

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμίρη και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15.04.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 554/15.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «....» και το διακριτικό τίτλο «....», (εφεξής: η «προσφεύγουσα»), η οποία εδρεύει στον ..., ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (...) (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Και την από 27.04.2022 Παρέμβασης της εταιρείας με την επωνυμία «....» (εφεξής: η «παρεμβαίνουσα», που εδρεύει στ... ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. Πρωτοκ. Φ.600.163/10/40357 Σ.777/05-04-2022 (ΑΔΑ: ...), κατά το μέρος αυτής με το οποίο κατακυρώνεται στην εταιρεία «....» η σύμβαση για τα είδη με α/α 5 (Κοτόπουλο Νωπό) και α/α 6 (Κοτόπουλο Κατεψυγμένο), καθώς επίσης και της αριθ. Φ.600.163/9/38590 Σ.665/21 Μαρ 22 απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί ανάδειξης προσωρινών αναδόχων και να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος για τα ως άνω είδη, οι οποίες εκδόθηκαν στο πλαίσιο της υπ' αρ. ... Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία προκηρύχθηκε ανοικτός, διεθνής, ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια νωπών και κατεψυγμένων κρεάτων και πουλερικών για τις ανάγκες των υποστηριζόμενων μονάδων και των στρατιωτικών καταστημάτων της Π.Ε. ... και ... (συμπεριλαμβανομένου του ΚΑΑΥ ...), συνολικής εκτιμώμενης αξίας 295.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.4412/2016, ο

οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 03.03.2022 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 725,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία των τμημάτων 5 και 6 της σύμβασης, σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 145.000,00 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός, διεθνής, ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια νωπών και κατεψυγμένων κρεάτων και πουλερικών για τις ανάγκες των υποστηριζόμενων μονάδων και των στρατιωτικών καταστημάτων της Π.Ε. ... και ... (συμπεριλαμβανομένου του ΚΑΑΥ ...ς), συνολικής εκτιμώμενης αξίας 295.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.4412/2016, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 03.03.2022 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1 και άρθρου 379, παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΑΕΠΠ,

ενώπιον της οποίας ασκούνται οι προσφυγές και υποβάλλονται τα σχετικά αιτήματα αναστολής, είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 15.04.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 07.04.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή, την 18^η.04.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 828/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Επειδή, από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού δεν προκύπτει η κατάθεση απόψεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής σχετικά με τις αιτιάσεις που προβάλλει η προσφεύγουσα.

8. Επειδή, στις 27.04.2022 η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Παρέμβαση υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε προς όλους τους ενδιαφερόμενους τρίτους στις 28.04.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαγωνισμού. Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής, για τους λόγους που αναλυτικά παραθέτει σε αυτήν.

9. Επειδή, στις 03.05.2022 η προσφεύγουσα κατέθεσε υπόμνημα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ επί της ως άνω ασκηθείσας Παρέμβασης, το οποίο κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 03.05.2022 προς όλους τους συμμετέχοντες και με το οποίο, για τους

ειδικότερους λόγους που αναφέρει εκεί, ζητεί να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της και να απορριφθεί η Παρέμβαση, το οποίο γίνεται δεκτό από το αποφασίζον Κλιμάκιο για την τήρηση της αρχής της αντιμωλίας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 51/2021).

10. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού 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 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

11. Επειδή, η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στη μη ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου καθώς και στη ζημία της από την τυχόν παράνομη συμμετοχή έτερων προσφερόντων, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση (ΔΕΕ, απόφαση της 14.02.2019, C-54/18 - Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo, σκ. 35-37.

12. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η

αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). 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).

13. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσεως πρέπει να

διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, καταρχήν 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 γνωρίζοντας εκ των προτέρων το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων του διαγωνισμού στα οποία καλόπιστα θα στηρίξουν την απόφασή τους εάν θα λάβουν ή όχι μέρος στη διαδικασία σύναψης της οικείας σύμβασης (βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, σκέψη 34, της 14ης Ιουλίου 2016, TNS Dimarso NV κατά Vlaams Gewest, υποθ. C-6/15, σκέψεις 22 επ., την απόφαση του ΔΕΕ της 10ης Μαΐου 2012, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, υποθ. C-368/10, σκέψεις 55 επ., 62 επ. και 88). Περαιτέρω, δε, οι όροι της διακήρυξης πρέπει να καταρτίζονται με βάση τα ως άνω, ώστε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33).

14. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων

αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

15. Επειδή, στο αρ. 102 του Ν. 4412/2016 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών», ως ισχύει εν προκειμένω μετά την τροποποίησή του με το αρ. 42 Ν. 4782/2021 ορίζεται ότι : *«Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.»*.

16. Επειδή, στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4782/2021 ως προς την τροποποίηση του αρ. 102 Ν. 4412/2016 επισημαίνονται τα εξής: *«Με το άρθρο 42 τροποποιείται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ'*

ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής. Συγκεκριμένα, προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3 άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί. Η τροποποίηση του άρθρου κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρίας και του φορμαλισμού και της διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα».

17. Επειδή, με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα κάτωθι κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας:

«Σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και συγκεκριμένα το άρθρο 2.43.2

περί Τεχνικής Προσφοράς (σελ. 38 διακήρυξης) αναφέρονται αυτολεξεί τα εξής: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος «ΙV» της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν: α) το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν, β) τη χώρα παραγωγής του προσφερόμενου προϊόντος, τυχόν ενδιάμεσους προμηθευτές της συγκεκριμένης εφοδιαστικής αλυσίδας (ειδών), την επιχειρηματική μονάδα στην οποία παράγεται αυτό, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της». Όπως προκύπτει από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής της εταιρείας με δ.τ. «....» και ιδίως την τεχνική προσφορά της εταιρείας (επισυναπτόμενο αρχείο) και τον πίνακα κρεάτων και πουλερικών που δηλώνει η ως άνω εταιρεία, στο πεδίο «Χώρα Παραγωγής, Μονάδα και Τόπος Εγκατάστασης», αναφέρει ρητά πως είναι η Ελλάδα,, ...

Λανθασμένη δήλωση και τεχνική προσφορά βάσει των ρητών όρων της διακήρυξης, διότι όπως προκύπτει από τον φάκελο προσφοράς και τα δικαιολογητικά που υπεβλήθησαν θα έπρεπε να έχει δηλώσει την εταιρεία Επιπλέον ,όπως προκύπτει από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής της εταιρείας με δ.τ. «....», υφίστανται έγγραφα όπως πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας ISO 9001, brc και 22000 της εταιρείας, καθώς επίσης και υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου της ως άνω εταιρείας στην οποία δηλώνεται πως «Η εταιρία μας έλαβε γνώση των όρων της διακήρυξης και έχει αποδεχθεί έναντι του προσφέροντα (...) την εκτέλεση της προμήθειας ΚΟΤΟΠΟΥΛΩΝ-ΠΟΥΛΕΡΙΚΩΝ για την κατακύρωση των εν λόγω ειδών σε αυτόν». Επομένως με την συγκεκριμένη δήλωση : είτε η εταιρεία ...

θα προμηθευε ως παραγωγός εταιρεία τα συγκεκριμένα είδη/κατηγορίες στην εταιρεία και θα έπρεπε να δηλωθεί ως επιχειρηματική μονάδα στην οποία παράγονται τα είδη, καθώς και ο τόπος εγκατάστασης αυτής, είτε η υποψήφια ανάδοχος εταιρεία στηριζόταν στις ικανότητες τρίτου της εταιρείας ..., δήλωση η οποία δεν πραγματοποιήθηκε στο Ε.Ε.Ε.Σ. και δικαιολογητικά τρίτου δεν υπεβλήθησαν, είτε θα τον χρησιμοποιούσε ως υπεργολάβο, δήλωση η οποία δεν πραγματοποιήθηκε στο Ε.Ε.Ε.Σ. και δικαιολογητικά υπεργολάβου που δεν υπεβλήθησαν. Τίποτα από τα ανωτέρω δεν πραγματοποιήθηκε και επομένως η προσφορά της πρέπει να απορριφθεί ως μη νόμιμη και απαράδεκτη. Προς αντιπαραβολή της τεχνικής προσφοράς της αναδόχου εταιρείας βάσει της ἴ προσβαλλόμενης απόφασης, η εταιρεία μας η οποία ομοίως θα προμηθευτεί τα συγκεκριμένα είδη/κατηγορίες από την παραγωγό/προμηθεύτρια εταιρεία ..., δήλωσε ορθά στην τεχνική της προσφορά ως Επιχειρηματική Μονάδα την εταιρεία ..., ΑΦΜ: .../Δ.Ο.Υ. ..., με τόπο εγκατάστασης αυτής το ..., ΤΚ ..., Τ: ..., ΑΥΤΗ Η ΑΝΑΦΟΡΑ ΗΤΑΝ ΚΑΙ Η ΜΟΝΗ ΟΡΘΗ ΚΑΙ Η ΜΟΝΑΔΙΚΗ ΠΟΥ ΕΠΡΕΠΕ ΝΑ ΔΗΛΩΣΕΙ ΚΑΙ Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ, δήλωσε η οποία δεν πραγματοποιήθηκε με αποτέλεσμα η προσφορά της για τα συγκεκριμένα είδη να είναι εσφαλμένη, μη αποδεκτή και ως εκ τούτου θα πρέπει να απορριφθεί».

18. Επειδή, μετά την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και την εξέταση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, επί του πρώτου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα εξής: Στον όρο 2.4.3.2 της επίμαχης Διακήρυξης προβλέπεται ότι: (...) «Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν: Τη χώρα παραγωγής του προσφερόμενου προϊόντος, τυχόν ενδιάμεσους προμηθευτές της συγκεκριμένης εφοδιαστικής αλυσίδας (ειδών), την επιχειρηματική μονάδα στην οποία παράγεται αυτό, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της». Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα εταιρεία στην τεχνική της προσφορά πράγματι στη σχετική στήλη για τα είδη 5 και 6 περί χώρας παραγωγής, μονάδας και τόπου εγκατάστασης έχει προβεί στη δήλωση «...». Ωστόσο, όπως ορθώς εντοπίζει η προσφεύγουσα, στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής της περιλαμβάνεται υπεύθυνη δήλωση του

νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας με την επωνυμία «...» εδρεύουσα στην Κατερίνη, σύμφωνα με την οποία «*η εταιρεία μας έλαβε γνώση των όρων της Διακήρυξης και έχει αποδεχθεί έναντι του προσφέροντα «...» την εκτέλεση της προμήθειας κοτόπουλων – πουλερικών για την κατακύρωση των εν λόγω ειδών σε αυτόν*». Εκ της ανωτέρω δήλωσης προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα εταιρεία ουδόλως συνιστά την παραγωγική μονάδα των προσφερόμενων ειδών με α/α 5 και 6, καθώς πρόκειται να προμηθευτεί αυτά από άλλη εταιρεία και συγκεκριμένα την εταιρεία με την επωνυμία «....» εδρεύουσα στην ... και συνεπώς η σχετική δήλωση στην τεχνική προσφορά της, κατά την οποία η μονάδα παραγωγής είναι η ... με τόπο εγκατάστασης στον ... είναι εσφαλμένη και δε βρίσκεται σε συμφωνία με τον όρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται επιπλέον από το γεγονός ότι τα κατατεθέντα πιστοποιητικά ISO που κατέθεσε η παρεμβαίνουσα έχουν εκδοθεί επίσης στα στοιχεία της εταιρείας «....». Η ανωτέρω δε διαπιστωθείσα πλημμέλεια κατά την υποβολή και αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας δεν δύναται να θεραπευθεί ύστερα από κλήση της παρεμβαίνουσας κατά τα οριζόμενα στο αρ. 102 Ν. 4412/2016, καθόσον, όπως έχει κριθεί, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. ο.π C-599/10 σκέψη 40 C-336/12, σκέψη 36). Οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση/συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εκάστοτε προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου ή στοιχείου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Περαιτέρω, κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητάς της η αναθέτουσα αρχή όσον αφορά το αίτημα παροχής διευκρινήσεων, πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και

λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. ο.π C-599/10, σκέψη 41, C-336/12 σκέψη 37) ήτοι οφείλει να σέβεται τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49 και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850_1851_1852/2021 σκ. 32). Επομένως, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων, των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, όπως εν προκειμένω, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorgna Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

19. Επειδή, με τον δεύτερο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα κάτωθι κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας:

«Επιπλέον βάσει των όρων της διακήρυξης αναφέρεται πως οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν και τυχόν ενδιάμεσους προμηθευτές της συγκεκριμένης εφοδιαστικής αλυσίδας (ειδών). Σε καμία δήλωση, τεχνική προσφορά ή δικαιολογητικό της εταιρείας με δ.τ. «.....» δεν υφίσταται δήλωση που να αναφέρει τυχόν ενδιάμεσους προμηθευτές της συγκεκριμένης εφοδιαστικής αλυσίδας, ή δεν αναφέρεται πουθενά πως δεν υφίστανται ενδιάμεσοι προμηθευτές».

20. Επειδή, η ανωτέρω εντοπιζόμενη πλημμέλεια συνέχεται άμεσα με τα διαλαμβανόμενα στη σκέψη 18 της παρούσης, καθώς αφορά επίσης παράβαση του όρου 2.4.3.2 της επίμαχης Διακήρυξης, κατά τον οποίο

απαιτείται από τους συμμετέχοντες να δηλώσουν τους τυχόν ενδιάμεσους προμηθευτές, θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα όσα ανωτέρω αναφέρθηκαν. Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός, καθότι η παρεμβαίνουσα εταιρεία δεν δήλωσε στην τεχνική της προσφορά ως ενδιάμεσο προμηθευτή των προσφερόμενων ειδών 5 και 6 την εταιρεία «....», παρά το γεγονός ότι από τα λοιπά δικαιολογητικά συμμετοχής της προκύπτει ότι η ως άνω εταιρεία έχει το ρόλο του ενδιάμεσου προμηθευτή κατά έννοια του αρ. 2.4.3.2 της Διακήρυξης. Ομοίως, η ως άνω πλημμέλεια κρίνεται ότι δεν δύναται να θεραπευθεί δια της κλήσης της παρεμβαίνουσας κατά το αρ. 102 Ν. 4412/2016, καθώς τούτο θα οδηγούσε κατ' ουσίαν σε τροποποίηση της προσφοράς της.

21. Επειδή, η εισήγηση γίνεται δεκτή εν όλω.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Διατάσσει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24.05.2022 και εκδόθηκε στις 10.06.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ

Α/Α

ΝΑΥΣΙΚΑ – ΣΟΦΙΑ ΜΠΑΣΔΕΛΗ