ

ΠΡΟΣΩΠΟΥ» και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη μόνο την τιμή. Στον εν θέματι διαγωνισμό, στο επίδικο Α1 Τμήμα αυτού, υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και ο οικονομικός φορέας «...». Με την προσβαλλόμενη αναδείχθηκε οριστικός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας «...».

2. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 26-01-2021 με ΑΔΑΜ: ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

3. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ... ποσού €600,00, υπολογισμένο επί του τμήματος Α1 επί του οποίου ασκείται η προσφυγή, ποσού 43.627,50€ άνευ ΦΠΑ).

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

5. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 23.03.2022, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 01.04.2022, κοινοποιήθηκε, δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, από την προσφεύγουσα.

6. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, έχοντας καταταγεί δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας και προβάλλει ζημία της ερειδόμενη στην παράνομη προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης και στο επιδιωκόμενο όφελος από την ανάδειξή της ως αναδόχου της σύμβασης. Περαιτέρω, απαραδέκτως αιτείται να αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος καθόσον το εν λόγω αίτημα εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ), η οποία, επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 24/2018, ΑΕΠΠ 93-94/2020, 1224/2020)

7. Επειδή, με το από 14.04.2022 έγγραφό της ο αναθέτων φορέας υπέβαλε εμπροθέσμως τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής. Τις ως άνω απόψεις ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε αφενός στην ΕΑΔΗΣΥ και αφετέρου στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 14.04.2022.

8. Επειδή, στις 04.04.2022 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση πρώτης προσφυγής μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1α του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη

σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε 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.

10. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). 26. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

11. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 1111/2006, 597/2007 κ.ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

12. Επειδή το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» προβλέπει τα εξής : « 1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την

καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.[...] .

13.Επειδή στο άρθρο 78 του ν. 4412/2016 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων», ως ισχύει, ορίζεται « 1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, 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. ... 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.. 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, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού φορέα από δημόσιες συμβάσεις. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από 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...».

14. Επειδή το άρθρο 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της οικείας Διακήρυξης ορίζει: «Οι Οικονομικοί Φορείς απαιτείται: 1. [...] 2. Να δηλώνουν ότι μέσα μεταφοράς που θα χρησιμοποιηθούν είναι κατάλληλα για την εκτέλεση της προμήθειας».

15.Επειδή το άρθρο 2.2.9.2 Β4 περ. 2 της οικείας Διακήρυξης ορίζει: «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: 2. Υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 8 του Ν.1559/86 στην οποία ο προσφέρων (ή νόμιμος εκπρόσωπός του) θα δηλώνει ότι τα μέσα μεταφοράς που θα χρησιμοποιηθούν είναι κατάλληλα για την εκτέλεση της προμήθειας».

16. Επειδή το άρθρο 2.2.8.1 «Στήριξη στις ικανότητες τρίτων» της οικείας Διακήρυξης ορίζει: «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά στα 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 φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν κατά περίπτωση τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3..Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η οποία απευθύνεται στον οικονομικό

φορέα μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Ο φορέας που αντικαθιστά φορέα του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου».

17. Επειδή το άρθρο 2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής της οικείας Διακήρυξης ορίζει: «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α και β στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), όπως προβλέπεται στις παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και τη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση με την οποία ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις συμμετοχές, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό υπόδειγμα ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παρούσας διακήρυξης ως Παράρτημα αυτής. Η συμπλήρωσή του δύναται να πραγματοποιηθεί με χρήση του υποσυστήματος Promitheus ESPDint, προσβάσιμου μέσω της Διαδικτυακής Πύλης (www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ, ή άλλης σχετικής συμβατής πλατφόρμας υπηρεσιών διαχείρισης ηλεκτρονικών ΕΕΕΣ. Οι Οικονομικοί Φορείς δύναται για αυτό το σκοπό να αξιοποιήσουν το αντίστοιχο ηλεκτρονικό αρχείο με μορφότυπο XML που αποτελεί επικουρικό στοιχείο των εγγράφων της σύμβασης. Το συμπληρωμένο από τον Οικονομικό Φορέα ΕΕΕΣ, καθώς και η τυχόν συνοδευτική αυτού υπεύθυνη δήλωση, υποβάλλονται σύμφωνα με την περίπτωση δ της παραγράφου 2.4.2.5 της παρούσας, σε ψηφιακά υπογεγραμμένο ηλεκτρονικό αρχείο με μορφότυπο PDF. [Αναλυτικές οδηγίες και πληροφορίες για το θεσμικό πλαίσιο, τον τρόπο χρήσης και συμπλήρωσης ηλεκτρονικών ΕΕΕΣ και της χρήση του υποσυστήματος Promitheus ESPDint είναι αναρτημένες σε σχετική θεματική ενότητα στη Διαδικτυακή Πύλη (www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ.] »

18.Επειδή σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύναται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών

φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

19.Επειδή το ΕΕΕΣ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής και ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον προσφέροντα οικονομικό φορέα και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου. Ωστόσο, αυτή η καταρχήν εμπιστοσύνη δεν μπορεί να αποκλείσει τον ίδιο τον έλεγχο της αληθείας και πραγματικότητας των δηλουμένων από την αναθέτουσα αρχή στην περίπτωση που αφενός μεν ο οικονομικός φορέας προσκομίζει έγγραφα και δικαιολογητικά προς απόδειξή τους, καίτοι δεν υποχρεούται, και αφετέρου αμφισβητούνται με επίκληση συγκεκριμένων λόγων από έτερο διαγωνιζόμενο. Σε αντίθετη περίπτωση, θα καθίσταντο δυνατή η συμμετοχή στα περαιτέρω στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την προσωρινή κατακύρωση σε φορείς που δηλώνουν ανακριβή ή ψευδή στοιχεία, θα παραβιάζονταν οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων με την εν τοις πράγμασι εξίσωση φορέων που πληρούν και φορέων που δεν πληρούν ρητούς όρους της Διακήρυξης, εις βάρος της οικονομίας της διαγωνιστικής διαδικασίας (ΑΕΠΠ 377/2018 σκ.50) Επομένως, μια τέτοια ερμηνεία παρίσταται εντέλει μη συμβατή με τον σκοπό καθιέρωσης του συστήματος προκαταρκτικής, πλην σε κάθε περίπτωση μαχητής, απόδειξης, καθόσον λειτουργεί εις βάρος της αποτελεσματικότητας, ταχύτητας και του ιδίου του δημοσίου συμφέροντος, εκθέτοντας περαιτέρω σε βλάβη την αναθέτουσα και τους μετέχοντες και ιδίως προσβάλλοντας θεμελιώδεις αρχές

του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και δεν δύναται να γίνει δεκτή (βλ. ΑΕΠΠ 96/2017 σκ.8, παρ. 5 του άρθρου 79).

20. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο οικονομικός φορέας «...» στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου, ήτοι της «...» για την κάλυψη της απαίτησης του άρθρου 2.2.6 περ.2 και του άρθρου 2.2.9.2 Β4 περ.. 2 σχετικά με τη διάθεση των κατάλληλων μέσων μεταφοράς των προσφερόμενων ειδών, ώστε να εξασφαλίζεται η ποιότητα και ασφάλεια των αγαθών. Αναλυτικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται πως: **«...1ος λόγος προσφυγής: [...] Ο οικονομικός φορέας «...» κατέθεσε υπεύθυνη δήλωσή του ότι τα μέσα μεταφοράς που θα χρησιμοποιηθούν είναι κατάλληλα για την εκτέλεση της προμήθειας και προσκόμισε την άδεια καταλληλότητας οχήματος μεταφοράς προϊόντων ζωικής προέλευσης από το Τμήμα Κτηνιατρικής της Π.Ε. ... (ΣΧΕΤΙΚΟ 1). Όπως εμφανίζεται από την προσκομιζόμενη άδεια καταλληλότητας, το όχημα που θα χρησιμοποιεί η επιχείρηση «...» για την εκτέλεση της προμήθειας ανήκει στην εταιρεία «...». Ωστόσο, στο υποβληθέν Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης και συγκεκριμένα στην ερώτηση για το εάν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής, η επιχείρηση «...» απαντά αρνητικά και όχι καταφατικά ως όφειλε (ΣΧΕΤΙΚΟ 2) καθώς βασίζεται στα τεχνικά μέσα τρίτων (εταιρεία ...) για την διανομή και εκτέλεση του οδικού μεταφορικού έργου της σύμβασης προμήθειας, εφόσον της κατακυρωθεί. Πρόκειται δηλαδή για στήριξη σε τρίτο αναφορικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, η οποία και έπρεπε να δηλωθεί στο προσκομιζόμενο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης κατά την υποβολή της προσφοράς, σύμφωνα με όσα ο Ν 4412/2016 περί δημοσίων συμβάσεων και προμηθειών ορίζει και όπως συναντάται σε πληθώρα αποφάσεων της ΑΕΠΠ. Τονίζεται, επιπροσθέτως, ότι η συμμετέχουσα επιχείρηση «...» για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής της παραγράφου 2.2.6 περί καταλληλότητας του μεταφορικού μέσου που θα χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της εν λόγω προμήθειας δεν αναφέρει την εταιρεία ... (στην οποία και ανήκει το όχημα που δηλώνει ότι θα χρησιμοποιήσει ο οικονομικός φορέας) ούτε ως υπεργολάβο.Ως εκ τούτου, από τη στιγμή που η άδεια του μεταφορικού**

μέσου είναι άλλης εταιρίας, ήτοι της εταιρείας ... εκ των πραγμάτων δεν εκτελεί ο οικονομικός φορέας «...» την σύμβαση ως προς τη μεταφορά , παραβιάζοντας πέραν των όσων ορίζονται για την παροχή δάνειας εμπειρίας και τον όρο της παρούσας Διακηρύξεως περί δήλωση της απλής υπεργολαβίας. [...] Επιπροσθέτως, λοιπόν και όλως επικουρικώς αναφέρεται ότι από την υποβληθείσα προσφορά της επιχείρησης «...» εκλείπει κάθε σχετικό έγγραφο απ'όπου να προκύπτει η ως άνω δέσμευση της εταιρείας Παράλληλα, σχετικά με την ψευδή αρνητική δήλωση του έτερου συμμετέχοντος «...» αναφορικά με το εάν βασίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής, υπογραμμίζεται ότι το ΕΕΕΣ αποτελεί επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση και υπηρετεί τον σκοπό της προκαταρκτικής απόδειξης των προϋποθέσεων συμμετοχής και της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα και πρέπει να είναι άρτια και προσηκόντως συμπληρωμένο. Είναι σκόπιμο δε να τονισθεί ότι δεν θεραπεύεται μεταγενέστερα η ανωτέρω αρνητική απάντηση ούτε συγχωρείται κλήση προς παροχή διευκρινίσεων της προσωρινής αναδόχου, καθώς κατά το άρθρο 102 ν. 4412/2016 αυτή συγχωρείται ή επιβάλλεται σε περιπτώσεις ασαφειών ή επουσιωδών πλημμελειών σε υποβληθέντα στοιχεία, όχι όμως προς πλήρη μεταβολή μιας μονολεκτικά αρνητικής απάντησης σε καταφατική, ώστε να καταστεί νομίμως υποβληθέν το ΕΕΕΣ (βλ. Διοικ. Εφ. Αθηνών (συμβ) 194/2020 σκ. 9, ΕπΑνΣτΕ 68/2020, ΕπΑνΣτΕ 30/2019, ΕπΑνΣτΕ 401/2018). **2^{ος} λόγος προσφυγής:** Στη συνέχεια, αξίζει να επισημανθεί ότι η ανακριβής δήλωση της επιχείρησης «...» στο υποβληθέν Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΣΧΕΤΙΚΟ 2) τόσο στην ερώτηση που αφορά στο εάν στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής όσο και στο εάν προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού πέραν της παραβίασης του κριτηρίου επιλογής της παραγράφου 2.2.6 ως ανωτέρω αναλύθηκε».

21. Επειδή, σύμφωνα με τα κριθέντα δυνάμει της υπ' αριθμό 1113, 1114/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ (σελ. 64) «...**Σύμφωνα δε με όσα παγίως**

γίνονται δεκτά από την ως άνω νομολογία, η εν λόγω ανακριβής δήλωση αποτελεί κατά την διακήρυξη αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, η διαπίστωση του οποίου συνεπάγεται την υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να θέσει εκτός διαγωνισμού τον διαγωνιζόμενο, αφού η δήλωσή του δια του ΕΕΕΣ διαπιστώνεται ότι είναι αντικειμενικά ανακριβής. Στην κριθείσα περίπτωση, λαμβάνοντας υπόψιν ότι οι περιστάσεις έκδοσης, όχι μόνον της 754/2020 ΣΤΕ, αλλά και των λοιπών σχετικών αποφάσεων της νομολογίας (ΣΤΕ 754/2020, ΕΑ 91/2020, 93/2020) είναι όμοιες με τις περιστάσεις της υπό κρίση υπόθεσης, καθότι όλες ερείδονται στην παράλειψη του διαγωνιζομένου να δηλώσει στο ΕΕΕΣ έναν εκ των λόγων αποκλεισμού, γίνεται δεκτό ότι ορθώς, ο αναθέτων φορέας, εφόσον διαπίστωσε την ανακρίβεια της συγκεκριμένης δήλωσης του ΕΕΕΣ από την απόφαση ... της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ορθώς απέρριψε την προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας. Άλλωστε, δεδομένου ότι το ΕΕΕΣ επιτελεί ακριβώς τον διαγραφόμενο από τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 σκοπό, να λαμβάνει δηλαδή ο αναθέτων φορέας πλήρη γνώση όλων των αναγκαίων στοιχείων για την εκφορά της κρίσης περί της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού του διαγωνιζομένου στο κατάλληλο στάδιο του διαγωνισμού, ο αναθέτων φορέας δεν όφειλε στην κρινόμενη περίπτωση, μετά την διαπίστωση της ανακρίβειας της σχετικής δήλωσης της πρώτης προσφεύγουσας και υπό το φως των νέων νομολογιακών δεδομένων να καλέσει το μέλος της ένωσης «....» να υποβάλει στοιχεία σχετικά με την απόδειξη της αξιοπιστίας της. Συναφώς, ο αναθέτων φορέας δεν όφειλε να καλέσει την πρώτη προσφεύγουσα να διορθώσει την προσφορά της, πολλώ δε μάλλον να επανυποβάλλει το ΕΕΕΣ, διότι η αρνητική απάντηση του μέλους «....» της πρώτης προσφεύγουσας ένωσης στο ερώτημα εάν έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού σαφώς και δεν συνιστά ελλιπή δήλωση, αλλά, ως αποδεικνύεται εκ των περιστάσεων, ανακριβή αντικειμενικώς δήλωση, η ανακρίβεια της οποίας δεν συνιστά ασάφεια ή επουσιώδη πλημμέλεια δυνάμενη να αρθεί, αφού η διόρθωσή της, θα είχε ως συνέπεια την μεταγενέστερη αντικατάσταση ουσιώδους εγγράφου της

προσφοράς, γεγονός που απαγορεύεται εκ των όρων της διακήρυξης και ουδόλως συνάδει με τις επιταγές του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Τούτων δοθέντων απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι ως άνω ισχυρισμοί της πρώτης προσφεύγουσας...».

22. Επειδή σύμφωνα με τα κριθέντα στην υπ' αριθμό 194/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Συμβ), και συγκεκριμένα στη σκέψη 9 αυτής: «...Περαιτέρω δε, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως προδήλως βάσιμος ούτε ο λόγος, σύμφωνα με τον οποίο η Διοίκηση καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας που της παρέχει η διάταξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 ως και η αντίστοιχη του άρθρου 2.19 της διακήρυξης, απέκλεισε την αιτούσα, αντί να την καλέσει να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά, διότι οι νομοθετικές αυτές διατάξεις, ερμηνευόμενες σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει τη σύνταξη των προσφορών στο πλαίσιο των διαγωνισμών ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων, αναφέρονται σε διευκρινίσεις ή συμπληρώσεις νομίμως καταρχήν υποβληθέντων δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς και όχι σε αναπλήρωση ελλειπόντων ή μη νομίμως υποβληθέντων στοιχείων (ΣτΕ ΕΑ 68/2020, 30/2019, 401/2018). Τέλος, δεν παρίστανται προδήλως βάσιμοι ούτε οι λόγοι ακύρωσης, με τους οποίους προβάλλεται ότι κατά παράβαση των αρχών της χρηστής διοίκησης, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της αποφυγής διακρίσεων, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της αιτούσας, διότι ερείδονται στην εσφαλμένη εκδοχή ότι η αναθέτουσα αρχή είχε διακριτική ευχέρεια να δεχθεί την προσφορά της αιτούσας παρά τη μη νομότυπη κατά τα ανωτέρω υποβολή της, ενώ, πράγματι, σύμφωνα με τις προαναφερθείσες διατάξεις της διακήρυξης, δεν είχε τέτοια ευχέρεια».

23.Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο και δεύτερο λόγο της προσφυγής, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα εξής: Ο οικονομικός φορέας «...» στο ΜΕΡΟΣ II ΤΟΥ ΕΕΕΣ, στο σημείο Γ «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» στην ερώτηση «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα

(τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;» απάντησε αρνητικά. Περαιτέρω ο ως άνω οικονομικός φορέας στο ΜΕΡΟΣ II ΤΟΥ ΕΕΕΣ, στο σημείο Δ «Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας»

στην ερώτηση «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;» απάντησε αρνητικά. Από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» προκύπτει πως ο εν λόγω οικονομικός φορέας κατέθεσε υπεύθυνη δήλωσή του ότι τα μέσα μεταφοράς που θα χρησιμοποιηθούν είναι κατάλληλα για την εκτέλεση της προμήθειας, προσκομίζοντας την άδεια καταλληλότητας οχήματος μεταφοράς προϊόντων ζωικής προέλευσης από το Τμήμα Κτηνιατρικής της Π.Ε. Όπως όμως εμφανίζεται από την προσκομιζόμενη άδεια καταλληλότητας, το όχημα που θα χρησιμοποιεί ο εν λόγω οικονομικός φορέας για την εκτέλεση της προμήθειας ανήκει στην εταιρεία «...». Ωστόσο, στο υποβληθέν Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης και συγκεκριμένα στην ερώτηση για το εάν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής, ο οικονομικός φορέας «...» απαντά αρνητικά και όχι καταφατικά ως όφειλε) καθώς βασίζεται στα τεχνικά μέσα τρίτων, ήτοι στην εταιρεία «...» για την διανομή και εκτέλεση του οδικού μεταφορικού έργου της σύμβασης προμήθειας. Επιπροσθέτως, στην υποβληθείσα προσφορά του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα εκλείπει κάθε σχετικό έγγραφο από το οποίο να προκύπτει η ως άνω δέσμευση της εταιρείας «...», κατά παράβαση του άρθρου 2.2.8.1 της Διακήρυξης («... αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται»). Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη και στις σκέψεις 21 και 22 η επίμαχη δήλωση του οικονομικού φορέα «...» στο ΕΕΕΣ ήταν αντικειμεμικώς ανακριβής, η ανακρίβεια της οποίας δεν συνιστά ασάφεια ή επουσιώδη πλημμέλεια δυνάμενη να αρθεί, αφού η διόρθωσή της, θα συνιστούσε κατ' ουσία την μετατροπή μιας αρνητικής απάντησης σε θετική και θα είχε ως συνέπεια την μεταγενέστερη αντικατάσταση ουσιώδους εγγράφου της προσφοράς, γεγονός

που απαγορεύεται εκ των όρων της διακήρυξης και ουδόλως συνάδει με τις επιταγές του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, και επομένως η προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί και να μην αναδειχθεί ανάδοχος, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, απορριπτομένων των περί αντιθέτου ισχυρισμών του αναθέτοντος. Επομένως, ο πρώτος και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνουν δεκτοί.

24.Επειδή η εξέταση του τρίτου λόγου της προσφυγής παρέλκει ως αλυσιτελής δοθέντος ότι οι ως άνω πλημμέλειες της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς του και την ακύρωση της προσβαλλόμενης (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 1374/2019. 782/2020).

25. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθμό 81/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... κατά το σκέλος που έγινε δεκτή, η προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και αναδείχθηκε αυτός ανάδοχος του Τμήματος Α1 του εν θέματι διαγωνισμού «ΓΑΛΑ (ΔΗΜΟΣ) στο ποσό των #39.472,50# € και προστιθεμένου του ΦΠΑ 13% εξ € #5.131,43# στο συνολικό ποσό των #44.603,93# €».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 06 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 26 Μαΐου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**ΤΟ ΜΕΛΟΣ
ΒΥΡΡΑ ΜΑΡΙΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΩΣΤΗ**

