

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 06.08.2020 με την εξής σύνθεση:
Μαρία-Ελένη Σιδέρη Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και
Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
829/02.07.2020 της εταιρίας με την επωνυμία «*****» και με δ.τ. «*****»,
νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της Περιφέρειας ***** και της με αριθ. 816/2020 Απόφασης της
Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας *****.

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας με την επωνυμία «*****», νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα
επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με
αυτήν αναδεικνύεται ανάδοχος του Τμήματος Γ της δημοπρατούμενης
σύμβασης η εταιρία «*****».

2. Επειδή, με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την
απόρριψη της υπόψη Προσφυγής και ως εκ τούτου την διατήρηση της ισχύος
της προσβαλλόμενης με αριθ. 816/2020 απόφασης της αναθέτουσας αρχής.

3. Επειδή, η Περιφέρεια ***** (Περιφερειακή Ενότητα*****), ως
αναθέτουσα αρχή ανήκουσα στους φορείς Γενικής Κυβέρνησης, σε συνέχεια

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

των παρ. 3 και 5 του άρθρου 10 της από 11.3.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου και των παρ. 3 και 10, άρθρου τριακοστού έβδομου της από 20.3.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, και κατόπιν της με αριθ. 729/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (ΑΔΑ:*****) με την οποία εγκρίθηκε η διενέργεια διαπραγμάτευσης για την προμήθεια ειδών σίτισης σε ευπαθείς ομάδες, καθώς και οι όροι της διαπραγμάτευσης, δημοσίευσε την με αριθ. πρωτ. *****/06.04.2020 Πρόσκληση προς διενέργεια διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, κατ' αρ. 32 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016, με αντικείμενο την προμήθεια ειδών σίτισης σε ευπαθείς ομάδες των Δήμων της Περιφέρειας *****, λόγω πανδημίας COVID-19, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας για όλα τα υπό ανάθεση Τμήματα ύψους 4.417.860,00€, πλέον ΦΠΑ, με τη διάρκεια της σύμβασης να είναι για έναν (1) μήνα, και σε κάθε περίπτωση έως την συμπλήρωση των συμβατικών υπό προμήθεια ειδών, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε οκτώ (8) Τμήματα και οι προσφορές υποβάλλονται για κάθε τμήμα χωριστά, ενώ οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς δύνανται να υποβάλλουν προσφορά για ένα, ή περισσότερα ή και για όλα τα Τμήματα. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είχε οριστεί η 8η.4.2020 και ώρα 10:00 π.μ., ενώ η διενέργεια της διαπραγμάτευσης πραγματοποιήθηκε στα γραφεία της αναθέτουσας αρχής ενώπιον της Τριμελούς Γνωμοδοτικής Επιτροπής αξιολόγησης διαγωνισμών και διαδικασιών Διαπραγμάτευσης, χωρίς χρήση του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ. Στο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά οι κάτωθι οικονομικοί φορείς: (1) «*****», (2) «*****», (3) «*****», (4) «*****», (5) Ένωση Εταιριών «*****», (6) «*****», (7) Ένωση Εταιριών «*****», (8) «*****», (9) «*****», (10) «*****», και (11) «*****». Κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς, η αρμόδια επιτροπή αποδέχθηκε το σύνολο των προσφορών των οικονομικών φορέων, πλην της προσφοράς της συμμετέχουσας εταιρίας «*****», και ακολούθως αποσφράγισε τις οικονομικές προσφορές των λοιπών συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Κατά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών η αρμόδια επιτροπή διαπίστωσε ότι συνέτρεχε ασάφεια στην

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

οικονομική προσφορά της εταιρίας «*****» και για το λόγο αυτό αναζήτησε περαιτέρω διευκρινίσεις από την εν λόγω εταιρία. Η προσφεύγουσα, δια του με αριθ. πρωτ. 250673/9.4.2020 Υπομνήματος, έθεσε ζήτημα ως προς το παραδεκτό της προσφοράς της ως άνω εταιρίας ήδη από το στάδιο της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής- τεχνικής προσφοράς αλλά και λόγω της ασάφειας της οικονομικής της προσφοράς. Ωστόσο, η αρμόδια επιτροπή έκανε εν τέλει αποδεκτές τις παρασχεθείσες εκ της εταιρίας «*****» διευκρινίσεις, απέρριψε, άνευ επί της ουσίας εξέτασης, τους προβαλλόμενους δια του ως άνω υπομνήματος ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Τούτων δοθέντων, ειδικά για το Τμήμα Γ' της σύμβασης αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρία «*****», με προσφερόμενη τιμή ανά γεύμα 1,71 ευρώ ενώ την δεύτερη θέση στον πίνακα κατάταξης έλαβε η προσφεύγουσα με προσφερόμενη τιμή ανά γεύμα 2,65 ευρώ, την τρίτη θέση η εταιρία «*****», με προσφερόμενη τιμή ανά γεύμα 2,85 ευρώ, την τέταρτη θέση η ένωση εταιριών «*****» με προσφερόμενη τιμή ανά γεύμα 2,90 ευρώ και την πέμπτη θέση η εταιρία «*****» με προσφερόμενη τιμή ανά γεύμα 2,90 ευρώ. Ακολούθως, η αρμόδια επιτροπή διενήργησε διαπραγμάτευση, που πραγματοποιήθηκε μέσω αποστολής μηνυμάτων ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στους οικονομικούς φορείς που μειοδότησαν για κάθε Ομάδα, οπότε και η ως άνω μειοδύτρια εταιρία «*****» απάντησε ότι εμμένει στην αρχική της προσφορά, με αποτέλεσμα η αρμόδια επιτροπή να εισηγηθεί, δια του με αριθ. 17/9.4.2020 Πρακτικού της, προς την Οικονομική Επιτροπή την ανάθεση των υπηρεσιών για το Τμήμα Γ της σύμβασης στην ως άνω εταιρία έχοντας προσφέρει την οικονομικότερη προσφορά. Πλην όμως, η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας *****, δια της με αριθ. 767/26ηςΣυν/9.4.2020 Απόφασης, αποφάσισε κατά πλειοψηφία την αποδοχή της πρότασης του Προέδρου της Οικονομικής Επιτροπής ως προς «την παροχή επαρκών εξηγήσεων από τους οικονομικούς φορείς, των οποίων η προσφορά ήταν χαμηλότερη από 2, 50€ ανά γεύμα προ ΦΠΑ, εντός 24 ωρών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 88 του ν. 4412116» για το λόγο ότι «Οι συνάνθρωποί μας στους, οποίους θα προσφερθούν τα εν θέματι είδη σίτισης δεν έχουν τη δυνατότητα

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

επιλογής και ως εκ τούτου εμείς έχουμε καθήκον να πράξουμε την ορθότερη και ασφαλέστερη επιλογή για αυτούς». Λαμβάνοντας γνώση της απόφασης αυτής, η προσφεύγουσα απέστειλε το από 11.4.2020 υπόμνημα διά του οποίου έθιξε την αθέμιτη υποτίμηση των προϊόντων/υπηρεσιών με τιμή «κάτω του κόστους» της εταιρίας «*****», προσκομίζοντας σχετικά συγκριτικά στοιχεία. Ακολούθως, έλαβε χώρα η από 15.04.2020 Πρόσκληση για σύγκληση έκτακτης συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής, για τη λήψη απόφασης επί του θέματος «Ματαίωση του διαγωνισμού αναφορικά με την προμήθεια ειδών σίτισης (έτοιμων γευμάτων) σε ευπαθείς ομάδες των Δήμων της Περιφέρειας*****, λόγω πανδημίας COVID-19 (υπ αριθμ 729/2020 και 767/2020 αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής)». Όμως, εν συνεχεία, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη με αριθ. 816/28ης Συν/15.04.2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, σύμφωνα με την οποία αποφασίστηκε η ανάθεση των επίμαχων υπηρεσιών για το Τμήμα Γ της παρούσας σύμβασης στην εταιρία «*****» έχοντας προσφέρει την οικονομικότερη προσφορά, ήτοι το ποσό των 1,71€ που αντιστοιχεί ανά γεύμα, άνευ ΦΠΑ. Κατά της απόφασης αυτής ασκήθηκε η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 486/2020 προσφυγή, εκκρεμούσης της εξέτασης της οποίας εκδόθηκε η με αριθ. 143/2020 Πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου του ΕλΣυν, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης για το Τμήμα Γ' της προμήθειας (Κεντρικός Τομέας *****) με την αναδειχθείσα μειοδότη και νυν προσφεύγουσα εταιρεία με την επωνυμία «*****», για τον λόγο ότι η τελευταία «δεν διέθετε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της εν ισχύ αποδεικτικό αδειοδοτημένης μονάδας, καθόσον η ισχύς της υποβληθείσας 13538/19.11.2019 απόφασης του ΕΦΕΤ με την οποία χορηγήθηκε υπό όρους και για διάστημα τριών (3) μηνών έγκριση εγκατάστασης παραγωγής μαγειρεμένων φαγητών, είχε ήδη λήξει κατά τον κρίσιμο χρόνο και δεν προκύπτει η καθ' οιονδήποτε τρόπο ανανέωσή του». Ως εκ τούτου, η εκεί προσφεύγουσα «*****» υπέβαλε την από 12.05.2020 παραίτησή της από την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 486/23.04.2020 προσφυγή. Εν συνεχεία, κατά της με αριθ. 143/2020 Πράξης του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η προσφεύγουσα άσκησε την από 29.04.2020 αίτηση ανάκλησης, την οποία κοινοποίησε στην αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

αυθημερόν μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και στις 04.05.2020 μέσω δικαστικού επιμελητή. Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην έκδοση αφενός μεν της υπ' αρ. 906/2020 (*****) απόφασης, με την οποία, συμμορφούμενη με την αρ.143/2020 Πράξη του ΣΤ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, αποφάσισε να κληθεί σε διαπραγμάτευση και σε έλεγχο των σχετικών δικαιολογητικών για το Τμήμα Γ'(Κεντρικός Τομέας *****) η επόμενη στη σειρά κατάταξης του πίνακα μειοδοσίας εταιρεία «*****» και αφετέρου δε της υπ' αρ.912/2020 (*****) απόφασης με την οποία εγκρίθηκε το πρακτικό 21/2020 της Γνωμοδοτικής Επιτροπής Αξιολόγησης και ανατέθηκε η προμήθεια ειδών σίτισης του Τμήματος Γ'-Κεντρικός Τομέας στην εταιρεία «*****». Έπειτα, ασκήθηκε από την «*****» η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 626/2020 προσφυγή κατά των υπ' αριθ. 906/2020 και 912/2020 αποφάσεων της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που με αυτές ανατέθηκε το Τμήμα Γ' της σύμβασης στην νυν προσφεύγουσα. Εκκρεμώσεως της εξέτασης της τελευταίας αυτής προσφυγής και δη την 02.06.2020 εκδόθηκε η υπ' αριθ. 1085/2020 πράξη του Ελεγκτικού Συνεδρίου με την οποία απορρίφθηκε η ως άνω αίτηση ανάκλησης λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος της αιτούσας και νυν προσφεύγουσας, την οποία πράξη κοινοποίησε η προσφεύγουσα στην ΑΕΠΠ με το από 22.06.2020 Υπόμνημά της. Επί της πράξεως αυτής, η νυν προσφεύγουσα κατέθεσε αίτηση αναθεώρησης. Τέλος, επί της με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 626/2020 εκδόθηκε η με αριθ. 745/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία ακυρώθηκαν οι προσβαλλόμενες με αριθ. 906/2020 και 912/2020 αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες είχε επέλθει η ανάκληση της με αριθ. 816/2020 αρχικής κατακυρωτικής απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας *****, ως πλημμελώς αιτιολογημένες. Τούτων δοθέντων επήλθε η αναβίωση της ανακληθείσας με αριθ. 816/2020 απόφασης, η οποία προσβάλλεται με την παρούσα εντός της εναπομείνουσας προθεσμίας για την προσβολή της.

4. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

παράβολο, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, ποσού 4.550,10 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας του Τμήματος Γ στο οποίο αφορά η υπόψη Προσφυγή.

5. Επειδή, με τις διατάξεις του άρθρου 10 παρ. 3 περ. (α) και (β) της από 11.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 37 παρ. 10 της από 20.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου προβλέπεται η δυνατότητα των δήμων και περιφερειών να διενεργούν προμήθειες για την παροχή γευμάτων και τροφίμων για τις ευπαθείς κοινωνικές ομάδες, με τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016. Σε κάθε δε περίπτωση, λαμβάνοντας υπόψιν ότι η προϋπολογισθείσα αξία της δημοπρατούμενης σύμβασης κείται άνω των ορίων, αυτή εμπίπτει απολύτως στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ, όπως υιοθετήθηκαν από τον ν. 4412/2016.

6. Επειδή, περαιτέρω, η προβλεφθείσα στο άρθρο 38 παρ. 5 της από 20.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου αναστολή προθεσμιών για υποβολή αιτημάτων και διοικητικών προσφυγών ενώπιον της διοίκησης δεν αφορά στην προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής (Κατευθυντήρια Οδηγία 24/2020 ΕΑΑΔΗΣΥ) ενώ με την υπ' αριθ. 22/2020 Πράξη του Προέδρου της ΑΕΠΠ διευκρινίζεται η συνέχεια της λειτουργίας και της άσκησης των αρμοδιοτήτων της ΑΕΠΠ.

7. Επειδή, σε συνέχεια των σκέψεων 4-5 της παρούσας, προκύπτει ότι ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 4.417.860,00 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

8. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή ασκείται παραδεκτώως κατά της με αριθ. 816/28^{ης} Συν/15.04.2020 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία αρχικώς αποφασίστηκε η ανάθεση των επίμαχων υπηρεσιών για το Τμήμα Γ' της παρούσας σύμβασης στην εταιρία «*****», ως αποτέλεσμα συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής στην απόφαση 745/2020 της ΑΕΠΠ. Και τούτο διότι με την ΑΕΠΠ 745/2020 ακυρώθηκαν οι με αριθ. 906/2020 και 912/2020 αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες, συμμορφούμενη με την αρ.143/2020 Πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την ανάθεση της προμήθειας των ειδών σίτισης του Τμήματος Γ'-Κεντρικός Τομέας στην εταιρεία «*****», ανακαλώντας σιωπηρώως την 816/2020 απόφαση περί ανάθεσης του εν λόγω Τμήματος στην «*****». Συνεπώς, κατόπιν ακύρωσης των με αριθ. 906/2020 και 912/2020 αποφάσεων περί ανάθεσης του Τμήματος Γ' της σύμβασης στην «*****», αναβιώνει η σιωπηρώως ανακληθείσα με αριθ. 816/2020 απόφαση περί ανάθεσης του εν λόγω Τμήματος στην «*****». Λαμβάνοντας δε υπόψιν ότι η με αριθ. 816/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής προσβλήθηκε αρχικώς από την τότε και νυν προσφεύγουσα «*****» με την με ΓΑΚ 486/23.04.2020 Προσφυγή εντός προθεσμίας επτά (7) ημερών από την κοινοποίηση της τελευταίας, όπως και ότι με την από 12.05.2020 δήλωσή της η προσφεύγουσα παραιτήθηκε από την εν λόγω Προσφυγή προς της εξετάσεώς της από το αρμόδιο Κλιμάκιο (13.05.2020), γίνεται δεκτό ότι η άσκηση της παρούσας με ΓΑΚ 829/02.07.2020 Προσφυγής κατά της αναβιώσασας με αριθ. 816/2020 απόφασης της αναθέτουσας αρχής δεν κωλύεται εκ του νομολογιακού κανόνα σχετικά με την εφάπαξ άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατά της εκάστοτε προσβαλλόμενης πράξης της διοίκησης (ΣΤΕ 123/2015, 206/2014, ΔΕφΑΘ 160/2015, ΔΕφΘεσ/νίκης 53/2014), διότι, εν προκειμένω, σε χρόνο πριν από την εξέταση των αιτιάσεων της με ΓΑΚ 486/23.04.2020 Προσφυγής επήλθε η παραίτηση της τότε προσφεύγουσας από αυτήν.

9. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η υπόψη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ και κοινοποιήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην προσφεύγουσα στις 16.04.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής, και η με ΓΑΚ 486/23.04.2020 Προσφυγή κατατέθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ στις 23.04.2020, ήτοι εντός επτά ημερών από την κοινοποίησή της, εν συνεχεία δε η με αριθ. 745/2020 Απόφαση της ΑΕΠΠ, εκ της οποίας επήλθε η αναβίωση της προσβαλλόμενης με αριθ. 816/2020 πράξης, κοινοποιήθηκε στην νυν προσφεύγουσα στις 29.06.2020 και η υπόψη Προσφυγή κατατέθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ στις 02.07.2020, ήτοι σε κάθε περίπτωση εμπροθέσμως.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής στο γεγονός ότι υπέβαλε νομίμως την προσφορά της στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία, η οποία έγινε αποδεκτή και έλαβε την δεύτερη θέση κατάταξης για την ανάθεση του Τμήματος Γ της δημοπρατούμενης σύμβασης, με συνέπεια η ανάδειξης της εταιρίας «****.» ως αναδόχου να ματαιώνει την προσδοκία της να αναλάβει την εκτέλεση του ως άνω Τμήματος.

11. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

12. Επειδή, με την Προσφυγή της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσφορά της αναδόχου εταιρίας «****.» για το Τμήμα Γ' της δημοπρατούμενης σύμβασης πρέπει να απορριφθεί ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής : Με τον πρώτο λόγο, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι μη νόμιμα, και δη, κατά παράβαση του ποιοτικού κριτηρίου 2.2.3. της πρόσκλησης όπου ορίζεται ότι : «Β.2.Για την απόδειξη της καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας προσκομίζονται τα αποδεικτικά αδειοδότησης περί ημερήσιας παραγωγικής δυναμικότητας 25.000 μερίδων», έγινε δεκτή η συμμετοχή της εταιρίας «****.», παρότι είχε ήδη λήξει από το Φεβρουάριο 2020

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

και δεν είχε εγκαίρως ανανεωθεί η έγκριση ΕΦΕΤ της εγκατάστασης παραγωγής μαγειρεμένων φαγητών που δήλωσε με την προσφορά της. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η ανάδοχος «*****» προκειμένου να αποδείξει την ύπαρξη αδειοδοτημένης μονάδας ημερήσιας δυναμικότητας 25.000 μερίδων υπέβαλε μεταξύ άλλων την με αρ. πρωτ. 13538/19.11.2019 βεβαίωση ΕΦΕΤ χορήγησης έγκρισης υπό όρους και για χρονικό διάστημα τριών μηνών της εγκατάστασης παραγωγής της επί της ***** , η οποία, όμως, κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της την 8.4.2020 είχε ήδη λήξει (από 19.02.2020). Επιπλέον, η επιλεγείσα υποψήφια ανάδοχος για την Ομάδα Γ υπέβαλε το έγγραφο της Κτηνιατρικής 447/85959/18.03.2020, χωρίς δια της προσφοράς της να έχει υποβάλει βεβαίωση του ΕΦΕΤ περί διατήρησης της έγκρισης λειτουργίας της ή οιοδήποτε άλλο έγγραφο που να αποδεικνύει την εν λόγω διατήρηση. για τη νόμιμη λειτουργία εργαστηρίου παραγωγής μαγειρεμένων φαγητών (catering), όπως της εταιρίας «*****», απαιτείται έγκριση από τον ΕΦΕΤ κατά τις ΚΥΑ 15523/31.08.2006 (ΦΕΚ 1187) και 1288/2017 (ΦΕΚ Β 1763/22.05.2017) Τροποποίηση της αριθ. 15523/30-8-2006 απόφασης των Υπουργών Εσωτερικών, Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης, Οικονομίας και Οικονομικών, Ανάπτυξης, Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης και Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων «Αναγκαία συμπληρωματικά μέτρα εφαρμογής των Κανονισμών (ΕΚ) υπ' αριθμ. 178/2002, 852/2004, 853/2004, 854/2004 και 882/2004 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και εναρμόνιση της Οδηγίας 2004/41/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου» (Β'1187/31.8.2006). Σύμφωνα, δε, με το άρθρο 3 Κανονισμού ΕΚ 854/2004 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 29.04.2004 για τον καθορισμό ειδικών διατάξεων για την οργάνωση των επίσημων ελέγχων στα προϊόντα ζωικής προέλευσης που προορίζονται για κατανάλωση από τον άνθρωπο (ΕΕΕΕ L 226/83) ορίζεται ότι: «Η εν λόγω αρχή χορηγεί πλήρη έγκριση μόνον εφόσον από νέα επιτόπια επίσκεψη, εντός τριών μηνών από την χορήγηση της υπό όρους έγκρισης, η εγκατάσταση πληροί τις άλλες απαιτήσεις που προβλέπονται στο στοιχείο α)». Στην κριθείσα περίπτωση, εκ της με αριθ. πρωτ. 3890/29.04.2020 βεβαίωσης ΕΦΕΤ, που προσκόμισε οψιγενώς η εταιρία

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

«*****» στην από 30.04.2020 παρέμβασή της επί της προηγηθείσας με ΓΑΚ 486/2020 προδικαστικής προσφυγής, αποδεικνύεται ότι η τελευταία οφειγενώς μερίμνησε για την νόμιμη λειτουργία της εφεξής (και όχι κατά την υποβολή της προσφοράς της στην υπόψιν διαπραγμάτευση), με εκ των υστέρων ενέργειές της για τη λήψη πλήρους έγκρισης εκ του ΕΦΕΤ, παρά την έωλη επίκληση της πανδημίας για δικαιολόγηση της δήθεν αυτόματης παράτασης για τρίμηνο της υπό όρους έγκρισης ή της κάλυψης της προσφοράς της κατά την υποβολή της την 8.4.2020 από το επικαλούμενο έγγραφο της Κτηνιατρικής με αρ. πρωτ.447/85958/18.03.2020, ως και του αβάσιμου συμπεράσματος της οφειγενούς εκ του ΕΦΕΤ βεβαίωσης με αρ. πρωτ. 3818/27.04.2020. Τούτο δε διότι δεν νοείται νόμιμη χορήγηση πλήρους έγκρισης εφόσον δεν είχε διενεργηθεί νέος επίσημος έλεγχος της εγκατάστασης εντός τριών μηνών από τη χορήγηση της υπό όρους έγκρισης, ήτοι μέχρι την 19.02.2020. Αποδεικνύεται επομένως ότι εφόσον μέχρι τις 19.02.2020 δεν είχε διενεργηθεί νέος έλεγχος, δεν νοείται αυτοδίκαιη παράταση της υπό όρους έγκρισης, ούτε χορήγηση πλήρους έγκρισης, διότι η υπό όρους έγκριση είχε από τις 29.02.2020 εκπνεύσει, καθιστώντας την υποβληθείσα προσφορά της εταιρίας «*****» κατά τη διενεργηθείσα την 8.4.2020 διαπραγμάτευση απορριπτέα, κατά δέσμια αρμοδιότητα. Ειδικά αναφορικά με το με αριθ. πρωτ. 447/18.03.20 έγγραφο της Διεύθυνσης Κτηνιατρικής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εταιρία «*****» υπέβαλε αυτό παραπλανητικά διότι το έγγραφο αυτό της Κτηνιατρικής Υπηρεσίας δε θεραπεύει την έλλειψη αδειας λειτουργίας της παραγωγικής της μονάδας, καθώς αφορά μόνον είτε σφαγεία, ιχθυόσκαλες, μονάδες τεμαχισμού νωπών αλιευτικών προϊόντων, παρασκευασμάτων αλιευτικών προϊόντων, συσκευασίας και κατάψυξης αυτών, καθώς και μηχανικώς διαχωρισμένων αλιευτικών προϊόντων, κέντρα αποστολής και κέντρα καθαρισμού ζώντων δίθυρων μαλακίων, εγκαταστάσεις αποκελύφωσης δίθυρον μαλακίων, αλιευτικά σκάφη, πλοία ψυγεία, καθώς και σε επιχειρήσεις τροφίμων που δραστηριοποιούνται στην πρωτογενή παραγωγή νωπού γάλακτος, νωπών αλιευτικών προϊόντων, ζώντων δίθυρων μαλακίων, μελιού, αυγών, σαλιγκαριών και βατραχοπόδαρων (βλ παρ. 2 α, άρθρου 3, πδ 79/2007, ως αντικαταστάθηκε

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

με το άρθρο 16 παρ. 2 Ν.4587/2018, ΦΕΚ Α 218/24.12.2018), είτε μονάδες που επεξεργάζονται υποπροϊόντα μη προοριζόμενα για κατανάλωση από τον άνθρωπο (βλ πδ 211/2006) και όχι σε εργαστήριο παραγωγής μαγειρεμένων φαγητών (catering) όπως της εταιρίας «*****» για τη νόμιμη λειτουργία του οποίου απαιτείται έγκριση από τον ΕΦΕΤ κατά τις ΚΥΑ 15523/31.08.2006 (ΦΕΚ 1187) και 1288/2017 (ΦΕΚ Β 1763/22.05.2017). Συνεπώς, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το υποβληθέν με τα δικαιολογητικά συμμετοχής της έγγραφο 447/85958/18.03.2020 της Διεύθυνσης Κτηνιατρικής Δημόσιας Υγείας δε δύναται να θεραπεύσει την έλλειψη αδείας λειτουργίας της παραγωγικής της μονάδας, ως ορθώς έκρινε το Κλιμάκιο ΣΤ ΕλΣυν στην με αριθ. 143/2020 Πράξη του, όπου κρίθηκε ότι «η ως άνω έλλειψη δεν αναπληρώνεται με το 447/85959/18.03.2020 έγγραφο της Γενικής Διεύθυνσης Κτηνιατρικής [...] καθόσον ανεξαρτήτως της γενικότητας του περιεχομένου του, εκδόθηκε από διαφορετική υπηρεσία και όχι από τον ΕΦΕΤ ο οποίος είχε εκδώσει την προηγούμενη άδεια», το οποίο, άλλωστε, εφόσον εκδόθηκε την 18.03.2020, δε λειτουργούσε αναδρομικά, άλλως θα υπήρχε ρητή αναφορά περί αναδρομικής εφαρμογής, αλλά αφορούσε σε εγκρίσεις που έληγαν μετά την έκδοσή του και όχι προς αναβίωση περιπτώσεων εγκρίσεων που είχαν ήδη εκπνεύσει ένα μήνα προ της έκδοσής του, όπως η υπό όρους έγκριση ΕΦΕΤ της εταιρίας «*****». Αναφορικά δε με το υπ'αριθ. πρωτ. 3818/27.04.2020 έγγραφο του ΕΦΕΤ, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι αυτό ούτως ή άλλως υποβλήθηκε οφικενώς, δίνοντας το έρεισμα στην ως άνω εταιρία να καταθέσει αίτηση ανάκλησης κατά της ως άνω Πράξης ΕλΣυν, επικαλούμενη δήθεν πλάνη περί τα πράγματα. Το ως άνω έγγραφο αναφέρει ότι «με μόνη την παρέλευση του τριμήνου, εάν δεν διενεργηθεί έλεγχος εκ μέρους της τοπικά αρμόδιας Κτηνιατρικής Υπηρεσίας της οικείας Περιφέρειας και εισήγησή της στον ΕΦΕΤ για έκδοση διοικητικής πράξης δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η χορηγηθείσα έγκριση έχει αυτοδικαίως ανακληθεί». Σημειωτέον δε, ότι είναι άλλο ζήτημα εάν υφίσταται ευθύνη του ΕΦΕΤ και των αρμοδίων για τους ελέγχους υπηρεσιών ως προς το ζήτημα της μη έγκαιρης διενέργειας ελέγχου της εγκατάστασης της προσφέρουσας, που δε δικαιολογεί, όμως, την έκδοσή του, επικαλούμενου εγγράφου 3818/27.04.2020,

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

κατά το οποίο αντίθετα με τις ρητές διατάξεις των ανωτέρω Κανονισμών της Ευρωπαϊκής Ένωσης συνάγεται η δήθεν αυτοδίκαιη παράταση της έγκρισης υπό όρους για τη διάσωση των προσχημάτων, την κάλυψη της ολιγωρίας της εταιρίας «*****» και τη διάσωση εκ των υστέρων της προσφοράς της. Ως ορθώς έκρινε το ΣΤ' Κλιμάκιο του ΕλΣυν στην με αριθ. 143/2020 Πράξη του, η προσφορά της ως άνω εταιρίας, κατά την υποβολή της στις 08.04.2020, δεν συνοδευόταν από οποιοδήποτε έγγραφο του αρμόδιου ΕΦΕΤ διά του οποίου να αποδεικνυόταν η παράταση της έγκρισης για την εγκατάσταση της. Το επικαλούμενο, λοιπόν, οψιγενώς εκδοθέν εκ του ΕΦΕΤ με αρ. πρωτ. 3818 την 27.04.2020 δε δύναται να θεραπεύσει την πλημμέλεια της προσφοράς, διότι σύμφωνα με την οικεία πρόσκληση, οι προσφορές κρίνονται επί τη βάση των όσων έχουν υποβληθεί με τον ενιαίο φάκελο της προσφοράς, δεν επιτρέπεται δε η αλλοίωση / συμπλήρωση των προσφορών των οικονομικών φορέων με νέα έγγραφα, είτε κατόπιν διευκρινίσεων, είτε με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής, ως στην προκειμένη περίπτωση (βλ ΑΕΠΠ 1033/2018 σκέψη 20, που επικυρώθηκε διά της Απόφασης Ν21/2018, ΑΕΠΠ 468/2019 σκέψη 15 που επικυρώθηκε διά της ΕΑ ΣτΕ 189/2019). Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, η προσφορά της «*****» παραμένει απορριπτέα χωρίς να δύναται να θεραπευθεί οψιγενώς είτε με δικές της, πόσω μάλλον με ενέργειες της αναθέτουσας αρχής που απαγορεύονται καθώς αποδεικνύουν εύνοια υπέρ υποψηφίου και παραβιάζουν την παρ. 3, άρθρου 102 ν. 4412/2016 κατά το οποίο η άσκηση της ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής «δεν πρέπει να [...] έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης». Άλλωστε, η οψιγενής και με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής διευκρίνιση εγγράφου που επιχειρήθηκε διά του προαναφερόμενου εγγράφου ΕΦΕΤ δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων που έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της προκήρυξης (πρβλ. Ε.Α. 1065/2009, 1044/2010 κ.ά.) και μάλιστα, όπως εν προκειμένω, της έγκρισης ΕΦΕΤ που είναι το ουσιώδες εκείνο δικαιολογητικό συμμετοχής που αποδεικνύει την ανταπόκριση στο ποιοτικό κριτήριο της παρ. 2.2.3. Με το πρώτο σκέλος του δεύτερου λόγου προσφυγής, η προσφεύγουσα

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

προβάλλει ότι είναι απορριπτέα η συμμετοχή της εταιρίας «*****», καθώς δεν απέδειξε προσηκόντως ότι ο τρίτος φορέας, εταιρία «*****» έχει δεσμευθεί να διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους και να εκτελέσει τη σύμβαση (ΑΕΠΠ 135/2017, 30/2018, 641/2018), διότι δεν απέδειξε στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή της τα μέσα του τρίτου φορέα που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της συμβάσεως. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι από τον έλεγχο της προσφοράς της εταιρίας «*****» διαπιστώθηκε ότι αυτή ιδρύθηκε τέλη Αυγούστου 2019 και έλαβε για πρώτη φορά έγκριση υπό όρους από τον ΕΦΕΤ την 19.11.2019, ότι για την παρούσα συμμετοχή της στον οικείο διαγωνισμό στηρίζεται πλήρως (διότι η ίδια δε διαθέτει οποιαδήποτε εμπειρία) στην επαγγελματική/τεχνική εμπειρία του τρίτου οικονομικού φορέα, ήτοι της εταιρίας*****», η οποία εδρεύει στα ***, όπου και διατηρεί την παραγωγική της μονάδα, δεδομένο κρίσιμο για τη δυνατότητα εκτέλεσης του παρόντος έργου. Όπως αποδεικνύεται από το φάκελο του διαγωνισμού και ιδίως από τα από 7.4.2020 πρακτικά των διοικητικών συμβουλίων των δύο φορέων, από το μεταξύ τους από 7.4.2020 Ιδιωτικό Συμφωνητικό περί παροχής δάνειας τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας μεταξύ της εταιρίας ***** και της εταιρίας ***** και από την από 7.4.2020 υπεύθυνη δήλωση της νομίμου εκπροσώπου της εταιρίας ***** παρέχεται αορίστως δάνεια τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και δηλώνεται ότι η τρίτη εταιρία είναι «από κοινού υπεύθυνη για την εκτέλεση της σύμβασης», συμφωνείται δε, ρητά να διατεθούν «κατάλληλα στοιχεία που αποδεικνύουν την εμπειρία σε συμβάσεις παροχής υπηρεσιών παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων [...] των τριών τελευταίων ετών», «να παραδώσει [...] κατάλληλες συστάσεις από φορείς για συμβάσεις που έχουν συναφθεί και εκτελεστεί κατά τα έτη 2017-2019 καθώς και τυχόν αναγκαία στοιχεία και οποιοδήποτε άλλο έγγραφο κριθεί αναγκαίο, προκειμένου η αφενός συμβαλλόμενη να τα καταθέσει - συνυποβάλει μαζί με το φάκελο συμμετοχής της στην αναθέτουσα αρχή. Η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι διά της Απόφασης του Μονομελούς Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρίας «*****», εγκρίθηκε η συμμετοχή της στην παρούσα διαπραγμάτευση μόνον για τις

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

Ομάδες Β και Ζ, και όχι για την επίμαχη Ομάδα Γ, πλην, όμως τελικώς αντιφατικά όχι μόνον συμμετείχε στην Ομάδα Γ, αλλά μη νόμιμα η συμμετοχή της έγινε αποδεκτή και μάλιστα με στήριξη στις ικανότητες τρίτου, που συνδυαστικά δεν έχουν παρασχεθεί για την επίμαχη Ομάδα. Εκ των ανωτέρω στοιχείων, και ιδίως εκ του Πρακτικού ΔΣ της εταιρίας *****, του ιδιωτικού συμφωνητικού και της υπεύθυνης δήλωσης, αποδεικνύεται ότι ουδόλως έχει αναληφθεί δέσμευση εκ μέρους του τρίτου οικονομικού φορέα «*****» για την εκτέλεση της σύμβασης, ως ειδικώς απαιτείται εκ του άρθρου 78 ν. 4412/2016 και εκ της οικείας ανωτέρω απαίτησης της διακήρυξης, ούτε μπορεί αυτό να συναφθεί από την εν γένει ανάληψη από κοινού ευθύνης για την εκτέλεση της σύμβασης, καθώς κατά τους όρους της πρόσκλησης, είναι ο τρίτος φορέας που όφειλε να έχει δεσμευθεί για την προσήκουσα εκτέλεση αυτής. Τα ανωτέρω γίνονται πρόδηλα αποδεδειγμένα ήδη και διά της ανάγνωσης των από 11.04.2020 διευκρινίσεων της εταιρίας «*****», όπου δηλώνεται ότι ο τόπος παρασκευής των γευμάτων είναι η εγκατάστασή της (και όχι της εταιρίας *****) και υπολογίζονται οι αποστάσεις και ο χρόνος διανομής εντός ***** και όχι από τα Ιωάννινα προς τους Δήμους εντός ***** που αφορά η Ομάδα Γ. Με το δεύτερο σκέλος του δεύτερου λόγου προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η άδεια του τρίτου οικονομικού φορέα, εταιρίας *****, που αποτελεί τελικά το φορέα εκτέλεσης της σύμβασης, δεν ανταποκρίνεται στα ποιοτικά κριτήρια του όρου 2.2.3 της πρόσκλησης. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι κατά τους όρους της πρόσκλησης, σε περίπτωση επίκλησης τεχνικής εμπειρίας τρίτου, είναι ο τρίτος υπεύθυνος για την εκτέλεση της σύμβασης, εκ του οποίου έπεται ότι οφείλει και ο ίδιος να διαθέτει τα ποιοτικά κριτήρια για την εκτέλεση της σύμβασης, ήτοι να διαθέτει αδειοδοτημένη μονάδα ημερήσιας δυναμικότητας 25.000 μερίδων, προκειμένου η συμμετοχή να είναι παραδεκτή. Πλην, όμως, ως αποδεικνύεται εκ της Απόφασης του Περιφερειάρχη Ηπείρου με αρ. πρωτ. *****/4.4.2016 (ΑΔΑ :*****) για τη χορήγηση άδειας λειτουργίας στην εταιρία ***** η ημερήσια δυναμικότητα της μονάδας της περιορίζεται μόνον σε 10.000 μερίδων φαγητού ημερησίως. Με το τρίτο σκέλος του δεύτερου λόγους προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι από το σύνολο της

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

προσφοράς της εταιρίας «*****» προκύπτει η αδυναμία της να εκτελέσει τις υπό ανάθεση υπηρεσίες. Και τούτο διότι, η απουσία όχι μόνον της απαιτούμενης εκ της διακήρυξης, αλλά η παντελής έλλειψη εμπειρίας της εν λόγω εταιρίας (όπως προκύπτει από έρευνα στο ΚΗΜΔΗΣ και από τα στοιχεία της προσφοράς της) ως προς το επίμαχο αντικείμενο υπηρεσιών, καθώς και η έλλειψη μόνιμου απασχολούμενου προσωπικού προς λειτουργία μονάδας, ως και η απουσία του απαιτούμενου εξοπλισμού αποτελούν στοιχεία γνωστά στην οικεία αγορά και στους οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται σε αυτήν. Αναφορικά δε με το προσωπικό, οι μοναδικές προσλήψεις που έχουν πραγματοποιηθεί από την εταιρία «*****» είναι μεμονωμένες και αφορούν στην πρόσληψη για μόνον μία ημέρα προσωπικού ειδικότητας τραγουδιστών, κιθαριστών και λοιπών συναφών ειδικοτήτων. Το δε ζήτημα της παντελούς έλλειψης εμπειρίας της προσωρινής μειοδότης, που συνομολογείται διά της προσφοράς της όφειλε προεχόντως να απασχολήσει, για πρόδηλους λόγους δημοσίου συμφέροντος, την αναθέτουσα αρχή, ενόψει της αυτονόητης ανάγκης προσήκουσας εκτέλεσης της σύμβασης που διενεργείται με κατεπείγουσες διαδικασίες προς εξυπηρέτηση αδήριτης ανάγκης. Αλλά ακόμα και υπό την εκδοχή της επικαλούμενης στήριξης σε τρίτο οικονομικό φορέα, καθιστά αδύνατη την εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών διότι η μονάδα παραγωγής του επικαλούμενου ως τρίτου οικονομικού φορέα, η οποία θα χρησιμοποιηθεί για την εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών, ευρίσκεται στα Ιωάννινα. Η δε άρτια εκτέλεση του έργου, που χωρικά τοποθετείται στον Κεντρικό Τομέα ***** από μονάδα που ευρίσκεται στα Ιωάννινα, ούτως ή άλλως, εκφεύγει της λογικής εν μέσω περιορισμών στις μετακινήσεις, στις οδικές και αεροπορικές μεταφορές λόγω της πανδημίας Covid-19 και αποκλίνει από τις τεχνικές προδιαγραφές της οικείας Πρόσκλησης ως προς την ποιότητα των γευμάτων, την ασφαλή συσκευασία, διακίνηση και μεταφορά, για την οποία μάλιστα το κόστος ύψους 0,02€ ανά μερίδα, που υπολογίζεται στην οικονομική προσφορά της εταιρίας «*****» είναι ξεκάθαρα εικονικό και δε δύναται να αντιστοιχήσει στο πραγματικό κόστος μεταφοράς των γευμάτων από τα Ιωάννινα στην *****, ακόμη και υπό κανονικές συνθήκες, πόσω μάλλον εν μέσω πανδημίας. Αποδεικνύεται, δε, από

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

τις από 11.4.2020 διευκρινίσεις της προαναφερόμενης εταιρίας ότι τελικώς αυτό το κόστος δεν αφορούσε φυσικά τη μεταφορά από τα Ιωάννινα στην*****, αλλά μετακινήσεις μόνον εντός της *****, ζήτημα που αφορά στο απαράδεκτο της οικονομικής της προσφοράς, που θίγεται με αυτοτελή λόγο προσφυγής. Υπό αυτό το πρίσμα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσφορά της εταιρίας «*****» παραβιάζει και τις τεχνικές προδιαγραφές της οικείας πρόσκλησης καθότι ο τρίτος οικονομικός φορέας, ο οποίος οφείλει να εκτελέσει ο ίδιος τις υπό ανάθεση υπηρεσίες, θα πρέπει κατά τους απαράβατους όρους της διακήρυξης να προβαίνει στις καθημερινές παραδόσεις εντός της ***** των γευμάτων σε κατάσταση «cook and chill». Πλην, όμως, δεδομένου ότι η μονάδα του τρίτου φορέα είναι στα Ιωάννινα, ακόμη και υπό την υπόθεση εργασίας ότι είχε δεσμευθεί για την εκτέλεση και διέθετε ικανής δυναμικότητας μονάδα, και πάλι η υλοποίηση σύμφωνα με τις προδιαγραφές της διακήρυξης, καθίσταται αδύνατη, ιδίως λόγω των παρόντων περιορισμών (λόγω των οποίων άλλωστε αποφασίστηκε εξαιρετικά η σίτιση των ευπαθών ομάδων πληθυσμού) αδυναμία που δε δύναται όπως «καλυφθεί» εκ της ευρισκόμενης εντός ***** μονάδας παραγωγής που δηλώθηκε από την εταιρία «*****» ως μονάδα εκτέλεσης του έργου για δύο λόγους, αφενός μεν διότι η τελευταία δεν πληροί αυτοτελώς το σχετικό κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αφετέρου δε, διότι κατόπιν επίκλησης της ικανότητας τρίτου οικονομικού φορέα, οι υπηρεσίες αυτές πρέπει να εκτελεσθούν από τον τρίτο. Με τον τρίτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή παρανόμως παρέλειψε να προβεί σε ουσιαστική εξέταση των ισχυρισμών που η προσφεύγουσα δια του από 11.04.2020 υπομνήματος προέβαλε ενώπιόν της, παρότι οι ισχυρισμοί αυτοί ήταν ειδικοί, συγκεκριμένοι και ουσιώδης και αποδείκνυαν την εξαιρετικά χαμηλή, κάτω του κόστους, οικονομική προσφορά της προσωρινής αναδόχου. Με τον τέταρτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η οικονομική προσφορά της αναδόχου εταιρίας «*****» πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη διότι σε αυτήν δεν συνυπολογίζονται αναγκαία στοιχεία του κόστους. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στην οικονομική προσφορά της εταιρίας «*****» δεν έχουν συμπεριληφθεί οι υπέρ τρίτων

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

κρατήσεις, όπως τούτο απαιτείται εκ του οικείου όρου της πρόσκλησης. Ακόμα, κατά παράβαση του όρου 5.1.3. της πρόσκλησης, στην οικονομική προσφορά δεν έχει συμπεριληφθεί η προκαταβολή φόρου εισοδήματος 4%, η οποία, ως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, συμπεριλαμβάνεται στις λοιπές επιβαρύνσεις και νόμιμες υπέρ του δημοσίου κρατήσεις και πρέπει να συνυπολογίζεται στην οικονομική προσφορά για κάθε είδους συμβατικό αντικείμενο, και όχι μόνο για υπηρεσίες καθαριότητας και φύλαξης. Τέλος, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι στην οικονομική προσφορά δεν συνυπολογίζεται ένα ποσοστό εύλογου διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών αυτών, το οποίο, επίσης κατά πάγια νομολογία, είναι υποχρεωτικό να υπολογίζεται και μάλιστα με ξεχωριστό κονδύλιο της οικονομικής προσφοράς. Με τον πέμπτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης είναι μη νόμιμη κατά το μέρος που η αναθέτουσα αρχή απλώς αποδέχτηκε τις διευκρινίσεις που παρείχε η εταιρία «*****» επί της προσφοράς της, διότι μέσω των διευκρινίσεων αυτών αφενός μεν δεν καλύπτονται οι ήδη προβληθείσες πλημμέλειες της προσφοράς, αφετέρου δε μη νομίμως μετακυλίεται ο έλεγχος στοιχείων του παραδεκτού της προσφοράς κατά την εκτέλεσή της. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση παρατίθεται η εισήγηση του Προέδρου της Οικονομικής Επιτροπής, σύμφωνα με την οποία: «Επειδή σε ορισμένες περιπτώσεις λόγω υπέρμετρα χαμηλών προσφορών που έχουν δοθεί από τους μειοδότες είναι εύλογο να υπάρξουν απορίες για το αν τα γεύματα αυτά θα πληρούν όλες τις προϋποθέσεις για την εξασφάλιση της βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, επιφορτίζω τις αρμόδιες υπηρεσίες και επιτροπές της Περιφέρειας ***** με το καθήκον προς την υπηρεσία και τους συμπολίτες μας να εξαντλήσουν την αυστηρότητα τους, στους ελέγχους των παρεχόμενων υπηρεσιών από τους αναδόχους, προκειμένου για τα ποιοτικά χαρακτηριστικά των γευμάτων που θα παρασχεθούν». Η ως άνω εισήγηση του Προέδρου της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ***** έρχεται σε ευθεία αντίθεση με την εισήγηση του αυτού Προέδρου ως διατυπώθηκε δια της με αριθ. 767/26ηςΣυν/9.4.2020 Απόφασης, σύμφωνα με την οποία δηλώθηκε ότι «Οι συνάνθρωποί μας στους, οποίους θα προσφερθούν τα εν θέματι είδη

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

σίπισης δεν έχουν τη δυνατότητα επιλογής και ως εκ τούτου εμείς έχουμε καθήκον να πράξουμε την ορθότερη και ασφαλέστερη επιλογή για αυτούς». Ήτοι, αφενός μεν οι ευπαθείς ομάδες, στις οποίες απευθύνεται το προκηρυσσόμενο έργο, δεν έχουν τη δυνατότητα επιλογής του καταλληλότερου αναδόχου, και άρα η Οικονομική Επιτροπή επιφορτίζεται του καθήκοντος της ορθότερης και ασφαλέστερης επιλογής αναδόχου, αφετέρου δε, ακριβώς λόγω της υπέρμετρα χαμηλής οικονομικής προσφοράς της αναδόχου εταιρίας «*****» για το Τμήμα Γ, η αναθέτουσα αρχή, δια της προσβαλλόμενης με την παρούσα Απόφασης, δεσμεύεται όπως ενεργοποιήσει όλες τις υπηρεσίες και τις επιτροπές ελέγχου παροχής των επίμαχων υπηρεσιών κατά την εκτέλεσή τους. Ρητά επομένως συνομολογείται εκ της αναθέτουσας αρχής ότι η οικονομική προσφορά της ως άνω εταιρίας καθίσταται ζημιογόνα, ότι λόγω της υπέρμετρα αυτής χαμηλής προσφοράς τίθεται σε κίνδυνο η προσήκουσα εκτέλεση των επίμαχων υπηρεσιών, και ότι, προκειμένου να προληφθεί οιαδήποτε παράβαση του τρόπου εκτέλεσης των υπηρεσιών και του περιεχομένου αυτών, ο έλεγχος της νομιμότητας της οικονομικής προσφοράς της αναδόχου για το Τμήμα Γ «*****» θα μετακυλιθεί κατά το στάδιο της εκτέλεσης των υπηρεσιών. Η προσφεύγουσα επισημαίνει επίσης ότι δια της προσβαλλόμενης απόφασης έγιναν αποδεκτές οι παρασχεθείσες διευκρινίσεις της εταιρίας «*****», πλην όμως, από την προσβαλλόμενη απόφαση προκύπτει ότι στις οικονομικές διευκρινίσεις που η ως άνω εταιρία έδωσε, η πρόσθεση των επιμέρους σημείων είναι διαφορετική του συνολικού αποτελέσματος. Ειδικότερα στη σελ. 8 της προσβαλλόμενης απόφασης, εάν προστεθούν τα ποσά $0,72 + 0,09 + 0,02 + 0,29 + 0,28$, το αποτέλεσμα δεν είναι 1,25 αλλά 1,40, και εάν σε αυτό προστεθεί και το κέρδος 0,46€ τότε η προσφορά ανέρχεται σε ευρώ 1,86 και όχι 1,71. Προκύπτει, επομένως, πρωτίστως, ότι ουδέποτε εξετάστηκαν επί της ουσίας τα προσφερόμενα εκ της άνω εταιρίας επιμέρους ποσά. Επιπλέον, η ανωτέρω άποψη του Προέδρου της Οικονομικής Επιτροπής, ως διατυπώθηκε στην προσβαλλόμενη της παρούσας Απόφαση με αριθ. 816/28ης Συν/15.04.2020, η οποία και εν τέλει επικράτησε, παραβιάζει ευθέως την αρχή της νομιμότητας, της διαφάνειας, της ισότητας των διαγωνιζομένων και δημιουργεί συνθήκες

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

αθέμιτου ανταγωνισμού. Και τούτο διότι, κατ' εφαρμογή της αρχής της νομιμότητας, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν ελλείπει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζόμενους να τηρούν, κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους, τις κείμενες διατάξεις, μεταξύ των οποίων προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης, ιδίως ενόψει των ρυθμίσεων αναγκαστικού δικαίου άρθρου 68, ν. 3863/2010. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία, ελλείψει σχετικής ρήτρας στη διακήρυξη, οι διαγωνιζόμενοι θα μπορούσαν να διαμορφώνουν την προσφορά τους και κάτω του ελάχιστου κόστους παροχής της υπηρεσίας, ο δε έλεγχος του στοιχείου αυτού δεν θα γινόταν κατά την κατάθεση των προσφορών αλλά μετά τη σύναψη της σχετικής σύμβασης, δεν παραβιάζει μόνο την αρχή της νομιμότητας της διοικητικής δράσης αλλά δημιουργεί συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού και προσκρούει, για το λόγο αυτό και στις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας (βλ. Ε.Α. 791/2008, 840/2008, 1172/2008, 39, 58/2009, ΔΕΦΑΘ 512/2011, 66/2012). Για όλους αυτούς τους λόγους, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το ως άνω προσβαλλόμενο μέρος, έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε με το από 06.07.2020 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί της υπόψη Προσφυγής, με τις οποίες αναφέρεται αναλυτικά στο ιστορικό της υπόψη Προσφυγής και εν συνεχεία υποστηρίζει τα εξής : *«Α. Χορήγηση αριθμού έγκρισης από τον ΕΦΕΤ. Η εταιρία ***** κατέθεσε το αρ. 13538/19.11.2020 έγγραφο του ΕΦΕΤ στο οποίο της χορηγούνταν έγκριση υπό όρους και για χρονικό διάστημα τριών (3) μηνών. Κατέθεσε επίσης το αρ. 447/85958/18.3.2020 έγγραφο του Υπουργείου Αγροτικής Ανάπτυξης & Τροφίμων στο οποίο αναφέρονταν ότι «στις εγκαταστάσεις που λειτουργούν με χορήγηση έγκρισης υπό όρους που λήγει άμεσα (α' τρίμηνο, άρθρο 7, π.δ. 79/2007 και άρθρο 7 π.δ. 211/2006) η έγκριση υπό όρους παρατείνεται*

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

αυτόματα για επιπλέον 3 μήνες χωρίς να προηγηθεί επιτόπιος έλεγχος των αρμόδιων κτηνιατρικών αρχών της εκάστοτε Π.Ε.». Επιπρόσθετα κατέθεσε την αρ. 1057284 γνωστοποίηση για την λειτουργία μεταποιητικής δραστηριότητας του τομέα τροφίμων και ποτών και το αρ. 2643/23.9.2019 έγγραφο της Περιφέρειας **** – Γεν. Δ/σης Βιώσιμης Ανάπτυξης & Κλιματικής Αλλαγής/ Δ/σης Ανάπτυξης Π.Ε. Ανατ.****. Η εταιρία **** συμπεριλαμβάνεται στον κατάλογο εγκεκριμένων εγκαταστάσεων παραγωγής μαγειρεμένων φαγητών (catering) ο οποίος είναι αναρτημένος στην ιστοσελίδα του ΕΦΕΤ. Για τον λόγο αυτό με το αρ. 266352/24.4.20 έγγραφο ζητήσαμε να μας γνωρίσει ο ΕΦΕΤ αν η έγκριση με αριθμό IMP 661 της εταιρίας****, όπως αναφέρεται στο αρ. 13538/19.11.2020 έγγραφό του, εξακολουθεί να είναι σε ισχύ, παρόλο που έχει εκπνεύσει το χρονικό διάστημα αυτής. Ο ΕΦΕΤ στο αρ.πρωτ 3818/27.4.2020 απαντητικό έγγραφό του αναφέρει ότι «με μόνη την παρέλευση του τριμήνου , εάν δεν διενεργηθεί έλεγχος εκ μέρους της τοπικά αρμόδιας Κτηνιατρικής Υπηρεσίας της οικείας Περιφέρειας και εισήγησής της στον ΕΦΕΤ για έκδοση διοικητικής πράξης δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η χορηγηθείσα έγκριση έχει αυτοδικαίως ανακληθεί». Σύμφωνα με το υπ' αρ. 3890 ταυτ. 29/04/2020 έγγραφο του ΕΦΕΤ, χορηγείται πλήρης έγκριση της εγκατάστασης μαγειρεμένων φαγητών της εταιρείας **** Β. ΗΜΕΡΗΣΙΑ ΠΑΡΑΓΩΓΙΚΗ ΔΥΝΑΜΙΚΟΤΗΤΑ 25.000 μερίδων. Η δυναμικότητα της εταιρίας **** είναι 20.000 μερίδες ανά βάρδια , σύμφωνα με το αρ. 19.11.2020 έγγραφο του ΕΦΕΤ . Γ. ΣΤΗΡΙΞΗ ΣΤΗΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΤΡΙΤΟΥ. Στην αρ. ****/6.4.2020 Πρόσκληση στα κριτήρια επιλογής αναφέρεται ότι οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων , ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή αποδεικνύουν ότι θα έχουν στην διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Η εταιρία **** η οποία παρέχει στην εταιρία **** δάνεια τεχνική και επαγγελματική εμπειρία αναφέρει ότι είναι από κοινού υπεύθυνη για την εκτέλεση της σύμβασης, όπως και ότι αναλαμβάνει την υποχρέωση να παράσχει στην αναθέτουσα αρχή και ότι άλλο τυχόν απαιτηθεί πέραν των συμβάσεων και συστάσεων».

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

14. Επειδή, επί της με ΓΑΚ 829/2020 Προσφυγής παρεμβαίνει η εταιρία «****.» με την από 07.07.2020 Παρέμβασή της, η οποία ασκήθηκε εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, καθότι η υπόψη Προσφυγή κοινοποιήθηκε σε αυτήν μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της αναθέτουσας αρχής στις 02.07.2020 και η Παρέμβαση ασκήθηκε ομοίως μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ενώπιον της ΑΕΠΠ στις 07.07.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης προς τούτο προθεσμίας. Η δε παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον να παρέμβει, ζητώντας την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που στρέφεται κατά της αναδείξεώς της ως αναδόχου για το Τμήμα Γ' της δημοπρατούμενης σύμβασης. Συγκεκριμένα, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η υπόψη Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εκπροθέσμως διότι σε αυτήν ομολογείται ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης την 16.04.2020, κατ' αυτής δε, άσκησε την από 22.04.2020 πρώτη προδικαστική προσφυγή της, με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 486/2020. Ως εκ τούτου, η κρινόμενη προσφυγή, η οποία κατατέθηκε την 02.07.2020, είναι απορριπτέα ως εκπροθέσμως ασκηθείσα. Επιπλέον, κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, η εν λόγω προσφυγή ασκείται απαραδέκτως ως δεύτερη προσφυγή κατά της ίδιας πράξης. Η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, περί αναβίωσης της προθεσμίας προσβολής διοικητικής πράξης, δεν βρίσκει πεδίο εφαρμογής, διότι οι επικαλούμενες αποφάσεις έχουν εκδοθεί επί διαφορών ακυρωτικών (όχι στο πλαίσιο δημοσίων διαγωνισμών, όπως η κρινόμενη) και με εφαρμογή του δικονομικού πλαισίου του π.δ. 18/1989, και όχι του ειδικού δικονομικού πλαισίου των δικονομικών οδηγιών στο πλαίσιο του συστήματος διοικητικής και δικαστικής προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο. Ειδικότερα, όπως ορίζεται στο άρθρ. 30 παρ. 5 π.δ. 18/1989, ένδικο βοήθημα / μέσο από το δικόγραφο του οποίου έγινε παραίτηση «θεωρείται ότι δεν ασκήθηκε», ως εκ τούτου, με την αναβίωση της προθεσμίας προσβολής της διοικητικής πράξης, παραδεκτά αυτή προσβάλλεται (εκ νέου), δοθέντος ότι δεν πρόκειται για δεύτερο ένδικο βοήθημα/ μέσο.

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

Αντιθέτως, αντίστοιχη ή ανάλογη διάταξη, όχι μόνον δεν υφίσταται ούτε στο ν. 4412/201,6 ούτε στο π.δ. 39/2017, στο πλαίσιο του συστήματος διοικητικής και δικαστικής προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο, αλλά στο άρθ. 16 π.δ. 39/2017 ρητώς ορίζεται ότι παραίτηση από προδικαστική προσφυγή επιτρέπεται έως την έκδοση απόφασης επί της ασκηθείσας προσφυγής (ήτοι και μετά την ημερομηνία συζήτησης αυτής), εφόσον δε υποβληθεί παραίτηση, αυτή «έχει ως αποτέλεσμα τη θέση της προσφυγής στο αρχείο». Εν ολίγοις, η προδικαστική προσφυγή δεν θεωρείται ως μηδέποτε ασκηθείσα και συνεπώς η υπόψη Προσφυγή ως δεύτερη προδικαστική προσφυγή ασκείται απαραδέκτως. Περαιτέρω, επί του πρώτου λόγου προσφυγής, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί του ότι δήθεν δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής της οικείας Πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση προβάλλονται απαραδέκτως, καθώς βάλλουν κατά των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν την ποιοτική της καταλληλότητα, η οποία έγινε αποδεκτή (σιωπηρώς) με την υπ' αριθμ. 767/09.04.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, απόφαση εκτελεστή, η οποία προηγήθηκε της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία κατακυρώθηκε στους κατά Ομάδες αναδόχους το αποτέλεσμα της υπόψη Διαπραγμάτευσης, και συνεπώς απαραδέκτως προσβάλλεται η με αριθ. 816/2020 μεταγενέστερη απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται επίσης ότι σε πλήρη συμμόρφωση με τους ανωτέρω όρους της οικείας Πρόσκλησης, κατέθεσε την με αρ. πρωτ. 13538/19.11.2019 βεβαίωση έγκρισης του ΕΦΕΤ (αριθμός έγκρισης IMP 661) υπό όρους, ισχύος τριών (3) μηνών, ως προς την εγκατάστασή της, παραγωγής μαγειρεμένων φαγητών (catering), δυναμικότητας παραγωγής 20.000 μερίδων ανά βάρδια, αναμένοντας την οριστική έγκριση, κατόπιν αυτοψίας. Ήδη δε, λόγω της κατάστασης ανωτέρας βίας η οποία είχε στο μεταξύ επέλθει, με την εκδήλωση της πανδημίας COVID – 19, και συνέτρεχε κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της και των σχετικών δικαιολογητικών, την 08.04.2020, ήταν εξ αντικειμένου αδύνατη η εκ μέρους της κατάθεση της οριστικής έγκρισης των εγκαταστάσεών της από τον ΕΦΕΤ, σε κάθε δε περίπτωση αυτή είχε αυτοδικαίως παραταθεί για χρονικό διάστημα τριών (3) μηνών, σύμφωνα με τα

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

διαλαμβανόμενα στο υπ' αριθμ. πρωτ. 447/85958/18.03.2020 έγγραφο της Διεύθυνσης Κτηνιατρικής Δημόσιας Υγείας. Σε κάθε περίπτωση, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει πρώτον ότι, διέθετε κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της, έγκριση του ΕΦΕΤ, η οποία δεν είχε ανασταλεί ούτε ανακληθεί (και πλέον διαθέτει οριστική έγκριση των εγκαταστάσεών της από τον ΕΦΕΤ) και δεύτερον, σε κάθε περίπτωση, αυτή παρατάθηκε αυτοδικαίως για τρεις (3) μήνες, σύμφωνα με το προαναφερθέν έγγραφο της Διεύθυνσης Κτηνιατρικής Δημόσιας Υγείας, κατ' επίκληση «της επιδημίας που πλήττει τη χώρα μας και προκειμένου να ληφθούν μέτρα για την προστασία των κτηνιάτρων αλλά και των επιχειρηματιών». Η παρεμβαίνουσα υπογραμμίζει ότι τα μέτρα αυτά αφορούν στις «εγκαταστάσεις που λειτουργούν με χορήγηση έγκρισης υπό όρους, που λήγει άμεσα (α' τρίμηνο, άρθρο 7, π.δ. 79/2007 και άρθρο 7 π.δ 211/2006)», και συνίστανται στην αυτόματη παράταση της έγκρισης υπό όρους, «για επιπλέον 3 μήνες χωρίς να προηγηθεί επιτόπιος έλεγχος των αρμόδιων κτηνιατρικών αρχών της εκάστοτε Π.Ε.». Σχετικώς, η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι η οικεία Πρόσκληση δεν ζητά ειδικώς οριστική έγκριση του ΕΦΕΤ ως προς τις παραγωγικές εγκαταστάσεις, αλλά, ως ρητώς ορίζεται υπό τον όρο Β.2 της οικείας Πρόσκλησης, απαιτούνται εν γένει αποδεικτικά αδειοδότησης για ημερήσια παραγωγική δυναμικότητα 25.000 μερίδων. Η παραγωγική δυναμικότητα της εγκατάστασής της και η σύννομη λειτουργία της πιστοποιείται από την έγκριση του ΕΦΕΤ, καθώς δεν εκδίδεται άλλο πιστοποιητικό ή έγκριση ως προς την παραγωγική δυναμικότητα των εγκαταστάσεων αυτού του τύπου. Προς τούτο δε, αναφέρει ότι ο αριθμός της έγκρισής της είναι IMP 661, είναι σε ισχύ και δεν έχει λήξει ούτε ανακληθεί. Υπογραμμίζεται ότι η παρεμβαίνουσα, από την στιγμή της εγγραφής της στον κατάλογο εγκεκριμένων εγκαταστάσεων παραγωγής μαγειρεμένων φαγητών (catering), ο οποίος είναι αναρτημένος στην ιστοσελίδα του ΕΦΕΤ, ουδέποτε διεγράφη. Σε κάθε περίπτωση, όπως από τις εφαρμοστέες διατάξεις του άρθρου 7 παρ. 3 της ΚΥΑ 1288/2017 και του άρθρου 148 παρ. 4 του Κανονισμού 625/2017 προκύπτει, εφόσον η αρμόδια αρχή χορηγήσει έγκριση υπό όρους, είναι αναγκαία στη συνέχεια η διενέργεια επισήμου ελέγχου από την

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

αρμόδια αρχή, προκειμένου, είτε να χορηγηθεί παράταση της υπό όρους έγκρισης, είτε να χορηγηθεί πλήρης έγκριση. Σε καμία περίπτωση όμως η αρχική υπό όρους έγκριση δεν λήγει, αλλά είτε παρατείνεται είτε μετατρέπεται σε πλήρη έγκριση. Κατά την παρεμβαίνουσα, όλα τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από το υπ' αριθμ. πρωτ. 3818/27.4.2020 έγγραφο του ΕΦΕΤ προς την Περιφέρεια *****, σε απάντηση στο αίτημά της για παροχή διευκρινίσεων ως προς την παράταση της υπό όρους έγκρισης και της ισχύος αυτής. Το ως άνω έγγραφο του ΕΦΕΤ αναφέρει ότι: «Η έγκριση των εγκαταστάσεων τροφίμων ζωικής προέλευσης πραγματοποιείται σύμφωνα με τη διαδικασία του άρθρου 6 της ΚΥΑ 1288/2017, σε εφαρμογή του Κανονισμού Ε.Ε. 853/2003, αλλά και των Κανονισμών 854/2004 και 882/2004, όπως έχουν αντικατασταθεί από τον Κανονισμό 625/2017. Ειδικότερα, κατά την έννοια του άρ. 148 παρ. 4 του ΕΚ 625/2017, το οποίο επαναλαμβάνει τη διάταξη της παρ. 2δ του άρ. 31 του ΕΚ 882/2004, σε περίπτωση που η αρμόδια αρχή χορηγήσει έγκριση υπό όρους, είναι αναγκαία στη συνέχεια η διενέργεια επισήμου ελέγχου από την Αρμόδια Αρχή είτε για τη χορήγηση παράτασης της υπό όρους έγκρισης, είτε για την χορήγηση πλήρους έγκρισης. Κατά συνέπεια, κατά τα ανωτέρω, με μόνη την παρέλευση του τριμήνου, εάν δεν διενεργηθεί έλεγχος εκ μέρους της τοπικά αρμόδιας Κτηνιατρικής Υπηρεσίας (ΔΑΟΚ) της οικείας Περιφέρειας και η εισήγησή της στον ΕΦΕΤ για έκδοση διοικητικής πράξης, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η χορηγηθείσα έγκριση έχει αυτοδικαίως ανακληθεί. Τα ανωτέρω επιβεβαιώνονται και από το άρθρ. 7 παρ. 3 της ΚΥΑ 1288/2017, η οποία παραπέμπει στις παρ. 7, 8, 9, 10 του άρ. 6 αυτής, για αναστολή ή ανάκληση του σχετικού αριθμού, μόνο στην περίπτωση που δεν χορηγηθεί παράταση ή πλήρης έγκριση ως συνέπεια προηγηθέντος επισήμου ελέγχου». Το έγγραφο αυτό αποτελεί απάντηση του ΕΦΕΤ, του αρμόδιου κατά νόμο εθνικού φορέα εποπτείας του συστήματος αδειοδότησης εγκαταστάσεων, σε έγγραφο που απέστειλε η αναθέτουσα αρχή, ζητώντας διευκρινίσεις ως προς την ισχύ των υπό όρους εγκρίσεων, σε καμία δε περίπτωση, δεν αποτελεί τροποποίηση της προσφοράς της. Συνοψίζοντας, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι σε καμία περίπτωση η αρχικώς χορηγηθείσα υπό όρους έγκριση δεν λήγει, παρά μόνον,

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

μετά από επιτόπιο έλεγχο, είτε παρατείνεται, είτε μετατρέπεται σε πλήρη έγκριση, γι' αυτό άλλωστε, κατά την ισχύουσα νομοθεσία, αναστολή ή ανάκληση της χορηγηθείσας έγκρισης χωρεί μόνον στην περίπτωση που δεν χορηγηθεί παράταση ή πλήρης έγκριση, κατόπιν προηγηθέντος επίσημου ελέγχου. Η παρεμβαίνουσα επικουρικώς αναφέρει ότι νομίμως η αυτοδίκαιη παράταση των υπό όρους εγκρίσεων του ΕΦΕΤ, οι οποίες έληγαν εντός του α' τριμήνου 2020, για τρεις (3) επιπλέον μήνες, χωρίς αυτοψία, εκδόθηκε από την Διεύθυνση Κτηνιατρικής Δημόσιας Υγείας. Εν συνεχεία, η παρεμβαίνουσα, παραθέτοντας αναλυτικά τις διατάξεις της ΚΥΑ 1288/2017, υποστηρίζει ότι εξ' αυτών καθίσταται σαφές ότι η έγκριση εγκατάστασης επιχείρησης τροφίμων χορηγείται με απόφαση του ΕΦΕΤ, ωστόσο αυτή χορηγείται από τον ΕΦΕΤ κατά δεσμία αρμοδιότητα, επί τη βάσει της σχετικής εισήγησης της αρμόδιας Δ.Α.Ο.Κ. (Διεύθυνση Αγροτικής Οικονομίας και Κτηνιατρικής, βλ. ανωτέρω υπό 6.3), κατόπιν αυτοψίας κλιμακίου Κτηνιάτρων. Υπενθυμίζεται ότι η κατά τρεις (3) μήνες αυτόματη παράταση χωρίς διενέργεια επιτόπιου ελέγχου των εγκρίσεων που είχαν χορηγηθεί και έληγαν εντός του α' τριμήνου 2020, όπως η δική της, αποφασίσθηκε στο πλαίσιο λήψης έκτακτων μέτρων λόγω της πανδημίας COVID-19, για την προστασία της υγείας των κτηνιάτρων, ως ρητώς αναφέρεται στο υπ' αριθμ. πρωτ. 447/85958/18.03.2020 έγγραφο της Διεύθυνσης Κτηνιατρικής Δημόσιας Υγείας. Κατ' ακολουθία, η αυτόματη παράταση των υπό όρους εγκρίσεων, χωρίς αυτοψία κλιμακίου Κτηνιάτρων, για το όλως περιορισμένο χρονικό διάστημα των 3 μηνών, αρμοδίως εκδόθηκε από την κατά τόπον αρμόδια Διεύθυνση Κτηνιατρικής Δημόσιας Υγείας, καθώς δική της αυτοψία προϋποθέτει η παράταση της υπό έγκριση όρους ή η χορήγηση της οριστικής έγκρισης. Ο ΕΦΕΤ δεσμεύεται από την αυτοψία και συνακόλουθη εισήγηση της Κτηνιατρικής Υπηρεσίας, πρώτον για να εκδώσει ή όχι την βεβαίωση έγκρισης και δεύτερον, για να την εκδώσει με το αυτό περιεχόμενο της σχετικής εισήγησης, έχοντας εκ του νόμου δεσμία αρμοδιότητα. Εκ των ανωτέρω διατάξεων καθίσταται σαφές ότι νομίμως και αρμοδίως παρατάθηκε αυτοδικαίως η με αρ. πρωτ. 13538/19.11.2019 βεβαίωση έγκρισης υπό όρους του ΕΦΕΤ, δυνάμει του υπ' αριθμ. πρωτ. 447/85958/18.03.2020 εγγράφου της

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

Διεύθυνσης Κτηνιατρικής Δημόσιας Υγείας. Υπογραμμίζεται ότι η έγκριση των εγκαταστάσεων της παρεμβαίνουσας έχει λάβει τον αριθμό IMP 661. Σημειώνεται ότι η οικεία Πρόσκληση δεν ζητά ειδικώς οριστική έγκριση του ΕΦΕΤ ως προς τις παραγωγικές εγκαταστάσεις, αλλά, ως ρητώς ορίζεται υπό Β.2, απαιτούνται εν γένει αποδεικτικά αδειοδότησης για ημερήσια παραγωγική δυναμικότητα 25.000 μερίδων. Η παραγωγική δυναμικότητα της εγκατάστασής μας και η σύννομη λειτουργία της πιστοποιείται από την έγκριση του ΕΦΕΤ, καθώς δεν εκδίδεται άλλο πιστοποιητικό ή έγκριση ως προς την παραγωγική δυναμικότητα των εγκαταστάσεων αυτού του τύπου. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από το υπ' αριθμ. πρωτ. 3818/27.4.2020 έγγραφο του ΕΦΕΤ προς την Περιφέρεια *****, σε απάντηση στο αίτημά της για παροχή διευκρινίσεων ως προς την παράταση της υπό όρους έγκρισης και της ισχύος αυτής. Το ως άνω έγγραφο του ΕΦΕΤ αναφέρει ότι: «Η έγκριση των εγκαταστάσεων τροφίμων ζωικής προέλευσης πραγματοποιείται σύμφωνα με τη διαδικασία του άρθρου 6 της ΚΥΑ 1288/2017, σε εφαρμογή του Κανονισμού Ε.Ε. 853/2003, αλλά και των Κανονισμών 854/2004 και 882/2004, όπως έχουν αντικατασταθεί από τον Κανονισμό 625/2017. Ειδικότερα, κατά την έννοια του άρ. 148 παρ. 4 του ΕΚ 625/2017, το οποίο επαναλαμβάνει τη διάταξη της παρ. 2δ του άρ. 31 του ΕΚ 882/2004, σε περίπτωση που η αρμόδια αρχή χορηγήσει έγκριση υπό όρους, είναι αναγκαία στη συνέχεια η διενέργεια επισήμου ελέγχου από την Αρμόδια Αρχή είτε για τη χορήγηση παράτασης της υπό όρους έγκρισης, είτε για την χορήγηση πλήρους έγκρισης. Κατά συνέπεια, κατά τα ανωτέρω, με μόνη την παρέλευση του τριμήνου, εάν δεν διενεργηθεί έλεγχος εκ μέρους της τοπικά αρμόδιας Κτηνιατρικής Υπηρεσίας (ΔΑΟΚ) της οικείας Περιφέρειας και η εισήγησή της στον ΕΦΕΤ για έκδοση διοικητικής πράξης, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η χορηγηθείσα έγκριση έχει αυτοδικαίως ανακληθεί. Τα ανωτέρω επιβεβαιώνονται και από το άρθρ. 7 παρ. 3 της ΚΥΑ 1288/2017, η οποία παραπέμπει στις παρ. 7, 8, 9, 10 του άρ. 6 αυτής, για αναστολή ή ανάκληση του σχετικού αριθμού, μόνο στην περίπτωση που δεν χορηγηθεί παράταση ή πλήρης έγκριση ως συνέπεια προηγηθέντος επισήμου ελέγχου». Επιπλέον, η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι ήδη ο ΕΦΕΤ με το υπ' αριθμ. πρωτ.

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

3890 ταυτ./29.4.2020 έγγραφό του χορήγησε στην επίμαχη εγκατάσταση παραγωγής μαγειρεμένων φαγητών της εταιρείας της πλήρη έγκριση, κατόπιν του υπ' αριθμ. πρωτ. 270088/28.4.2020 εγγράφου της ΔΑΟΚ Ανατολικής *****, και μάλιστα για 40.000 μερίδες μαγειρεμένου φαγητού ανά 8ωρη βάρδια & 35.000 μερίδες κρύας κουζίνας. Το υπ' αριθμ. πρωτ. 3818/27.4.2020 έγγραφο του ΕΦΕΤ απεστάλη από τον ίδιο προς την αναθέτουσα αρχή απευθείας, προς παροχή διευκρινίσεων σε σχετικό ερώτημα που του απηύθυνε απευθείας η αναθέτουσα αρχή. Το υπόψη έγγραφο απλώς διευκρινίζει το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο, σύμφωνα με το οποίο η χορηγηθείσα στην παρεμβαίνουσα έγκριση υπό όρους – όπως κάθε έγκριση υπό όρους – δεν αποβάλλει την ισχύ της αυτοδικαίως με την πάροδο 3μήνου, αλλά αυτή εξακολουθεί να ισχύει, ενώ ανάκληση ή αναστολή χορηγηθείσας έγκρισης χωρεί μόνον κατόπιν προηγούμενης επιτόπιας αυτοψίας αρμοδίου κλιμακίου. Ως εκ τούτου, σε καμία περίπτωση το έγγραφο αυτό δεν συνιστά έγκριση των εγκαταστάσεων της, ούτε επέχει θέση οριστικής έγκρισης αυτών. Η παρεμβαίνουσα υπογραμμίζει μετ' επιτάσεως ότι, μολονότι η αναθέτουσα αρχή είχε ζητήσει διευκρινίσεις από τον ΕΦΕΤ αναφορικά με την ισχύ της χορηγηθείσας υπό όρους έγκρισης του ΕΦΕΤ, οι οποίες διευκρινίσεις χορηγήθηκαν με το υπ' αριθμ. πρωτ. 3818/27.4.2020 έγγραφό του, στο οποίο εκτίθεται ότι «με μόνη την παρέλευση τριμήνου, εάν δεν διενεργηθεί έλεγχος εκ μέρους της τοπικά αρμόδιας Κτηνιατρικής Υπηρεσίας της οικείας Περιφέρειας και εισήγησής της στον ΕΦΕΤ για έκδοση διοικητικής πράξης δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η χορηγηθείσα έγκριση έχει αυτοδικαίως ανακληθεί», η αναθέτουσα αρχή δεν έθεσε το έγγραφο αυτό υπόψη του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Το έγγραφο αυτό αφορά επακριβώς το ζήτημα για το οποίο το Κλιμάκιο αποφάνθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης στο Τμήμα Γ', είναι δε καθοριστικής σημασίας. Το έγγραφο αυτό δεν έλαβε υπόψη του ούτε ο κ. Αντεπίτροπος της Επικρατείας στην από 08.05.2020 Γνώμη του επί της αιτήσεως ανακλήσεως που είχε καταθέσει ενώπιον του VI Τμήματος και η οποία απορρίφθηκε χωρίς η υπόθεση να εξεταστεί ουσία, στην οποία αναφέρει ότι «δεν μπορεί να αξιολογηθεί το περιεχόμενο του επικαλούμενου με την αίτηση αριθ. πρωτ. 3818/27.4.2020 εγγράφου του ΕΦΕΤ

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

προς την Περιφέρεια *****, δεδομένου ότι δεν προσκομίζονται ούτε το έγγραφο αυτό, ούτε το αίτημα της Περιφέρειας *****, σε απάντηση της οποίας εκδόθηκε το εν λόγω έγγραφο». Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι είχε υποβάλει το έγγραφο αυτό, όπως και άλλα, προ της δικάσιμου, μαζί με υπόμνημα, στη Γραμματεία του Τμήματος. Λαβόντες γνώση της Γνώμης του κ. Αντεπιτρόπου, στην οποία αναφέρεται ότι το έγγραφο αυτό δεν προσκομίζεται, επιβεβαιώνεται η ύπαρξη του εγγράφου στον φάκελο δικογραφίας της υπόθεσης, μέσω της Γραμματείας του Τμήματος, όχι όμως το υπόμνημα μαζί με το οποίο αυτό είχε υποβληθεί, εν συνεχεία δε, κατατέθηκε εκ νέου στο Πρωτόκολλο του Ελεγκτικού Συνεδρίου το υπόμνημά της (υπ' αριθμ. πρωτ. 23341/15.5.2020), υποβάλλοντας εκ νέου και το ως άνω έγγραφο. Στην απίθανη περίπτωση, κατά την οποία ήθελε γίνει δεκτό ότι τα υποβληθέντα από την παρεμβαίνουσα δικαιολογητικά δεν πληρούν τις απαιτήσεις του όρου Β.2 της οικείας Πρόσκλησης, όλως επικουρικά, αναφέρεται ότι ο ν. 4412/2016 αναγνωρίζει ότι η άνευ υπαιτιότητας του οικονομικού φορέα αδυναμία έγκαιρης προσκόμισης αποδεικτικών στοιχείων για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, για λόγους οι οποίοι δεν εμπίπτουν στην δική του σφαίρα ευθύνης (άρθ. 103 ν. 4412/2016, το οποίο κατά την παρ. 2 αυτού εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή ζητήσει την προσκόμιση δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο της κατακύρωσης) δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού του, ούτε λόγο απόρριψης της προσφοράς του. Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο εν προκειμένω, όπου συντρέχει περίπτωση ανωτέρας βίας, η πανδημία Covid – 19, η οποία δεν ξέσπασε τον Μάρτιο 2020, αλλά είχε ήδη εκδηλωθεί από τον Ιανουάριο 2020 και κορυφώθηκε τον Μάρτιο 2020, σε συνδυασμό με τον ελάχιστο χρόνο που μεσολάβησε από την ανάρτηση της οικείας Πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση μέχρι την ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Εκ του συνόλου των προεκτεθέντων καθίσταται σαφές ότι ο πρώτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος, άλλως ως αβάσιμος. Ακολούθως, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι και ο δεύτερος λόγος προσφυγής προβάλλεται απαραδέκτως για τους λόγους που ήδη εκτίθενται

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

παραπάνω καθότι οι προσβαλλόμενοι δια αυτού ισχυρισμοί αφορούν και πάλι στην αμφισβήτηση της πλήρωσης κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, ο έλεγχος του οποίου έλαβε χώρα σε προγενέστερο στάδιο της διαδικασίας. Σε κάθε περίπτωση, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι, προς ικανοποίηση ενός εκ των τριών (3) κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, αυτό της εμπειρίας από τουλάχιστον μία (1) σύμβαση συναφούς αντικειμένου, η οποία να έχει εκτελεστεί επιτυχώς εντός της τελευταίας τριετίας, προσέφυγε στη χρήση δάνειας εμπειρίας από την εταιρεία*****, η οποία εδρεύει στα Ιωάννινα. Μεταξύ των εγγράφων που κατέθεσε προς απόδειξη της δάνειας εμπειρίας, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της οικείας Πρόσκλησης είναι και το από 7.4.2020 Ιδιωτικό Συμφωνητικό Παροχής Δάνειας Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας (στήριξη στην ικανότητα τρίτου) μεταξύ της παρεμβαίνουσας και της παρόχου την εμπειρία εταιρίας. Εκ του περιεχομένου του υπόψη Ιδιωτικού Συμφωνητικού καθίσταται σαφές, κατά την αδιάστικτη διατύπωσή του, πρώτον, ότι αυτό πληροί τις απαιτήσεις της οικείας Πρόσκλησης ως προς την απόδειξη της δάνειας εμπειρίας και δεύτερον, ότι η δάνεια εμπειρία παρέχεται κατ' ουσίαν και όχι τύποις. Πράγματι, στον όρο 4 αναφέρεται ότι η πάροχος εμπειρία αναλαμβάνει την υποχρέωση να δανείσει-διαθέσει στην αφενός συμβαλλόμενη την συνολική τεχνική και επαγγελματική ικανότητά της, και μάλιστα όχι μόνον για τη συμμετοχή της στην υπόψη Διαπραγμάτευση, αλλά και «...εν συνεχεία καθ' όλη τη διάρκεια της εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου, σε περίπτωση που η αφενός συμβαλλόμενη ανακηρυχθεί ανάδοχος του προαναφερθέντος διαγωνισμού», δέσμευση η οποία προδήλως αναφέρεται στην ουσιαστική τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της παρόχου εμπειρίας, καθώς η απλή υποβολή των αποδεικτικών αυτής μόνον στο προσυμβατικό στάδιο έχει νόημα. Στο πλαίσιο αυτό, η πάροχος εμπειρίας αναλαμβάνει την υποχρέωση να παραδώσει στην παρεμβαίνουσα κατάλληλες συστάσεις από φορείς για συμβάσεις που έχουν συναφθεί και εκτελεστεί κατά τα έτη 2017-2019, καθώς και τυχόν αναγκαία στοιχεία και οποιοδήποτε άλλο έγγραφο κριθεί αναγκαίο, για την υποβολή της προσφοράς της. Επιπροσθέτως, στον όρο 5 του υπόψη Ιδιωτικού Συμφωνητικού ρητώς συμφωνείται ότι η παρεμβαίνουσα «δύναται να χρησιμοποιήσει την προμνημονευθείσα δάνεια

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της αφετέρου συμβαλλόμενης οποτεδήποτε καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης του έργου άνευ όρων και χωρίς καμία επιφύλαξη ως προς τον τρόπο και το χρόνο χρήσης αυτής. Προς το σκοπό αυτό, η αφετέρου συμβαλλόμενη αναλαμβάνει την υποχρέωση να παράσχει στην αναθέτουσα αρχή και ό,τι άλλο τυχόν απαιτηθεί πέραν των προαναφερθέντων συμβάσεων και συστάσεων, προς υλοποίηση των ανωτέρω». Κατά την παρεμβαίνουσα, από όλα τα ανωτέρω προκύπτει ότι, κατά τη διάρκεια εκτέλεσης του έργου η ουσιαστική τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της παρόχου τίθεται στη διάθεσή της, και μάλιστα «εν λευκώ», και όχι μόνον τα αποδεικτικά έγγραφα και στοιχεία της καλής εκτέλεσης συναφών συμβάσεων την τελευταία τριετία, τα οποία μόνον αποδεικνύουν, κατά το προσυμβατικό στάδιο, την καταλληλότητά της. Τούτο καθίσταται περαιτέρω σαφές στον όρο 6, στον οποίο ρητώς συμφωνήθηκε ότι η πάροχος εμπειρίας «η οποία παρέχει την ως άνω δάνεια τεχνική και επαγγελματική ικανότητά της εγγυάται την αδιάλειπτη παροχή αυτών καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης του έργου, χωρίς καμία δυνατότητα καταγγελίας ή καθ' οιονδήποτε τρόπο διακοπής της παρούσας σύμβασης, σε περίπτωση που η αφενός συμβαλλόμενη ανακηρυχθεί ανάδοχος του διαγωνισμού». Εκ του συνόλου των προλεχθέντων καθίσταται σαφές ότι η τρίτη πάροχος εταιρία έχει πλήρως αποδειχθεί τον δανεισμό της εμπειρίας της προς την παρεμβαίνουσα και ότι ουδεμία αμφιβολία καταλείπεται ως προς το ότι τα επικαλούμενα μέσα βρίσκονται πράγματι στη διάθεση της παρεμβαίνουσας και ότι παρασχέθηκαν ανάλογες εγγυήσεις για την έντεχνη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση του υπό ανάθεση έργου. Η παρεμβαίνουσα υπογραμμίζει ότι οι απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αφορούν στους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους που θα πρέπει να έχουν στη διάθεσή τους οι οικονομικοί φορείς, οι οποίοι εν προκειμένω ενδεικτικά αφορούν στην παροχή υπηρεσιών διοικητικής υποστήριξης και οργάνωσης κατά την εκτέλεση του αντικειμένου της προμήθειας, τον σχεδιασμό, την εποπτεία και τον συντονισμό της εκτέλεσης του έργου, την διάθεση της τεχνογνωσίας που η πάροχος εμπειρίας έχει αποκτήσει και τον δανεισμό έμπειρου και ικανού προσωπικού. Ως εκ τούτου, κατά την

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

παρεμβαίνουσα, από τις επικαλούμενες από την προσφεύγουσα διατάξεις δεν προκύπτει ότι η εκτέλεση του αντικειμένου της σύμβασης από τον πάροχο επαγγελματικής ικανότητας στην περίπτωση που παρέχει επαγγελματική εμπειρία, πρέπει κατ' ανάγκην να λάβει τη μορφή της υπεργολαβίας. Αντιθέτως, μόνη συμμετέχουσα στην υπόψη διαπραγμάτευση είναι η παρεμβαίνουσα, τυχόν δε εκτέλεση της σύμβασης εν συνόλω από τον πάροχο εμπειρίας, είτε εν τοις πράγμασι είτε με την μορφή υπεργολαβίας, θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη υποκατάσταση του αναδόχου στην εκτέλεση της σύμβασης. Παράλληλα δε, η οικεία Πρόσκληση σε διαπραγμάτευση ρητώς επέτρεψε την δυνατότητα των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να στηριχθούν στις ικανότητες τρίτων, ως προελέχθη, αντίθετη δε ερμηνεία θα καθιστούσε ανενεργό και άρα παραπλανητικό τον υπόψη όρο της Πρόσκλησης, την οποία στο σύνολό της αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα και η προσφεύγουσα. Αναφορικά με το δεύτερο σκέλος του δεύτερου λόγου της κρινόμενης προσφυγής, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι οι αιτιάσεις που αφορούν στην άδεια λειτουργίας του τρίτου, παρόχου εμπειρίας, που δήθεν αποτελεί τελικά τον φορέα εκτέλεσης της σύμβασης, προβάλλονται εξίσου απαραδέκτως για τους λόγους που έχουν ήδη εκτεθεί ανωτέρω. Σε κάθε περίπτωση, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι οι αιτιάσεις αυτές είναι αβάσιμες, διότι ερείδονται επί εσφαλμένης προϋποθέσεως. Και τούτο διότι μόνον η παρεμβαίνουσα είναι αυτή που υποβάλλει προσφορά και ως εκ τούτου συμμετέχει στην υπόψη διαπραγμάτευση, οπότε οι κρίσιμες προδιαγραφές σχετικά με την άδεια λειτουργίας των διαγωνιζομένων πρέπει να πληρούνται μόνον από αυτήν και όχι από την τρίτη εταιρία «*****», η οποία μόνον δανείζει την εμπειρία της στην παρεμβαίνουσα για την κάλυψη της σχετικής απαίτησης τεχνικής ικανότητας. Άλλωστε, η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι για την κάλυψη των απαιτήσεων καταλληλότητας που αφορούν στην διάθεση αδειοδοτημένης μονάδας ημερήσιας παραγωγικής δυναμικότητας τουλάχιστον 25.000 μερίδων καθώς και για τις πιστοποιήσεις επί προτύπων HACCP δεν δηλώνει ότι επικαλείται δάνεια εμπειρία τρίτου φορέα. Τέλος, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι ούτε εκ των όρων της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση προκύπτει ότι η εκτέλεση της σύμβασης, ήτοι η παρασκευή,

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

διάθεση και διανομή των γευμάτων πρέπει να γίνεται από την ίδια παραγωγική μονάδα η οποία υλοποίησε την «τουλάχιστον μία σύμβαση συναφούς αντικειμένου, η οποία πρέπει να έχει εκτελεστεί επιτυχώς εντός της τελευταίας τριετίας». Ως προς το τρίτο σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής, ότι η δήθεν μη ανταπόκριση στις απαιτήσεις των ποιοτικών κριτηρίων επιλογής επιφέρει αντικειμενική αδυναμία εκτέλεσης της σύμβασης, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η οικεία πρόσκληση σε διαπραγμάτευση δεν απαιτούσε ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής την απασχόληση συγκεκριμένου αριθμού προσωπικού ή συγκεκριμένο εξοπλισμό, τα δε σχετικώς αναφερόμενα από την προσφεύγουσα αναφέρονται μόνον για την πρόκληση αρνητικών εντυπώσεων. Σε κάθε περίπτωση, κατά το σκέλος του αυτό ο δεύτερος λόγος προσφυγής ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, ότι δήθεν την σύμβαση δεν θα εκτελέσει η ίδια η παρεμβαίνουσα, το οποίο αυτή αρνείται. Σημειώνει μάλιστα ότι, ακόμη δε και εάν ήθελε υποτεθεί ότι η σύμβαση θα εκτελεστεί από την εταιρεία – πάροχο εμπειρίας, σε κανένα σημείο της οικείας Πρόσκλησης δεν απαιτείται αυτή να εκτελεσθεί στις δικές της εγκαταστάσεις, αλλά μπορεί να εκτελεσθεί απολύτως νόμιμα στις εγκαταστάσεις της παρεμβαίνουσας, οι οποίες και την απαιτούμενη ημερήσια δυναμικότητα παραγωγής έχουν και πιστοποιητικά HACCP διαθέτουν. Τέλος, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η παρεμβαίνουσα δήθεν δεν διαθέτει προσωπικό, ούτε τον απαιτούμενο εξοπλισμό για την εκτέλεση της σύμβασης, εκτός από αναληθείς και αβάσιμοι, είναι απορριπτέοι ως μη έχοντες έρεισμα στην οικεία Πρόσκληση, η οποία δεν απαιτεί την απόδειξη ελάχιστου αριθμού απασχολούμενου προσωπικού, ούτε συγκεκριμένου εξοπλισμού ως κριτήρια ποιοτικής επιλογής για την παραδεκτή συμμετοχή των οικονομικών φορέων. Ομοίως ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι, σε κάθε δε περίπτωση ως αβάσιμοι είναι και οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι δήθεν η παρεμβαίνουσα δεν είναι σε θέση και αντικειμενικά αδυνατεί να εκτελέσει την σχετική σύμβαση και ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά της για «πρόδηλους λόγους δημοσίου συμφέροντος». Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι πληροί όλες τις απαιτήσεις ποιοτικής επιλογής σύμφωνα με το ειδικό κανονιστικό πλαίσιο της οικείας

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

Πρόσκλησης, τους όρους της οποίας η προσφεύγουσα αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα και ουδόλως αμφισβήτησε. Κατά την ανέλεγκτη δε ουσιαστική κρίση της αναθέτουσας αρχής, οι συγκεκριμένες απαιτήσεις, όπως τέθηκαν στην οικεία Πρόσκληση σε διαπραγμάτευση, είναι τα απαιτούμενα εχέγγυα για την καλή εκτέλεση της σύμβασης. Αναφορικά με τον τρίτο λόγο προσφυγής ότι η αναθέτουσα αρχή δεν εξέτασε ουσιαστικά το από 11.4.20 υπόμνημα της προσφεύγουσας περί της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η παρεμβαίνουσα αντικρούει ότι η εκ του άρθρου 88 παρ. 3 ν. 4412/2016 υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αξιολογήσει τις παρεχόμενες πληροφορίες και διευκρινίσεις ως προς τις προσφορές οι οποίες *prima facie* παρίστανται ασυνήθιστα χαμηλές υφίσταται ως προς τις προσκομιζόμενες από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς οι οποίοι ελέγχονται για ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά πληροφορίες και διευκρινίσεις και όχι ως προς τους έωλους ισχυρισμούς άλλων συμμετεχόντων στην διαδικασία. Η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι από τα υπ' αριθ. 17/20 και 19/20 Πρακτικά προκύπτει ότι η συντριπτική πλειοψηφία των προσφορών των εταιριών που συμμετείχαν στην οικεία διαπραγμάτευση κυμαίνονταν στα ίδια επίπεδα με την δικιά της προσφορά αλλά και σε συνήθη επίπεδα τιμών για την οικεία αγορά. Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής εκ μέρους της οικονομικής προσφοράς προβάλλονται αορίστως διότι δεν παραθέτει ούτε στο υπόμνημά της, ούτε στην προσφυγή της, συγκριτικά στοιχεία επί των οποίων ερείδει τους ισχυρισμούς της. Αντιθέτως, η παρεμβαίνουσα έχει παραθέσει με το υπόμνημά της ανάλυση των προσφερόμενων τιμών, με κόστος α' υλών, κόστος συσκευασίας, κόστος μισθολογικό και λειτουργικό, μέσο κόστος μερίδας και κέρδος, ανταποκρινόμενη ουσιαστικά στο κάλεσμα της αναθέτουσας αρχής για παροχή διευκρινίσεων σχετικά με την οικονομική προσφορά της, σημειώνοντας περαιτέρω ότι το όριο των 2,50 € ανά γεύμα προ ΦΠΑ, το οποίο, όλως αυθαιρέτως έθεσε η Οικονομική Επιτροπή, προκειμένου να θεωρήσει τις προσφορές ασυνήθιστα χαμηλές και να αιτηθεί διευκρινίσεων, παρείχε τη δυνατότητα στην προσφεύγουσα και σε 2 άλλες εταιρείες να μην παράσχουν ανάλυση της

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

οικονομικής τους προσφοράς, και να αποφύγουν να ελεγχθούν για τυχόν «ασυνήθιστα υψηλές προσφορές». Αναφορικά με τον τέταρτο λόγο προσφυγής, ήτοι ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη διότι δεν υπολογίστηκαν σε αυτήν νόμιμες κρατήσεις υπέρ τρίτων, παρακράτηση φόρου 4%, διοικητικό κόστος και κόστος περιβαλλοντικής νομοθεσίας, η παρεμβαίνουσα αντικρούει κατ'αρχήν ότι σε κανένα σημείο της Πρόσκλησης δεν απαιτούνταν η ανάλυση και η τεκμηρίωση της οικονομικής προσφοράς, για το λόγο αυτό εξάλλου και η προσφεύγουσα δεν έχει καταθέσει ανάλυση της δικής της οικονομικής προσφοράς. Σε κάθε περίπτωση, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι ευθύς μόλις της ζητήθηκε παρείχε τις σχετικές διευκρινίσεις με το από 11.04.20 υπόμνημά της. Σε αυτό αναφέρεται ειδικότερα στον τρόπο εκτέλεσης της σύμβασης και αναλύει το κόστος ανά γεύμα, όπου συμπεριλαμβάνει κόστος α' υλών και κόστος συσκευασίας, μισθολογικό κόστος, μεταφορικά, καύσιμα, διοικητικά έξοδα, αποθήκευσης, πάγια διοικητικά και λειτουργικά έξοδα όπως ενδεικτικά ΔΕΗ, ασφάλιστρα αποσβέσεις, κόστη συντήρησης κ.α. και τέλος κέρδος ανά μερίδα 0,46 €, ανερχόμενο σε ποσοστό 27% επί της τιμής πώλησης. Τέλος, δηλώνει ότι το μισθολογικό κόστος της υπερβαίνει τις αμοιβές της Εθνικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας. Κατά την παρεμβαίνουσα είναι πρόδηλο ότι το ποσό κέρδους το οποίο δηλώνει, αφενός υπερκαλύπτει τις αναφερόμενες στους όρους 5.1.2 και 5.1.3 της οικείας Πρόσκλησης κρατήσεις, εισφορές και φόρους, μετά δε και την αφαίρεση αυτών, καταλείπεται ικανοποιητικό ποσοστό κέρδους σε αυτήν και επομένως η προσφορά της σε καμία περίπτωση δεν είναι κάτω του κόστους. Η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι το σύνολο των λοιπών κονδυλίων κρατήσεων περιλαμβάνεται στα λοιπά έξοδα που έχει συμπεριλάβει στον πίνακα ανάλυσης της οικονομικής προσφοράς της και ότι η παρακράτηση φόρου διενεργείται από την αναθέτουσα αρχή και αποδίδεται στην ΑΑΔΕ, συμψηφίζεται δε με τον φόρο που θα προκύψει από το σύνολο λειτουργίας της ή επιστρέφεται σε αυτήν. Η παρεμβαίνουσα υπογραμμίζει ότι η προσφορά της είναι απολύτως σαφής και ανέρχεται στο ποσό των 1,71 € ανά γεύμα προ ΦΠΑ, δεν εμπίπτει σε κανέναν λόγο απόρριψης που τίθεται με την οικεία πρόσκληση και ότι η αναφορά σε

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

λειτουργικό κόστος 0,28 ευρώ συνιστά τυπογραφικό λάθος της προσβαλλόμενης απόφασης και δεν αλλάζει την προσφορά της. Αναφορικά με τον πέμπτο λόγο προσφυγής, ότι δήθεν πάσχει η προσβαλλόμενη διότι αποδέχεται τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις και δήθεν μετακυλύει την υποχρέωση νομιμότητας της προσφοράς της στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, η παρεμβαίνουσα αντικρούει ότι, όπως προελέχθη κατά την αντίκρουση των παραπάνω λόγων, η προσφορά της ικανοποιεί πλήρως τις τυπικές και τις ουσιαστικές προϋποθέσεις που τέθηκαν από την υπ' αριθμ. *****/6.4.2020 πρόσκληση σε Διαπραγμάτευση - τους όρους της οποίας όχι μόνον δεν αμφισβήτησε η προσφεύγουσα, αλλά αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα – τόσο για την παραδεκτή συμμετοχή της στην Διαπραγμάτευση όσο και για την κατακύρωση του αποτελέσματος της Ομάδας Γ' σε αυτήν, ως μειοδότρια, καθώς και για την καλή και επιτυχή εκτέλεση της σχετικής σύμβασης και συνεπώς αβασίμως προβάλλεται και αυτός ο λόγος προσφυγής. Ακολούθως, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου το από 29.07.2020 υπόμνημά της, το οποίο όμως δεν δύναται να εξετασθεί, καθότι, κατά την διάταξη του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, δικαίωμα υποβολής υπομνήματος έχει μόνον η προσφεύγουσα επί των απόψεων/συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής, και κατά συνέπεια το εν λόγω υπόμνημα κατατέθηκε απαραδέκτως.

15. Επειδή, η προσφεύγουσα κατέθεσε το από 31.07.2020 Υπόμνημά της προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, υποστηρίζοντας τα εξής : *«III. Αναφορικά με τις από 06.07.2020 Απόψεις της Περιφέρειας ***** III.α. Τεκμήριο ομολογίας περί της βασιμότητας των εκ της προδικαστικής μας προσφυγής ισχυρισμών, οι οποίοι ουδόλως αντικρούονται δια των Απόψεων. Σύμφωνα με την παρ. 1, περ. β', άρθρου 365 ν. 4412/2016, ορίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να διαβιβάσει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κοινοποίησης, μεταξύ άλλων, τις απόψεις της επί της προσφυγής, ενώ σύμφωνα με την παρ. 2 του αυτού άρθρου ορίζεται ότι «Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την*

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β' της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος». Συναφώς, η διάταξη του άρθρου 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 με τίτλο «Συνέπειες μη αποστολής φακέλου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής» ορίζει ότι: «Σε περίπτωση μη αποστολής στο σχηματισμό της ΑΕΠΠ, που εξετάζει την προδικαστική προσφυγή, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, των απόψεων της και των κωδικών πρόσβασης στα στοιχεία του διαγωνισμού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση β' της παραγράφου 2 του άρθρου 9 του παρόντος Κανονισμού, ο οικείος σχηματισμός μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. [...]». Από την συνδυαστική ερμηνεία της νομολογίας και του υφιστάμενου πλαισίου παροχής έννομης προστασίας του ν. 4412/2016, προκύπτει με σαφήνεια ότι αναδεικνύεται ως υψίστης σημασίας για την παροχή έγκαιρης και αποτελεσματικής έννομης προστασίας η έγκαιρη και ουσιαστική από πλευράς περιεχομένου αποστολή απόψεων μετά του διοικητικού φακέλου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή, ως συντάξασα τους όρους της διακήρυξης, αναδεικνύεται εκ του πλαισίου ως παράγων μείζονος σημασίας προς την επίτευξη και διαμόρφωση της απόφασης εκ μέρους της ΑΕΠΠ, αντικρούοντας τις αιτιάσεις της υπό κρίση προσφυγής (σκ. 13 ΑΕΠΠ 1130/2019). Η στάση αυτή της αναθέτουσας αρχής, ήτοι η παράλειψη αποστολής εκ μέρους της των απόψεων της, επιτρέπει, συνεπώς, κατά τα προεκτεθέντα, την συναγωγή τεκμηρίου ότι συνομολογεί την ακρίβεια της πραγματικής βάσεως των ισχυρισμών της προσφεύγουσας εταιρίας μας (ΑΕΠΠ 1130/2019). Ειδικότερα, εν προκειμένω, η παράλειψη δεν έγκειται στο γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε τις Απόψεις της στην Αρχή σας, αλλά στο ότι δια των υποβληθεισών Απόψεων ουδόλως θίγεται το σύνολο των εκ της προσφυγής μας ισχυρισμών, αφής στιγμής δια της υπό εξέταση προδικαστικής μας προσφυγής προβάλλουμε πληθώρα πλημμελειών, ήτοι ότι δια της προσβαλλόμενης αποδεικνύεται: (α) η μη ανταπόκριση της συμμετοχής της εταιρίας «****» στις απαιτήσεις των ποιοτικών κριτηρίων επιλογής λόγω λήξης

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

ήδη από το Φεβρουάριο 2020 και μη έγκαιρης ανανέωσης της έγκρισης ΕΦΕΤ ως προς την εγκατάσταση παραγωγής μαγειρεμένων φαγητών που η ανωτέρω εταιρία δήλωσε με την προσφορά της, (β) η δηλωθείσα εκ μέρους της εταιρίας «****» στήριξη στην τεχνική εμπειρία τρίτου φορέα (της εταιρίας «****») πάσχει, διότι αφενός αποδεικνύεται ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας δεν έχει δεσμευθεί να εκτελέσει την σύμβαση εφόσον ανατεθεί στον συμμετέχοντα, επιπλέον διότι η άδεια του τρίτου οικονομικού φορέα (που κατά την πρόσκληση απαιτείται να εκτελέσει τη σύμβαση) δεν ανταποκρίνεται στα αυτά ποιοτικά κριτήρια της πρόσκλησης όρου 2.2.3 (σελ 13) και ότι υφίσταται αντικειμενική αδυναμία εκπλήρωσης των υπό ανάθεση υπηρεσιών, (γ) παρά το γεγονός ότι είχαμε θέσει συγκεκριμένες αιτιάσεις για την προσφορά σε τιμές κάτω του κόστους εκ μέρους της μειοδότης, διά του από 11.4.2020 υπομνήματος μας, η αναθέτουσα αρχή μη νόμιμα τις αγνόησε, (δ) από την απλή επισκόπηση της προσβαλλόμενης Απόφασης, ότι η διαδικασία ελέγχου άρθρου 88, του ν. 4412/2016 ήταν τυπική, ουδόλως η αναθέτουσα αρχή ήλεγξε την περίπτωση εκτέλεσης του έργου επί ζημιά, ούτε η μειοδότης εταιρία υπέβαλε εμπειριστατωμένα στοιχεία για την απόδειξη της βιωσιμότητας της προσφοράς της (βλ ΑΕΠΠ 99/2019 σκέψη 44), ενώ η οικονομική προσφορά της είναι προδήλως ζημιογόνα και (ε) η αιτιολογία αποδοχής των παρασχεθεισών διευκρινίσεων είναι μη νόμιμη, καθότι η προσφορά οφείλει κατά την κατάθεση της να είναι νόμιμη και δεν επιτρέπεται να καλύπτονται οι πλημμέλειες και να μετακυλύεται ο έλεγχος των στοιχείων παραδεκτού της προσφοράς, κατά την εκτέλεση (βλ. Ε.Α. 791/2008, 840/2008, 1172/2008, 39,58/2009, ΔΕφαΘ 512/2011, 66/2012). Επί των ανωτέρω ισχυρισμών, η αναθέτουσα αρχή επιλέγει όπως αντικρούσει μόνον την πρώτη εκ των ως άνω αιτιάσεων και επιμέρους την δεύτερη, ήτοι η αναθέτουσα αρχή εισφέρει επιχειρήματα μόνον υπεραμυνόμενη την “νόμιμη” αδειοδότηση της εγκατάστασης της μειοδότης εταιρίας και τη σύννομη συμμετοχή του τρίτου οικονομικού φορέα «****» ως προς την “από κοινού ευθύνη” του για την εκτέλεση της σύμβασης - αγνοώντας ότι εκ των εγγράφων της σύμβασης ο τρίτος είναι που υποχρεούται αποκλειστικά όπως εκτελέσει τη σύμβαση. Συνομολογεί επομένως η αναθέτουσα αρχή την βασιμότητα των ισχυρισμών μας

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

(α) περί την μη ανταπόκριση της εταιρίας «****» στα αυτά ποιοτικά κριτήρια της πρόσκλησης όρου 2.2.3 (σελ 13) και περί την αντικειμενική αδυναμία εκπλήρωσης των υπό ανάθεση υπηρεσιών {Μέρη «B.ü. Επιπλέον η άδεια του τρίτον οικονομικού φορέα, εταιρίας ****, πον αποτελεί τελικά το φορέα εκτέλεσης της σύμβασης δεν ανταποκρίνεται στα ποιοτικά κριτήρια της πρόσκλησης όρο 2.2.3 αυτής (σελ 13)» & «B.iii. Μη ανταπόκριση στις απαιτήσεις των ποιοτικών κριτηρίων επιλογής και αντικειμενική αδυναμία εκπλήρωσης των υπό ανάθεση υπηρεσιών» προσφυγής μας), (β) περί την κατ' ουσίαν αγνόηση όσων είχαμε εισφέρει ενώπιον της δια υπομνημάτων {Μέρος «Γ. Παραβίαση της υποχρέωσης ουσιαστικής εξέτασης του από 11.4.2020 υπομνήματος μας περί υποβολής τιμών κάτω του κόστους - Παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας απάντησης εκ της αναθέτουσας αρχής» προσφυγής μας), (γ) περί της ζημιογόνου οικονομικής προσφοράς της μειοδότης (το σύνολο του Μέρους Δ της προσφυγής μας), και (δ) περί της μη νόμιμης αιτιολογίας αποδοχής των εκ της μειοδότης διευκρινίσεων και της απαράδεκτης μετακύλισης του ελέγχου των στοιχείων παραδεκτού της προσφοράς κατά την εκτέλεση της σύμβασης {Μέρος «Ε. Νομικά Πλημμελής η Απόφαση 816/28ης Συν/15.04.2020 καθ ' ο μέρος αποδέχεται τις παρασχεθείσες εκ της εταιρίας «****» διευκρινίσεις» προσφυγής μας). ΙΓΙ.β. Ανεπίτρεπτη απόπειρα διάσωσης της αθεράπευτης πλημμέλειας της προσφοράς της μειοδότης ως προς την μη πλήρωση του ποιοτικού κριτηρίου επιλογής της νομίμως αδειοδοτημένης μονάδας εγκατάστασης (Μέρος Α' & Β' Απόψεων). Η αναθέτουσα αρχή, επικαλούμενη το με αριθ. πρωτ. 3818/27.04.2020 έγγραφο του Ε.Φ.Ε.Τ., υιοθετεί το αστήρικτο στο νόμο συμπέρασμα του Ενιαίου Φορέα Ελέγχου Τροφίμων ότι «με μόνη την παρέλευση του τριμήνου, εάν δεν διενεργηθεί έλεγχος εκ μέρους της τοπικά αρμόδιας Κτηνιατρικής Υπηρεσίας της οικείας Περιφέρειας και εισήγησή της στον ΕΦΕΤ για έκδοση διοικητικής πράξης δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η χορηγηθείσα έγκριση έχει αυτοδικαίως ανακληθεί». Πλην όμως, εκ της απόψεως αυτής, εισφέρεται μη νόμιμα, όλως λανθασμένα, και καθ' ύλην αναρμοδία, ερμηνεία των εφαρμοστέων νομοθετικών διατάξεων ως προς την διαδικασία χορήγησης πλήρους έγκρισης εγκατάστασης.

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

Επί τη βάσει του εφαρμοστέου νομικού πλαισίου, που επικαλούμαστε στις παρ. 16 και 17 της υπό εξέταση προδικαστικής μας προσφυγής, δε δικαιολογείται, δε, ούτε η χορήγηση πλήρους έγκρισης που, εκκρεμούσης της εξέτασης της προηγηθείσας προδικαστικής μας προσφυγής από το αρμόδιο Κλιμάκιο της Αρχής σας, και εν μέσω της πανδημίας της νόσου covid-19, πληροφορηθήκαμε ότι χορηγήθηκε την 29η.04.2020 από τον ΕΦΕΤ, και ήδη πλέον τούτο επιβεβαιώνεται εκ της αναθέτουσας αρχής, διότι δεν νοείται νόμιμη χορήγηση πλήρους έγκρισης εφόσον δεν είχε διενεργηθεί νέος επίσημος έλεγχος της εγκατάστασης εντός τριών μηνών από τη χορήγηση της υπό όρους έγκρισης, ήτοι μέχρι την 19.02.2020 (καθώς η υπό όρους έγκριση είχε χορηγηθεί στις 19.11.2019). Για την όλως απαράδεκτη επίκληση του - οψιγενούς - με αριθ. πρωτ. 3890/29.04.2020 εγγράφου ΕΦΕΤ περί χορήγησης πλήρους έγκρισης της εγκατάστασης της μειοδότης εταιρίας, και προς αποφυγή επαναλήψεων αναφερόμαστε και επικαλούμαστε την παρ. 18 της υπό εξέταση προδικαστικής μας προσφυγής, επισημαίνοντας ότι και μόνον διά της επίκλησης αυτού του εγγράφου προς απόπειρα διάσωσης της προσφοράς της μειοδότης, επιβεβαιώνεται πέρα από κάθε αμφιβολία η αναδειχθείσα διά του πρώτου λόγου της προσφυγής μας πλημμέλεια που καθιστά κατά δέσμια αρμοδιότητα απορριπτέα την προσφορά της, άνευ αναλογικής εφαρμογής της παρ. 2 άρθρου 103 του ν. 4412/2016, καθώς το άρθρο 103 αφορά στα δικαιολογητικά κατακύρωσης και όχι σε αποδεικτικά ανταπόκρισης στα ποιοτικά κριτήρια συμμετοχής και ιδιότητες, τις οποίες ο υποψήφιος ανάδοχος οφείλει το πρώτον να διαθέτει κατά τη στιγμή της υποβολής της προσφοράς του και καθ'όλη τη διάρκεια αξιολόγησης και εκτέλεσης της σύμβασης (βλ ad hoc ΑΕΠΠ 1033/2018 σκέψη 20 και 43-44, που επικυρώθηκε διά της Απόφασης Ν21/2018, ΑΕΠΠ 468/2019 σκέψη 15 που επικυρώθηκε διά της ΕΑ ΣτΕ 189/2019). Επιπλέον, ακόμη και υπό την υπόθεση εργασίας ότι υπήρχε δυνατότητα αναλογικής εφαρμογής της παρ. 2, άρθρου 103 του ν. 4412/2016, η μειοδότης δεν απέδειξε ότι η ίδια είχε ενημερώσει την καθ'ής αρχή για την ανυπαίτια εκ μέρους της αδυναμία προσκόμισης δικαιολογητικών, δεν είχε ζητήσει προθεσμία, ούτε επικαλέστηκε οποιαδήποτε ενέργειά της προς τον ΕΦΕΤ για την παράταση της

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

υπό όρους έγκρισης της εγκατάστασής της ή την πλήρη έγκριση, ενώ αντίθετα, η παρ. 2, του άρθρου 103, του ν. 4412/2016 ορίζει την προϋπόθεση ότι ο προσωρινός ανάδοχος έχει «υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών». Καμία ολιγωρία δε, δεν δύναται να δικαιολογηθεί λόγω της πανδημίας, που υποτίθεται ότι είχε ξεσπάσει τον Ιανουάριο 2020. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, προς διάσωση της προσφοράς της μειοδότης επικαλείται δια των Απόψεών της τόσο το με αριθ. πρωτ. 447/18.03.2020 έγγραφο περί δήθεν αυτοδίκαιης παράτασης έγκρισης λειτουργίας εγκαταστάσεων που λειτουργούν με υπό όρους χορήγηση έγκρισης, όσο και το με αριθ. πρωτ. 3818/27.04.2020 έγγραφο ΕΦΕΤ. Πλην όμως, τα εν λόγω έγγραφα, πλήρη αντίκρουση των οποίων εισφέρουμε στις παρ. 19 έως 21 της υπό εξέταση προσφυγής μας τις οποίες και επικαλούμαστε προς αποφυγή επαναλήψεων, δεν θεραπεύουν την έλλειψη αδείας λειτουργίας της παραγωγικής μονάδας της μειοδότης, καθώς (α) το με αριθ. πρωτ. 447/18.03.2020 έγγραφο δεν αφορά σε εργαστήριο παραγωγής μαγειρεμένων φαγητών (catering) όπως της εταιρίας «*****» αλλά άλλες μονάδες (σφαγεία, ιχθυόσκαλες, μονάδες τεμαχισμού νωπών αλιευτικών προϊόντων κ.α. βλ παρ. 2 α, άρθρου 3, πδ 79/2007, ως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 16 παρ. 2 Ν.4587/2018, ΦΕΚ Α 218/24.12.2018, βλ και πδ 211/2006) και (β) το δε με αρ. πρωτ. 3818/27.04.2020 έγγραφο ΕΦΕΤ αλλοιώνει και τροποποιεί όλως απαραδέκτως την υποβληθείσα προσφορά της μειοδότης, αφής στιγμής προσκομίζεται οψιγενώς. Οφείλουμε να επισημάνουμε ότι είναι άλλο ζήτημα εάν υφίσταται ευθύνη του ΕΦΕΤ και των αρμοδίων για τους ελέγχους υπηρεσιών ως προς το ζήτημα της μη έγκαιρης διενέργειας ελέγχου της εγκατάστασης της προσφέρουσας, που δε δικαιολογεί, όμως, την έκδοση του, επικαλούμενου εγγράφου 3818/27.04.2020 κατά το οποίο αντίθετα με τις ρητές διατάξεις των Κανονισμών της Ευρωπαϊκής Ένωσης που επικαλούμαστε δια της προσφυγής μας, συνάγεται η δήθεν αυτοδίκαιη παράταση της έγκρισης υπό όρους για τη διάσωση των προσχημάτων, την κάλυψη της ολιγωρίας της

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

εταιρίας “*****” και τη διάσωση εκ των υστέρων της προσφοράς της. Ειδικότερα, οι αρμοδιότητες του Ενιαίου Φορέα Ελέγχου Τροφίμων, οριοθετούνται εκ των διατάξεων του Ν. 2741/1999 (ΦΕΚ Α'199), ως ισχύει, και ουδόλως επιτρέπεται να εκφεύγουν της έκτασης αυτών. Ειδικότερα, σκοπός του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου με την επωνυμία «Ενιαίος Φορέας Ελέγχου Τροφίμων (Ε.Φ.Ε.Τ.)», αποτελεί ρητά και περιοριστικά ο αναφερόμενος στο άρθρο 1 του Ν. 2741/1999, ήτοι η πιστή εφαρμογή των οριζομένων διαδικασιών στις Οδηγίες της Ε.Ε. και η πιστή εφαρμογή των οριζομένων στις διατάξεις της εσωτερικής νομοθεσίας αντίστοιχα, και όχι η ερμηνεία των εφαρμοστέων νομοθετικών διατάξεων, ως επιχειρήθηκε δια του με αριθ. πρωτ. 3818/27.04.2020 εγγράφου ΕΦΕΤ, κατά το οποίο, οι ως άνω ισχύουσες εφαρμοστέες νομοθετικές διατάξεις ερμηνεύονται εσφαλμένα, και καθ' ύλην αναρμόδια. Εξάλλου, η επίκληση στο ως άνω από 27.04.2020 έγγραφο του ΕΦΕΤ στις διατάξεις της παρ. 3 άρθρου 7 της ΚΥΑ 1288/2017 (ΦΕΚ Β'1 763/2017), που παραπέμπουν στις παρ. 7, 8, 9, και 10 του άρθρου 6 αυτής, προβάλλεται αλυσιτελώς, καθότι εκ των εν λόγω διατάξεων αποδεικνύεται ακριβώς ότι δεν νοείται χορήγηση πλήρους έγκρισης εάν δεν προηγηθεί αφενός, η θετική εισήγηση του κλιμακίου επισήμων κτηνιάτρων και το συμπληρωμένο ανάλογα με τη δραστηριότητα της επιχείρησης έντυπο ελέγχου, αφετέρου, ο επιτόπιος έλεγχος από τους κτηνιάτρους των Περιφερειακών Δ/σεων του ΕΦΕΤ ή της Αρμόδιας Δ/σης της Κεντρικής Υπηρεσίας του ΕΦΕΤ. Προϋποθέσεις που εν προκειμένω ουδόλως τηρήθηκαν ως αποδεικνύεται εκ του επικαλούμενου εκ της αναθέτουσας εγγράφου με αριθ. πρωτ. 447/85958/18.03.2020 της Διεύθυνσης Κτηνιατρικής Δημόσιας Υγείας στο οποίο αναφέρεται ότι στις εγκαταστάσεις που λειτουργούν με χορήγηση έγκρισης υπό όρους που λήγει άμεσα, η έγκριση υπό όρους παρατείνεται αυτόματα για επιπλέον τρεις μήνες χωρίς να προηγηθεί επιτόπιος έλεγχος των αρμόδιων κτηνιατρικών αρχών της εκάστοτε Π.Ε. (βλ σχετ. 11). III.ν Απαραδέκτη επέμβαση εκ τικ αναθέτουσας στο περιεχόμενο της παρασχεθείσας προς την παρεμβαίνουσα εταιρία «*****» δάνεια εμπειρία (Μέρος Γ' Απόψεων) Εκ της υπό εξέταση προδικαστικής μας προσφυγής, διαλάβαμε πλήρως τεκμηριωμένα ότι κατά το επίμαχο ποιοτικό κριτήριο της πρόσκλησης 2.2.3 «Κριτήρια Ποιοτικής

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

Επιλογής» και το άρθρο 78 του ν. 4412/2016, όταν η δανειζόμενη εμπειρία αφορά στην επικαλούμενη επαγγελματική εμπειρία, τότε η σύμβαση εκτελείται από τον τρίτο οικονομικό φορέα που παρέχει τη στήριξη στον προσφέροντα οικονομικό φορέα, διότι πρόκειται για την περίπτωση που οι δυνατότητες του τρίτου οικονομικού φορέα δε δύνανται να μεταβιβασθούν στον προσφέροντα-συμμετέχοντα στο διαγωνισμό, με αποτέλεσμα ο τελευταίος να μπορεί να στηριχθεί σε αυτές τις δυνατότητες, μόνο εάν ο συγκεκριμένος τρίτος οικονομικός φορέας έχει άμεση και προσωπική συμμετοχή στην εκτέλεση της επίμαχης, υπό ανάθεση σύμβασης (βλ. Β. Χριστιονός/Θ. Πανάγος, Δημόσιες Συμβάσεις- Ερμηνεία κατ' άρθρο, 2018, σελ. 176-178, sakkoulas online), (βλ. Δ. Ράικο/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις - Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τόμ.1, 2018, σελ. 746-757, sakkoulas online). Εν προκειμένω, η εταιρία «****», για την παρούσα συμμετοχή της στον οικείο διαγωνισμό, στηρίζεται πλήρως στην επαγγελματική/τεχνική εμπειρία τρίτου οικονομικού φορέα, ήτοι της εταιρίας «*****», η οποία εδρεύει στα Ιωάννινα (βλ σχετ. 15, 16, 17, 18, 19), όπου και διατηρεί την παραγωγική της μονάδα, δεδομένο κρίσιμο για τη δυνατότητα εκτέλεσης του παρόντος έργου, προκειμένης της παραδεκτής στήριξης στις ικανότητες της τελευταίας ως προς την ποιοτική απαίτηση εμπειρίας, κατά τα ανωτέρω. Όπως αποδεικνύεται από το φάκελο του διαγωνισμού και ιδίως από το μεταξύ τους από 7.4.2020 Ιδιωτικό Συμφωνητικό περί παροχής δάνειας τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας μεταξύ της εταιρίας **** και της εταιρίας ***** (βλ. σχετ. 18) και από την από 7.4.2020 υπεύθυνη δήλωση της νομίμου εκπροσώπου της εταιρίας **** (βλ. σχετ. 19) παρέχεται αορίστως δάνεια τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και δηλώνεται ότι η τρίτη εταιρία είναι «από κοινού υπεύθυνη για την εκτέλεση της σύμβασης», συμφωνήθηκε, δε, ρητά να διατεθούν «κατάλληλα στοιχεία που αποδεικνύουν την εμπειρία σε συμβάσεις παροχής υπηρεσιών παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων [...] των τριών τελευταίων ετών» «να παραδώσει [...] κατάλληλες συστάσεις από φορείς για συμβάσεις που έχουν συναφθεί και εκτελεστεί κατά τα έτη 2017-2019 καθώς και τυχόν αναγκαία στοιχεία και οποιοδήποτε άλλο έγγραφο κριθεί αναγκαίο προκειμένου η αφενός

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

συμβαλλόμενη να τα καταθέσει — συνυποβάλει μαζί με το φάκελο συμμετοχής της στην αναθέτουσα αρχή του προμνημονευθέντος διαγωνισμού» (βλ. σχετ. 18). Εκ των στοιχείων, λοιπόν, του φακέλου και ιδίως εκ του Πρακτικού ΔΣ της εταιρίας *****, του ιδιωτικού συμφωνητικού και της υπεύθυνης δήλωσης (βλ. σχετ. 17,18,19), αποδεικνύεται ότι ουδόλως έχει αναληφθεί δέσμευση εκ μέρους του τρίτου οικονομικού φορέα «*****» για την εκτέλεση εξ αυτού της σύμβασης, ως ειδικώς απαιτείται εκ του άρθρου 78, ν. 4412/2016 και εκ της οικείας ανωτέρω απαίτησης της διακήρυξης, ούτε μπορεί αυτό να συναφθεί από την εν γένει ανάληψη από κοινού ευθύνης για την εκτέλεση της σύμβασης, καθώς κατά τους όρους της πρόσκλησης, είναι ο τρίτος φορέας που όφειλε να έχει δεσμευθεί για την προσήκουσα εκτέλεση αυτής και όχι για την απλή ανάληψη της ευθύνης. Είναι συνεπώς απορριπτικά η συμμετοχή της εταιρίας «*****», καθώς δεν απέδειξε προσηκόντως ότι ο τρίτος φορέας, εταιρία *****, έχει δεσμευθεί να διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους και να εκτελέσει η ίδια τη σύμβαση (βλ ΑΕΠΠ 135/2017, 30/2018, 641/2018) διότι δεν απέδειξε στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα του φορέα που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ Αποφάσεις ΔΕΕ της 18/3/2004, C-314/01 Siemens και ARGE Telekom, Αποφάσεις ΑΕΕ, της 12.7.2001, C-399/98, Ordine degli Architetti, σκ. 90-92, της 2.12.1999, C-176/98, Holst Italia, σκ. 24 -31, πρβλ. απόφαση ΑΕΕ της 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep, σκ. 13-14, ΣτΕ 3306/1991, πρβλ. ΣτΕ 896/2009 και ΣτΕ ΕΑ 284, 409/2013 και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 253/2017 και 30/2018), απορριπτομένου του αντιθέτου ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής ως αβάσιμου, και δη αορίστως και αναποδείκτως προβαλλόμενου. IV.

Συμπερασματικά - Συνοπτική έκθεση τιθέμενων ζητημάτων. Ως εκ τούτων, δια των από 6.07.2020 Απόψεων της Περιφέρειας *****, εισφέρονται όλως αβάσιμα, νόμω και ουσία, επιχειρήματα, τα οποία, συνακόλουθα, καθίστανται απορριπτικά. Προς επίρρωση δε, της με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 829/2020 επίμαχης προσφυγής μας, επισημαίνουμε ότι η προσβαλλόμενη της παρούσας απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας *****, καθίσταται απορριπτικά και για τους ακόλουθους, βάσιμους - δη συνοπτικά αναφερόμενους

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

- λόγους: (i) αφής στιγμής ο τρίτος οικονομικός φορέας πρόκειται να διαθέσει στην προσφέρουσα εταιρία «*****» τους πόρους της τεχνικής επαγγελματικής ικανότητας προς πλήρωση του ποιοτικού κριτηρίου επιλογής δια του οποίου απαιτείται η διάθεση «εμπειρίας από τουλάχιστον μία σύμβαση συναφούς αντικείμενου, η οποία πρέπει να έχει εκτελεστεί επιτυχώς εντός της τελευταίας τριετίας», τότε, ως ρητά, με σαφήνεια, και χωρίς αμφισημία ορίζεται στην παρούσα πρόσκληση, (Ποιοτικά κριτήρια σελ. 13) ο τρίτος οικονομικός φορέας που παρέχει στήριξη αναφορικά με την επαγγελματική εμπειρία είναι ο υπόχρεος οικονομικός φορέας για την εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών. Εν προκειμένω, ουδόλως έχει αναληφθεί δέσμευση εκ μέρους του τρίτου οικονομικού φορέα «*****» για την εκτέλεση της σύμβασης, ως ειδικώς απαιτείται εκ του άρθρου 78, ν. 4412/2016 και εκ της οικείας απαίτησης της διακήρυξης, ούτε μπορεί αυτό να συναφθεί από την εν γένει ανάληψη από κοινού ευθύνης για την εκτέλεση της σύμβασης, καθώς κατά τους όρους της πρόσκλησης, είναι ο τρίτος φορέας που όφειλε να έχει δεσμευθεί για την προσήκουσα εκτέλεση αυτής (βλ. παρ. 22 έως 26 προσφυγής μας). Εκ των ανωτέρω έπεται ότι οφείλει και ο ίδιος ο τρίτος φορέας να διαθέτει τα ποιοτικά κριτήρια για την εκτέλεση της σύμβασης, ήτοι να διαθέτει αδειοδοτημένη μονάδα ημερήσιας δυναμικότητας 25.000 μερίδων, προκειμένου η συμμετοχή να είναι παραδεκτή. Πλην, όμως, ως αποδεικνύεται εκ των ισχυρισμών της προσφυγής μας, για τη χορήγηση άδειας λειτουργίας στην εταιρία ***** η ημερήσια δυναμικότητα της μονάδας της περιορίζεται μόνον σε 10.000 μερίδων φαγητού ημερησίως. Οιοδήποτε επιχείρημα δε, περί του ότι δεν απαιτείται η παρασκευή, διάθεση και διανομή των γευμάτων να γίνεται από την ίδια παραγωγική μονάδα, έρχεται σε ευθεία αντίθεση αφενός με το ρητό και αδιάσπικτο όρο της πρόσκλησης (σελ 13 που απαιτεί την εκτέλεση της σύμβασης από τον πάροχο τεχνικής εμπειρίας), αφετέρου με τη νομοθεσία περί HACCP (.Κανονισμούς (ΕΚ) αριθ. 178/2002, 852/2004, 853/2004, 882/2004, 2073/2005, 1935/2004, 2023/2006 της Ευρωπαϊκής Ένωσης) που έχουν υιοθετηθεί διά της ΥΑ 47829 (ΦΕΚ Β' 2161/23.06.2017), κατά την οποία η τήρηση των διαδικασιών HACCP αφορά κάθε εταιρία στην οποία η πιστοποίηση αφορά, στο δικό της προσωπικό, μέσα

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

και μεθόδους και δεν επιτρέπεται να «μετακομίσει» η παραγωγή μίας εταιρίας που διαθέτει για τις εγκαταστάσεις και το προσωπικό της πιστοποίηση HACCP σε εγκαταστάσεις άλλης (βλ. παρ. 27 προσφυγής μας). (iii) Ως έχει αποδειχθεί, εκ της προσβαλλόμενης Απόφασης στην οποία περιέχεται το Πρακτικό της Επιτροπής με αρ. 19/2020 (βλ σελ 4-5 Σχετικό 2), η Επιτροπή έλαβε γνώση των αιτιάσεων μας και των υποστηρικτικών εγγράφων περί των πλημμελειών της οικονομικής προσφοράς της μειοδότηρας, πλην, όμως ουδόλως τις αξιολόγησε, παρά το γεγονός ότι είχαμε επιστήσει την προσοχή προβάλλοντας ειδικούς ισχυρισμούς, στο γεγονός ότι η προσφορά της μειοδότηρας είναι καταφανώς ζημιογόνα, δεν καλύπτει το ελάχιστο κόστος ούτε τις νόμιμες επιβαρύνσεις, και είχαμε υποβάλει την αναγκαία τεκμηρίωση. Δεδομένων των ειδικών, δη τεκμηριωμένων ισχυρισμών μας, γεννήθηκε υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει και όχι να αγνοήσει πλήρως τις αιτιάσεις μας, εν προκειμένω, όμως, η αναθέτουσα αρχή αιτήθηκε τυπικά τη δικαιολόγηση της τιμής, αγνόησε και δεν αξιολόγησε τους ισχυρισμούς μας περί σοβαρότατης απόκλισης εκ της αγοραίας τιμής για αντίστοιχες υπηρεσίες, και ουδόλως απάντησε στην εταιρία μας επί της αιτίασης εκτέλεσης του έργου επί ζημία, λόγος που αυτοτελώς στηρίζει την αποδοχή της προσφυγής μας (βλ ΑΕΠΠ349/2018 σκέψη 39, 671/2019 σκέψη 27, ΣτΕ 4249/2010, 3546/2009, ΕπΑνΣτΕ 295/2011, 1260, 41/2010, 815, 747, 127/2009, 1079, 1069/2009, 866, 187, 45/2008, ΔΕΦΑΘ (ακυρωτικό) 1528/2014, και Ε.Σ. VI Τμ. 70/2012, 3202, 2235, 2234, 2232, 2090, 584/2011, 3678, 3355, 3134/2009) (βλ. παρ. 34 προσφυγής μας). (iv) Κατά την πάγια νομολογία, τόσο της Αρχής σας, όσο και των Διοικητικών Δικαστηρίων, έχει κριθεί ότι οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται όπως συνυπολογίσουν εντός της οικονομικής τους προσφοράς τις νόμιμες υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση που προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία. Ως τέτοια δε, θεωρείται το ποσοστό 4% προκαταβολής φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013 (ΔΕΦΑΘ 25/2019, 261/2019- δια της οποίας επικυρώθηκε η με αριθ. 650/2019 Απόφαση ΑΕΠΠ - , 268/2019 - δια της οποίας επικυρώθηκε η με αριθ. 692,693/2019 Απόφαση ΑΕΠΠ - , 10/2020 - δια της οποίας επικυρώθηκε η με αριθ. 1193,1194/2019

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

απόφαση ΑΕΠΠ - ΑΕΠΠ 135/2019, 1101/2019, 9/2020, 267/2020). Εν προκειμένω, η μειοδότηρια εταιρία δεν έχει συνυπολογίσει στην οικονομική της προσφορά το προβλεπόμενο ποσοστό παρακράτησης φόρου εισοδήματος 4%, ως εκ τούτου ίσταται ελλιπής (βλ. παρ. 35 έως και 51 προσφυγής μας). (v) Συναφώς, λόγω της υπέρμετρα αυτής χαμηλής προσφοράς συνομολογείται κατά την προσβαλλόμενη απόφαση ότι τίθεται σε κίνδυνο η προσήκουσα εκτέλεση των επίμαχων υπηρεσιών, όμως, μη νόμιμα, κατά την ίδια προσβαλλόμενη, ο έλεγχος της νομιμότητας της οικονομικής προσφοράς της αναδόχου για το Τμήμα Γ' «*****» μετακυλιέται το στάδιο της εκτέλεσης των υπηρεσιών το οποίο δεν επιτρέπεται ούτε για να προληφθεί οιαδήποτε παράβαση του τρόπου εκτέλεσης των υπηρεσιών και του περιεχομένου αυτών, καθώς η προσφορά οφείλει να κριθεί εκ των προτέρων απορριπτικά. Τούτο διότι, κατά τον τρόπο αυτό παραβιάζεται ευθέως η αρχή της νομιμότητας, της διαφάνειας, της ισότητας των διαγωνιζομένων και δημιουργούνται συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού, ενώ παράλληλα η αιτιολογία αποδοχής των παρασχεθεισών διευκρινίσεων εκ της μειοδότηριας είναι μη νόμιμη, καθότι η προσφορά οφείλει ήδη κατά την κατάθεση της να είναι νόμιμη και δεν επιτρέπεται να καλύπτονται οι πλημμέλειες και να μετακυλιέται ο έλεγχος των στοιχείων παραδεκτού της προσφοράς, κατά την εκτέλεση (βλ. Ε.Α. 791/2008, 840/2008, 1172/2008, 39, 58/2009, ΔΕφΑΘ 512/2011, 66/2012). Η εν λόγω μετακύλιση στο στάδιο εκτέλεσης, ουδόλως αποτελεί σύσταση προς τις αρμόδιες επιτροπές παρακολούθησης της εκτέλεσης, αλλά αντιθέτως, αποτελεί ανεπίτρεπτη μετάθεση και δη αναίρεση ευθυνών που η αναθέτουσα αρχή όφειλε ήδη να έχει αποδώσει στη μειοδότηρια δια της απόρριψης της προσφοράς ως προδήλως ζημιογόνας (βλ. παρ. 52 έως 58 προσφυγής μας)».

16. Επειδή, αναφορικά με τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας που αφορούν στο απαράδεκτο της υπόψιν Προσφυγής, γίνονται δεκτά όσα εκτίθενται στις σκέψεις 8-9 της παρούσας, απορριπτόμενων των ισχυρισμών αυτών.

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

17. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016, οι οποίες διέπουν την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία, προβλέπονται τα εξής : Στο άρθρο 75 με τίτλο : «Κριτήρια επιλογής» ορίζεται ότι : «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. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης {...} 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος» και στο άρθρο 78 με τίτλο : «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» ορίζεται ότι: «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

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 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». Κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων, οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται, κατά την υποβολή της προσφοράς τους, να δηλώνουν την στήριξή τους στις δυνατότητες ενός ή και περισσότερων τρίτων οικονομικών φορέων, για την πλήρωση διαμέσου αυτών των κριτηρίων τεχνικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που απαιτεί η διακήρυξη για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, στο πρόσωπο των οποίων δεν θα πρέπει να συντρέχουν οι προβλεπόμενοι κατά τη διακήρυξη και τα άρθρα 73 και 74 του Ν. 4412/2016 λόγοι αποκλεισμού. Περαιτέρω, από τα οριζόμενα στην υπ' αριθ. 14/2016 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.Σ.Υ. προκύπτει ότι για την προσφυγή στη δάνεια εμπειρία είναι

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

αδιάφορη η φύση του δεσμού του υποψήφιου οικονομικού φορέα με τον τρίτον φορέα, τις δυνατότητες του οποίου επικαλείται για να αποδείξει την καταλληλότητα του για την σύναψη της σύμβασης, όπως αδιάφορος είναι και ο χαρακτήρας του τρίτου οικονομικού φορέα, ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο, αρκεί να προσκομίζεται το ιδιωτικό συμφωνητικό που αποδεικνύει τη δέσμευση του τρίτου οικονομικού φορέα να διαθέσει προς τον προσφέροντα τα αναγκαία μέσα για την εκτέλεση της σύμβασης.

18. Επειδή, με τους όρους της υπ' αριθ. *****/06.04.20 Πρόσκλησης, η οποία θέτει το κανονιστικό πλαίσιο του οικείου διαγωνισμού, προβλέπονται τα εξής : Στην παράγραφο 1.3. με τίτλο «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» προβλέπεται ότι : «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΙΔΩΝ ΣΙΤΙΣΗΣ (ΕΤΟΙΜΩΝ ΓΕΥΜΑΤΩΝ) ΓΙΑ ΕΥΠΑΘΕΙΣ ΟΜΑΔΕΣ ΤΩΝ ΔΗΜΩΝ ΤΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ *****, ΛΟΓΩ ΠΑΝΔΗΜΙΑΣ COVID-19. Ειδικότερα περιλαμβάνονται: Δυο γεύματα ημερησίως (βλέπε παράρτημα Ι) τα οποία θα παραδίδονται με ευθύνη των Δήμων σε δικαιούχους του προγράμματος μια φορά την ημέρα. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε οκτώ (8) τμήματα που αφορούν στις ακόλουθες Περιφερειακές Ενότητες: Βορείου Τομέα *****, Δυτικού Τομέα *****, Κεντρικού Τομέα *****, Νοτίου Τομέα *****, Πειραιώς, Ανατολικής *****, Δυτικής *****, και Νήσων. Σε κάθε Περιφερειακή Ενότητα περιλαμβάνονται και οι ανάγκες δομών της Εκκλησίας που πραγματοποιούν συσσίτια. Οι Δήμοι κάθε Περιφερειακής Ενότητας καθώς και ο αριθμός των γευμάτων που αντιστοιχεί σε κάθε Δήμο ξεχωριστά και τα οποία ο ανάδοχος υποχρεούται να παρασκευάζει και να μεταφέρει σύμφωνα με όσα ορίζονται στο Παράρτημα Ι απεικονίζονται στον Πίνακα 2 του Παραρτήματος Ι. Το πλήθος των παρεχόμενων γευμάτων δύναται να τροποποιείται κατόπιν αιτήματος της Αναθέτουσας Αρχής και της σύμφωνης γνώμης του Αναδόχου. Το αντικείμενο και τα τεχνικά χαρακτηριστικά των υπό προμήθεια ειδών της σύμβασης, περιλαμβάνονται αναλυτικά στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι (ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ) που αποτελεί αναπόσπαστο προσάρτημα της Διακήρυξης. Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στον ακόλουθο κωδικό

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) :***** Έτοιμα Γεύματα Προσφορές υποβάλλονται για κάθε Τμήμα χωριστά από τον οικονομικό φορέα. Ο οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλει προσφορά για ένα Τμήμα, για περισσότερα ή για όλα τα Τμήματα. Η κατακύρωση θα πραγματοποιηθεί ανά Τμήμα». Στην παράγραφο 2.2.3 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» ορίζονται τα εξής : «Κριτήρια Επιλογής. Για την απόδειξη της ποιοτικής επιλογής οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν: α) αδειοδοτημένες μονάδες ημερήσιας παραγωγικής δυναμικότητας 25.000 μερίδων, β) εμπειρία από τουλάχιστον μία σύμβαση συναφούς αντικειμένου, η οποία πρέπει να έχει εκτελεστεί επιτυχώς εντός της τελευταίας τριετίας, καθώς και γ) πιστοποιήσεις επί προτύπων HACCP. Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, 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. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ΄ του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων» Στην παράγραφο 2.2.4 με τίτλο «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής» ορίζεται ότι : «Α. Το δικαίωμα συμμετοχής του οικονομικού φορέα και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής του, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016. Ο οικονομικός φορέας δεν υποχρεούται να υποβάλει δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση διαθέτει ήδη τα ως άνω δικαιολογητικά και αυτά εξακολουθούν να ισχύουν. Β.2.Για την απόδειξη της καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

δραστηριότητας προσκομίζονται τα αποδεικτικά αδειοδότησης περί ημερήσιας παραγωγικής δυναμικότητας 25.000 μερίδων. {...} B.3. Για την απόδειξη της τεχνικής / επαγγελματικής ικανότητας προσκομίζονται τα αποδεικτικά εμπειρίας (συμβάσεις ή/και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης). B.4. Για την απόδειξη της τήρησης προτύπων διασφάλισης της ποιότητας προσκομίζονται οι πιστοποιήσεις επί προτύπων HACCP. B.5. Για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και εκπροσώπησης, στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο και υποχρεούται, κατά την κείμενη νομοθεσία, να δηλώνει την εκπροσώπηση και τις μεταβολές της σε αρμόδια αρχή (πχ ΓΕΜΗ) προσκομίζει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του. Στις λοιπές περιπτώσεις, προσκομίζει τα κατά περίπτωση νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, συγκρότηση Δ.Σ. σε σώμα, σε περίπτωση Α.Ε., κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του οικονομικού φορέα), συνοδευόμενα από υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου ότι εξακολουθούν να ισχύουν κατά την υποβολή τους. Για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και των μεταβολών του νομικού προσώπου, εφόσον αυτή προκύπτει από πιστοποιητικό αρμόδιας αρχής (πχ γενικό πιστοποιητικό του ΓΕΜΗ), αρκεί η υποβολή αυτού, εφόσον έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Στις λοιπές περιπτώσεις τα κατά περίπτωση νομιμοποιητικά έγγραφα νόμιμης σύστασης και μεταβολών (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του οικονομικού φορέα), συνοδευόμενα από υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου ότι εξακολουθούν να ισχύουν κατά την υποβολή τους. B.6. Στην περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων για την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζει, ιδίως, σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό». Εν συνεχεία, στην παράγραφο 2.4.3. της διακήρυξης με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά» ορίζεται ότι : «2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή του

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

οικονομικού φορέα στη διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 2.2.4. 2.4.3.2 Η Τεχνική Προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει τα εξής: α) Υπεύθυνη Δήλωση, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν. 1599/1986, όπως εκάστοτε ισχύει, στην οποία θα δηλώνεται ότι η προσφορά συντάχθηκε σύμφωνα με τους όρους της παρούσας, της οποίας έλαβε γνώση. β) αναλυτική περιγραφή των προσφερόμενων ειδών, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν. 2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης. Προσφορές υποβάλλονται για κάθε ΟΜΑΔΑ χωριστά από τον οικονομικό φορέα. Ο οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλει προσφορά για μία ΟΜΑΔΑ, για περισσότερες ή για όλες τις ΟΜΑΔΕΣ. Η κατακύρωση θα πραγματοποιηθεί ανά ΟΜΑΔΑ. Α. Τιμές Η τιμή των υπό προμήθεια ειδών δίνεται σε ευρώ ανά μονάδα. Οι προσφερόμενες τιμές είναι σταθερές καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και δεν αναπροσαρμόζονται. Ως απαράδεκτη θα απορρίπτεται η προσφορά του οικονομικού φορέα στην οποία: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή στο κεφάλαιο 2 του Παραρτήματος Ι της παρούσας διακήρυξης». Τέλος, στο Παράρτημα Ι της Πρόσκλησης με τίτλο «Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης» περιγράφονται αναλυτικά οι τεχνικές προδιαγραφές για την εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης.

19. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα 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

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

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 συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Άλλωστε, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων να συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

20. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζομένων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

21. Επειδή, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτουν, περαιτέρω, 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 και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

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, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37).

22. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι με το υπ'αριθ. 17/2020 Πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού αποσφράγισε και αξιολόγησε τους φακέλους «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» των διαγωνιζομένων, έκανε δε αποδεκτές τις υποβληθείσες προσφορές, πλην της προσφοράς της εταιρίας «*****», εν συνεχεία δε αποσφράγισε και αξιολόγησε τις οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων, ανέδειξε τους αναδόχους για κάθε τμήμα της δημοπρατούμενης σύμβασης και ως εκ τούτου εν τέλει εισηγήθηκε στο αποφασίζον όργανο της Οικονομικής Επιτροπής την έγκριση του υπ'αριθ. 17/2020 Πρακτικού. Παρόλα αυτά, με την υπ'αριθ. 767/20 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε να κληθούν οι διαγωνιζόμενοι των οποίων οι προσφορές ήταν λιγότερο από 2,50 ευρώ ανά γεύμα (προ ΦΠΑ) να παρέχουν επαρκής εξηγήσεις επί των οικονομικών τους προσφορών. Ως εκ τούτου, με το υπ'αριθ. 19/2020 Πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού αξιολόγησε τις υποβληθείσες εξηγήσεις, ζήτησε περαιτέρω διευκρινίσεις από την εταιρία «*****» αναφορικά με στοιχεία του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής της προσφοράς και αφού υποβλήθηκαν και αυτές, διαβίβασε το υπ'αριθ. 19/2020 Πρακτικό στην Οικονομική Επιτροπή προκειμένου να αποφανθεί επί των διευκρινίσεων που δόθηκαν από τους διαγωνιζόμενους. Τέλος, με την προσβαλλόμενη υπ'αριθ. 816/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής εν τέλει γίνονται δεκτές οι παρασχεθείσες από όλους τους διαγωνιζόμενους διευκρινίσεις και εγκρίνεται το υπ'αριθ. 17/2020 Πρακτικό αναφορικά με την ανάδειξη των αναδόχων για κάθε Τμήμα της δημοπρατούμενης σύμβασης. Εκ των ανωτέρω προκύπτει το

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

υπ'αριθ. 17/2020 Πρακτικό με το οποίο αξιολογήθηκαν οι φάκελοι δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων και κρίθηκαν οι αποδεκτές κατά το στάδιο τούτο προσφορές εγκρίθηκε μόνον με την προσβαλλόμενη υπ'αριθ. 816/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής και όχι με την προγενέστερη αυτής υπ'αριθ. 767/2020 απόφαση, ακόμα κι αν κατά την έκδοση της 767/2020 απόφασης είχε ενεργηθεί και η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών. Άλλωστε, από το περιεχόμενο του υπ'αριθ. 19/2020 Πρακτικού και της υπ'αριθ. 816/2020 απόφασης ειδικά η αξιολόγηση των δικαιολογητικών που αφορούσαν στη συμμετοχή και στην τεχνική προσφορά μίας εκ των διαγωνιζομένων εταιριών ολοκληρώθηκε κατόπιν σχετικών διευκρινίσεων που εν τέλει έγιναν αποδεκτές με την προσβαλλόμενη υπ'αριθ. 816/2020 απόφαση. Τούτων δοθέντων, παραδεκτώς προβάλλονται κατά το παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προσβολή της υπ'αριθ. 816/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής οι δια του πρώτου και του δεύτερου λόγου ισχυρισμοί αναφορικά με την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, απορριπτόμενων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της τελευταίας.

23. Επειδή, αναφορικά με τον προβαλλόμενο με τον πρώτο λόγο προσφυγής ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι το έγγραφο της με αριθ. πρωτ. 13538/19.11.2019 βεβαίωσης ΕΦΕΤ χορήγησης έγκρισης υπό όρους για χρονικό διάστημα τριών μηνών που υπέβαλε η εταιρία «*****», προς απόδειξη της αδειοδότησής της, κατά τους όρους της πρόσκλησης, είχε ήδη λήξει κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της, και σε κάθε περίπτωση η ισχύς του εν λόγω εγγράφου δεν παρετείνεται, διατυπώνονται τα εξής : Από το φάκελο προσφοράς της εταιρίας «*****» προκύπτει ότι προς απόδειξη της νόμιμης αδειοδότησής της προσκόμισε το με αριθ. πρωτ. 13538/19.11.2020 έγγραφο του ΕΦΕΤ με το οποίο της χορηγούνταν έγκριση υπό όρους για χρονικό διάστημα τριών (3) μηνών, στο σώμα του οποίου αναγράφεται ότι ο κατάλογος των εγκεκριμένων εγκαταστάσεων, μεταξύ των οποίων και οι εγκαταστάσεις

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

παραγωγής μαγειρευμένων φαγητών (catering), είναι καταχωρημένος στην ιστοσελίδα του ΕΦΕΤ. Επίσης προσκόμισε το με αριθ. πρωτ. 447/85958/18.3.2020 έγγραφο του Υπουργείου Αγροτικής Ανάπτυξης & Τροφίμων στο οποίο αναφέρεται ότι: «στις εγκαταστάσεις που λειτουργούν με χορήγηση έγκρισης υπό όρους που λήγει άμεσα (α' τρίμηνο, άρθρο 7, π.δ. 79/2007 και άρθρο 7 π.δ. 211/2006) η έγκριση υπό όρους παρατείνεται αυτόματα για επιπλέον 3 μήνες χωρίς να προηγηθεί επιτόπιος έλεγχος των αρμόδιων κτηνιατρικών αρχών της εκάστοτε Π.Ε.». Ακόμα, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι, η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να διαπιστώσει εάν η εταιρία «*****.» διαθέτει κατάλληλη άδεια σε ισχύ, απεύθυνε προς την αρμόδια υπηρεσία του ΕΦΕΤ το με αρ. 266352/24.4.20 έγγραφό της, ζητώντας συγκεκριμένα να της γνωστοποιηθεί εάν η έγκριση με αριθμό IMP 661 της εταιρίας «*****», όπως αναφέρεται στο αρ. 13538/19.11.2020 έγγραφό της, εξακολουθεί να είναι σε ισχύ, παρόλο που έχει εκπνεύσει το χρονικό διάστημα αυτής, δεδομένου ότι εξακολουθεί να συμπεριλαμβάνεται στον κατάλογο εγκεκριμένων εγκαταστάσεων παραγωγής μαγειρευμένων φαγητών, ο οποίος είναι αναρτημένος στην ιστοσελίδα της υπηρεσίας. Στο ερώτημα αυτό ο ΕΦΕΤ με το υπ'αριθ. πρωτ. 3818/27.4.2020 έγγραφό του απάντησε ότι : «Η έγκριση των εγκαταστάσεων τροφίμων ζωικής προέλευσης πραγματοποιείται σύμφωνα με τη διαδικασία του άρθρου 6 της ΚΥΑ 1288/2017, σε εφαρμογή του Κανονισμού Ε.Ε. 853/2003, αλλά και των Κανονισμών 854/2004 και 882/2004, όπως έχουν αντικατασταθεί από τον Κανονισμό 625/2017. Ειδικότερα, κατά την έννοια του άρθρου 148 παρ. 4 του ΕΚ 625/2017, το οποίο επαναλαμβάνει τη διάταξη της παρ. 2δ του άρθρου 31 του ΕΚ 882/2004, σε περίπτωση που η αρμόδια αρχή χορηγήσει έγκριση υπό όρους, είναι αναγκαία στη συνέχεια η διενέργεια επίσημου ελέγχου από την αρμόδια αρχή είτε για τη χορήγηση παράτασης της υπό όρους έγκρισης, είτε για την χορήγηση πλήρους έγκρισης. Κατά συνέπεια, κατά τα ανωτέρω, με μόνη την παρέλευση του τριμήνου, εάν δεν διενεργηθεί έλεγχος εκ μέρους της τοπικά αρμόδιας Κτηνιατρικής Υπηρεσίας (ΔΑΟΚ) της οικείας Περιφέρειας και η εισήγησή της στον ΕΦΕΤ για έκδοση διοικητικής πράξης δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η χορηγηθείσα έγκριση

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

έχει αυτοδικαίως ανακληθεί. Τα ανωτέρω επιβεβαιώνονται και από το άρθρο 7 παρ. 3 της ΚΥΑ 1288/2017, η οποία παραπέμπει στις παρ. 7, 8, 9, 10 του άρθρου 6 αυτής, για αναστολή ή ανάκληση του σχετικού αριθμού, μόνο στην περίπτωση που δεν χορηγηθεί παράταση ή πλήρης έγκριση ως συνέπεια προηγηθέντος επίσημου ελέγχου». Εν προκειμένω, γίνεται δεκτό αφενός μεν ότι, κατά την αξιολόγηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η αναθέτουσα αρχή νομίμως απευθύνθηκε προς την αρμόδια υπηρεσία του ΕΦΕΤ, ζητώντας περαιτέρω διευκρινίσεις σχετικά με το συγκεκριμένο έγγραφο της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, αφετέρου δε ότι το απαντητικό έγγραφο που έλαβε από την αρμόδια υπηρεσία του ΕΦΕΤ ουδόλως τροποποιεί την προσφορά της παρεμβαίνουσας, παρά μόνον διασαφηνίζει το ζήτημα της χορηγηθείσας σε αυτήν έγκρισης υπό όρους, απορριπτόμενων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Συνεπώς, από τον συνδυασμό των παραπάνω στοιχείων συνάγεται ότι η παρεμβαίνουσα «*****.» είχε νομίμως λάβει από την αρμόδια κατά την ισχύουσα νομοθεσία υπηρεσία του ΕΦΕΤ (ΥΑ 1288/2017 ΦΕΚ Β' 1763/2017) την υπ'αριθ. πρωτ. 13538/19.11.2019 χορήγηση έγκρισης υπό όρους διάρκειας 3 μηνών, η οποία (διάρκεια) προφανώς και είχε παρέλθει κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της, παρόλα αυτά όμως, όπως σαφώς προκύπτει από το υπ'αριθ. πρωτ. 3818/27.04.20 έγγραφο της αρμόδιας για τις σχετικές αδειοδοτήσεις υπηρεσίας του ΕΦΕΤ, μόνο η παρέλευση του τριμήνου ισχύος της έγκρισης υπό όρους δεν επιφέρει αυτοδικαίως την ανάκληση αυτής, εάν δεν έχει ενεργηθεί έλεγχος από την τοπικά αρμόδια Κτηνιατρική Υπηρεσία της οικείας Περιφέρειας και εισήγησή της στον ΕΦΕΤ για έκδοση σχετικής διοικητικής πράξης. Άλλωστε, όπως σαφώς αναφέρεται στο υπ'αριθ. πρωτ. 3818/27.04.20 έγγραφο, κατά την ισχύουσα νομοθεσία, αναστολή ή ανάκληση της έγκρισης επέρχεται μόνον στην περίπτωση που δεν χορηγηθεί παράταση ή πλήρης έγκριση ως συνέπεια προηγηθέντος επίσημου ελέγχου. Συνεπώς, και στην κριθείσα περίπτωση, μόνον το γεγονός ότι κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας είχε παρέλθει το τρίμηνο της προσκομισθείσας έγκρισης υπό όρους δεν επιφέρει αυτοδικαίως την ανάκληση αυτής και άρα την παύση ισχύος

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

της, εφόσον από τα στοιχεία του φακέλου δεν αποδεικνύεται ότι έχει ενεργηθεί σχετικός έλεγχος της τοπικά αρμόδιας κτηνιατρικής υπηρεσίας και εισήγηση του ΕΦΕΤ για την μη χορήγηση παράτασης ή τη μη χορήγηση πλήρους έγκρισης, οπότε και θα επέρχεται η αναστολή ή ανάκληση της έγκρισης. Άλλωστε, όπως ορθώς επισημαίνει η παρεμβαίνουσα, κατά την κρίση του Ελεγκτικού Συνεδρίου με την υπ' αριθ. 143/2020 Πράξη του Στ' Κλιμακίου ότι η παρεμβαίνουσα δεν διέθετε κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της εν ισχύ αποδεικτικό αδειοδοτημένης μονάδας δεν είχε προσκομιστεί, και ως εκ τούτου δεν είχε ληφθεί υπόψιν από το Ελ Συν, το υπ' αριθ. πρωτ. 3818/27.04.20 έγγραφο του ΕΦΕΤ. Πολλώ δε μάλλον, όπως και η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει με τις απόψεις της, από τον έλεγχο του καταλόγου εγκεκριμένων επιχειρήσεων παραγωγής μαγειρευμένων φαγητών (catering) που είναι αναρτημένος στην ιστοσελίδα του ΕΦΕΤ διαπιστώνεται ότι η εταιρία «*****» περιλαμβάνεται σε αυτές. Αναφορικά δε με το υπ' αριθ. πρωτ. 447/85958/18.03.20 έγγραφο της Δ/σης Κτηνιατρικής του Υπουργείου Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων, όπου προβλέπεται ότι η έγκριση υπό όρους παρατείνεται αυτόματα για επιπλέον 3 μήνες χωρίς να προηγηθεί επιτόπιος έλεγχος των αρμόδιων κτηνιατρικών αρχών της εκάστοτε Π.Ε., από το σώμα αυτού δεν προκύπτει σαφώς εάν κατά την ισχύουσα νομοθεσία καταλαμβάνει και επιχειρήσεις όπως αυτή της παρεμβαίνουσας. Παρόλα αυτά, δοθέντος ότι, όπως αρμοδίως απαντά ο ΕΦΕΤ, η έγκριση υπό όρους δεν ανακαλείται αυτοδικαίως λόγω παρέλευσης του τριμήνου ισχύος της, εν προκειμένω, γίνεται δεκτό ότι η προσκομισθείσα υπ' αριθ. πρωτ. 13538/19.11.2019 έγκριση υπό όρους καταλαμβάνει το χρόνο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Η υπ' αριθ. πρωτ. 3890/29.04.20 χορήγηση πλήρους έγκρισης του ΕΦΕΤ για την εγκατάσταση παραγωγής μαγειρευτών φαγητών με δυναμικότητα παραγωγής 40.000 μερίδων φαγητού/8ώρη βάρδια και 35.000 μερίδων κρύας κουζίνας, με την διατήρηση του αριθμού έγκρισης IMP 661, δεν εξετάζεται διότι υποβάλλεται με την παρέμβαση, σε κάθε δε περίπτωση δεν αφορά στο χρόνο υποβολής προσφοράς. Ως εκ τούτου, απορρίπτεται ως αβάσιμος ο πρώτος λόγος

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

προσφυγής και γίνονται δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

24. Επειδή, αναφορικά με τους προβαλλόμενους με το πρώτο σκέλος του δεύτερου λόγου προσφυγής ισχυρισμούς ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας «*****» στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται η εταιρία «*****», δεν απέδειξε ότι έχει δεσμευθεί να διαθέσει τους αναγκαίους πόρους για να εκτελέσει ο ίδιος την σύμβαση, ούτε έχει αναλάβει ρητώς την ευθύνη εκτέλεσης αυτής, γίνονται δεκτά τα εξής : Από το φάκελο προσφοράς της εταιρίας «*****» προκύπτει ότι αυτή στηρίζεται στην τεχνική/επαγγελματική ικανότητα του τρίτου οικονομικού φορέα «*****» για την κάλυψη της απαιτούμενης κατά την πρόσκληση προηγούμενης εμπειρίας στην επιτυχή εκτέλεση τουλάχιστον μίας σύμβασης συναφούς αντικειμένου εντός της τελευταίας τριετίας. Για το σκοπό αυτό, η εταιρία «*****» προσκομίζει το από 07.04.2020 ιδιωτικό συμφωνητικό που συνάφθηκε μεταξύ αυτής και της εταιρίας «*****», όπου η τελευταία δηλώνει ότι, αφού έλαβε γνώση των όρων της με αριθ. *****/06.04.20 διακήρυξης και ιδίως του άρθρου 2.2.4 παράγραφος Β.3 αυτής, αποδέχεται να διαθέσει προς την διαγωνιζόμενη εταιρία «*****» την τεχνική και επαγγελματική της ικανότητα και συγκεκριμένα κατάλληλα στοιχεία που αποδεικνύουν την εμπειρία της σε συμβάσεις παροχής υπηρεσιών παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων (συμβάσεις ή και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης) των τριών τελευταίων ετών. Επιπλέον, κατά το περιεχόμενο του ως άνω ιδιωτικού συμφωνητικού, συμφωνείται ότι τόσο η αφενός συμβαλλόμενη (*****) όσο και η αφετέρου συμβαλλόμενη (*****) αναγνωρίζουν και αποδέχονται ρητά ότι είναι από κοινού υπεύθυνες για την εκτέλεση της σύμβασης. Τα παραπάνω επαναλαμβάνονται και στην από 07.04.20 υπεύθυνη δήλωση της *****, υπό την ιδιότητά της ως νομίμου εκπροσώπου της εταιρίας «*****». Συγκεκριμένα, κατά το περιεχόμενο της ως άνω δηλώσεως, η εταιρία «*****» δεσμεύεται να παρέχει στην συμμετέχουσα στον υπόψη διαγωνισμό εταιρία «*****» δάνεια τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, και επίσης δηλώνει ότι είναι από κοινού υπεύθυνη με την «*****» για την εκτέλεση της σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

Τέλος, με το υπ' αριθ. 301/07.04.2020 Πρακτικό του Δ.Σ. της εταιρίας «*****» αποφασίζεται η εταιρία να διαθέσει στην «*****» τεχνική/επαγγελματική ικανότητα για την συμμετοχή της τελευταίας στον επίμαχο διαγωνισμό. Συνεπώς, από όλα τα παραπάνω εναργώς συνάγεται ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας «*****» έχει στη διάθεσή του και δεσμεύεται να παράσχει στην διαγωνιζόμενη «*****» δάνεια τεχνική/επαγγελματική ικανότητα, η οποία, κατά τους όρους της οικείας πρόσκλησης, εξειδικεύεται στην κάλυψη προηγούμενης εμπειρίας από την εκτέλεση τουλάχιστον μίας συναφούς σύμβασης εντός της τελευταίας τριετίας. Ακόμα κι αν στα ως άνω έγγραφα η δανείζουσα την εμπειρία της εταιρία «*****» δεν αναφέρει ρητώς το τμήμα της σύμβασης για το οποίο δεσμεύεται να παράσχει την στήριξή της, τούτο συνάγεται από το γεγονός ότι τα σχετικά έγγραφα συμπεριλαμβάνονται στα στοιχεία του φακέλου προσφοράς που αφορούν στο Τμήμα Γ αυτής. Όμως, λαμβανομένων υπόψιν των όρων της οικείας πρόσκλησης όπως και των διατυπώσεων της ισχύουσας νομοθεσίας του ν. 4412/2016 συνάγεται ότι ο τρίτος-δανείζων οικονομικός φορέας, ο οποίος συνεισφέρει αποκλειστικά και μόνον την τεχνική/επαγγελματική του ικανότητα (μέσω της κάλυψης της απαίτησης προηγούμενης εμπειρίας στην εκτέλεση συναφών συμβάσεων) προς τον διαγωνιζόμενο, δεν δύναται να μετέχει, μόνον ένεκα της δάνειας εμπειρίας του για την κάλυψη της συγκεκριμένης απαίτησης, και στην εκτέλεση της σύμβασης. Με βάση τα προβλεπόμενα στο άρθρο 78 του ν. 4412/2016 αλλά και τους όρους της οικείας πρόσκλησης, μόνον στην περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος στηρίζεται στις ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα για να καλύψει τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά του προσόντα, ήτοι τα κριτήρια εκείνα που σχετίζονται εν γένει με την καταλληλότητα του διαγωνιζόμενου, αναλαμβάνει (ο τρίτος οικονομικός φορέας) και την υποχρέωση να εκτελέσει τις εργασίες/υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται τα συγκεκριμένα προσόντα που δεσμεύεται να καλύψει. Με άλλα λόγια, εν προκειμένω, ο τρίτος οικονομικός φορέας «*****» θα υποχρεούνταν να αναλάβει την εκτέλεση της σύμβασης μόνον εάν δεσμευόταν να καλύψει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

δραστηριότητας, όπως αυτές ορίζονται στο άρθρο 2.2.4. παράγραφος Β.2. της πρόσκλησης. Όμως, δοθέντος ότι από τα έγγραφα του φακέλου προσφοράς της εταιρίας «*****» προκύπτει ξεκάθαρα ότι η δάνεια εμπειρία της εταιρίας «*****» αφορά αποκλειστικά στην κάλυψη της απαίτησης τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας, αποκλείεται η ανάληψη από αυτήν της εκτέλεσης της σύμβασης. Ως εκ τούτου, από το περιεχόμενο του φακέλου προσφοράς της «*****» προκύπτει ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας «*****» παρέχει δάνεια τεχνική/επαγγελματική ικανότητα σε αυτήν, προκειμένου να εκτελέσει η ίδια και μόνον το τμήμα της σύμβασης για το οποίο υποβάλλει την προσφορά της. Η δε δήλωση που εμπεριέχεται τόσο στο από 07.04.20 ιδιωτικό συμφωνητικό όσο και στην από 07.04.20 υπεύθυνη δήλωση ότι η εταιρία «*****» είναι από κοινού υπεύθυνη με την «*****» για την εκτέλεση της σύμβασης τίθεται εκ του περισσού, ώστε, ακόμα κι αν δεν δύναται αυτοτελώς να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να παράγει οιαδήποτε έννομη συνέπεια, με αποτέλεσμα η αναθέτουσα αρχή να οφείλει να διασφαλίσει τον ρόλο της «*****» ως δανείζουσα μόνον την τεχνική της ικανότητα και συνακόλουθα την εκτέλεση της σύμβασης μόνον από την εταιρία «*****». Τέλος, λαμβάνοντας υπόψιν ότι την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία διέπει αυστηρά η αρχή της τυπικότητας, γίνεται δεκτό ότι, ακόμα κι αν, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η απόφαση του Δ.Σ. της εταιρίας «*****» αφορά μόνον την έγκριση της συμμετοχής της στις Ομάδες Β και Ζ του δημοπρατούμενου αντικειμένου, και όχι στην Ομάδα Γ αυτού, η εν λόγω απόφαση έγκρισης συμμετοχής δεν απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού να προσκομίζεται εντός του φακέλου προσφοράς των διαγωνιζομένων, και ως εκ τούτου τυχόν πλημμέλεια αυτής δεν δύναται να επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς της «*****», εφόσον έχει υποβάλλει νομίμως την προσφορά της για το Τμήμα Γ' της σύμβασης. Ως εκ τούτου, ως αβάσιμοι απορρίπτονται οι προβαλλόμενοι δια του πρώτου σκέλους του δεύτερου λόγου προσφυγής ισχυρισμοί ενώ γίνονται δεκτά τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από την παρεμβαίνουσα.

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

25. Επειδή, αναφορικά με τον προβαλλόμενο με το δεύτερο σκέλος του δεύτερου λόγου προσφυγής ισχυρισμό ότι η άδεια λειτουργίας της εταιρίας «*****» αφορά μόνον δυναμικότητα παραγωγής 10.000 μερίδων φαγητού ημερησίων, και όχι 25.000 μερίδων, όπως απαιτεί η οικεία πρόσκληση, διατυπώνονται τα εξής : Όπως αναλυτικά εκτίθεται στην σκέψη 22 της παρούσας, η εταιρία «*****», ως τρίτος δανείζων την τεχνική του ικανότητα οικονομικός φορέας, ελέγχεται μόνον ως προς την μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής για το οποίο δεσμεύεται να στηρίξει την διαγωνιζόμενη «*****». Η δε απαίτηση αδειοδότησης περί ημερήσιας παραγωγικής δυναμικότητας 25.000 μερίδων αφορά κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.4. παράγραφος Β.2 της διακήρυξης στην καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας των διαγωνιζομένων και ουδόλως συνέχεται με την τεχνική ικανότητα που δεσμεύεται να καλύψει ο τρίτος οικονομικός φορέας «*****». Συνεπώς, οι προϋποθέσεις αδειοδότησης που τίθενται με την διακήρυξη πρέπει να συντρέχουν μόνον στο πρόσωπο της διαγωνιζόμενης «*****» και όχι στο πρόσωπο της δανείζουσας την εμπειρία της «*****». Ως εκ τούτου απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί που προβάλλονται με το δεύτερο σκέλος του δεύτερου λόγου προσφυγής ενώ γίνονται δεκτοί οι οικείοι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

26. Επειδή, ως προς τους ισχυρισμούς που προβάλλονται με το τρίτο σκέλος του δεύτερου λόγου προσφυγής ότι η τεχνική προσφορά της εταιρίας «*****» δεν ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και ως εκ τούτου αδυνατεί να εκτελέσει το Τμήμα Γ' της σύμβασης, γίνονται δεκτά τα εξής : Η ανάλυση που περιέχεται στην τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρίας «*****» σχετικά με την παροχή των δημοπρατούμενων υπηρεσιών του τμήματος Γ και η περιγραφή του τρόπου εκτέλεσης αυτών συμβαδίζει πλήρως με τις τεχνικές προδιαγραφές που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης. Άλλωστε, από το περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς της

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι η παραγωγή, συσκευασία, μεταφορά και διανομή των γευμάτων θα γίνεται από την ίδια την διαγωνιζόμενη «*****» και όχι από την τρίτη δανείζουσα την εμπειρία της εταιρία «*****» και δη από την έδρα αυτής στα Ιωάννινα. Συνεπώς, από την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας «*****» δεν ανακύπτει καμία πραγματική αδυναμία ως προς την εκτέλεση του τμήματος Γ' της δημοπρατούμενης σύμβασης και δη ως προς την μεταφορά των γευμάτων στους τόπους διανομής. Οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η παρεμβαίνουσα εταιρία δεν διαθέτει τον εξοπλισμό και το προσωπικό που είναι αναγκαία για την εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών απορρίπτονται ως αβάσιμοι καθότι αφενός μεν με την επίμαχη πρόσκληση σε διαπραγμάτευση δεν τίθενται ως κριτήρια ποιοτικής επιλογής απαιτήσεις σχετικά με τον ελάχιστο αριθμό του απασχολούμενο προσωπικού και τον ελάχιστο εξοπλισμό που πρέπει να διαθέτουν οι διαγωνιζόμενοι, αφετέρου δε τέτοιου είδους αιτιάσεις αφορούν στο περιεχόμενο των όρων της επίμαχης πρόσκλησης, οι οποίοι κατά το παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν δύναται να προσβληθούν επικαίρως. Συνεπώς, η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν εμπεριέχει στοιχεία ικανά να ανατρέψουν το γεγονός ότι η εταιρία «*****» μετέχει μόνον ως τρίτη δανείζουσα την τεχνική/επαγγελματική ικανότητά της προς την παρεμβαίνουσα, η οποία αναλαμβάνει μόνη της την εκτέλεση του τμήματος γ' της σύμβασης. Τούτων δοθέντων απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι προβαλλόμενοι με το τρίτο σκέλος του δεύτερου λόγου προσφυγής ισχυρισμοί.

27. Επειδή, αναφορικά με τον προβαλλόμενο με τον τρίτο λόγο προσφυγής ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να εξετάσει ουσιαστικά τους προβαλλόμενους με το από 11.04.20 υπόμνημά της ισχυρισμούς σε σχέση με το ασυνήθιστα χαμηλό κόστος της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, διατυπώνονται τα εξής : Από τα οριζόμενα στο άρθρο 88 του ν. 4412/2016 συνάγονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: (i) Η αναθέτουσα αρχή, μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, έχει καταρχήν διακριτική ευχέρεια, κατ'εκτίμηση ιδίως της απόκλισης της

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

οικονομικής προσφοράς εκάστου διαγωνιζομένου από την προϋπολογισθείσα δαπάνη του έργου, αλλά και σε συνδυασμό με τις λοιπές υποβληθείσες οικονομικές προσφορές, να χαρακτηρίσει συγκεκριμένη οικονομική προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή, πλην όμως, υποχρεούται πριν απορρίψει την προσφορά αυτή, να ζητήσει από τον προσφέροντα να αποδείξει την αξιοπιστία και τη σοβαρότητα της οικονομικής προσφοράς του, ζητώντας τις διευκρινίσεις που εκείνη κρίνει σκόπιμες, να εκτιμήσει την ορθότητα και το λυσιτελές των εξηγήσεων που παρείχε ο ενδιαφερόμενος και να εκδώσει αιτιολογημένη απόφαση σχετικά με την απόρριψη ή μη της οικονομικής προσφοράς (πρβ. απόφαση ΠΕΚ της 25ης Φεβρουαρίου 2003 στην υπόθεση T-4/2001, Renco SpA, σκ. 75 και 76, απόφαση ΔΕΚ της 27ης Νοεμβρίου 2001 στις υποθέσεις C-285/1999 και C-286/1999, Impresa Lombardini SpA- Impresa Generale de Costruzioni και Impresa Ing. Mantovani SpA, σκ. 53-55, Ε.Σ. Τμ. VI 525/2018, 2998, 19/2014, 3202, 2752, 584/2011, Ε΄ Κλιμ. 387/2018, πρβλ. ΣΤΕ 1425/2005, Ε.Α. ΣΤΕ 45/2008, 1159/2007). (ii) Η έννοια της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δεν αποδίδεται ρητά από τις διατάξεις της ανωτέρω Οδηγίας, ούτε προβλέπεται από την κείμενη εθνική νομοθεσία ο τρόπος υπολογισμού του ανωτάτου ορίου, πέραν του οποίου υφίσταται ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, αφού δεν έχει εισέτι θεσμοθετηθεί μηχανισμός εξεύρεσης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών (πρβλ. Ε.Σ. Ε΄ Κλ. 169/2019, 13/2015, πρβλ. προσχέδιο εγκυκλίου με θέμα «Εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής και για την εκτίμηση των παρεχομένων εξηγήσεων» που γνωστοποιήθηκε το Φεβρουάριο 2017 ουδέποτε όμως οριστικοποιήθηκε). Ως αόριστη, συνεπώς, αξιολογική έννοια (βλ. Ε.Σ. Τμ. Μείζονος Επταμελούς Συνθέσεως 1077/2016), καθορίζεται συγκεκριμένα σε κάθε σύμβαση, σε σχέση με το αντικείμενο που αποτελεί το περιεχόμενό της (βλ. απόφ. ΔΕΕ της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., σκ. 29-30, απόφ. της 18.12.2014, C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, σκ. 50, της 19.10.2017, C-198/16, Agriconsulting Europe SA, σκ. 29, πρβ. απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2016, Agriconsulting Europe κατά Επιτροπής, T-570/13, σκ. 55). Ο τρόπος, πάντως,

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

υπολογισμού του κατωφλίου της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς για λόγους διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων πρέπει να είναι αντικειμενικός και να μην εισάγει δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος μερικών από τους συμμετέχοντες (βλ. Ε.Σ. Ε΄ Κλ. 383/2017). (iii) Η ενεργοποίηση του μηχανισμού του άρθρου 88 του ν.4412/2016, ήτοι η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ελέγχει τη σοβαρότητα μιας προσφοράς, εξαρτάται, στο παρόν στάδιο που δεν έχει εισέτι θεσμοθετηθεί μηχανισμός εξεύρεσης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, από την προηγούμενη ύπαρξη αμφιβολιών ως προς την αξιοπιστία και τη φερεγγυότητα της προσφοράς, λαμβανομένου υπόψη ότι το ως άνω άρθρο έχει ως κύριο σκοπό να μην αποκλείεται προσφέρων από τη διαδικασία χωρίς να του έχει δοθεί η δυνατότητα να δικαιολογήσει το περιεχόμενο της προσφοράς του η οποία φαίνεται υπερβολικά χαμηλή. Οι δε ως άνω αμφιβολίες δύνανται να εγείρονται είτε κατόπιν ενστάσεων, προσφυγών κ.λπ. από τους λοιπούς συμμετέχοντες, είτε και αυτεπαγγέλτως από την αναθέτουσα αρχή, μετά από μία εκ πρώτης όψεως εκτίμηση του κατά πόσον οι προσφορές «φαίνονται» υπερβολικά χαμηλές. Συνεπώς, μόνον εφόσον προκύπτουν τέτοιες αμφιβολίες οφείλει η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει τις προσήκουσες διευκρινίσεις ως προς τη σύνθεση της προσφοράς, προτού, ενδεχομένως, την απορρίψει. Αντιθέτως, στην περίπτωση που μια προσφορά δεν φαίνεται υπερβολικά χαμηλή το εν λόγω άρθρο δεν εφαρμόζεται (βλ., επ' αυτού, αποφάσεις του Γενικού Δικαστηρίου της 6ης Ιουλίου 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium κατά Επιτροπής, T-148/04, σκ. 49-50, της 11ης Μαΐου 2010, PC-Ware Information Technologies κατά Επιτροπής, T-121/08, σκ. 72, της 5ης Νοεμβρίου 2014, Computer Resources International (Luxembourg) κατά Επιτροπής, T-422/11, σκ. 57, της 15ης Σεπτεμβρίου 2016, European Dynamics Luxembourg και Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, T-698/14, σκ. 59, της 26ης Απριλίου 2018, European Dynamics Luxembourg SA, Ευρωπαϊκή Δυναμική – Προηγμένα Συστήματα Τηλεπικοινωνιών Πληροφορικής και Τηλεματικής ΑΕ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, T-752/15, σκ. 69 και της 4ης Ιουλίου 2017 European Dynamics Luxembourg SA, Ευρωπαϊκή Δυναμική – Προηγμένα Συστήματα Τηλεπικοινωνιών Πληροφορικής και Τηλεματικής ΑΕ,

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

European Dynamics Belgium SA κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, T-392/15 σκ. 85). Επομένως, το άρθρο 88 του ν. 4412/2016 υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή σε ένα πρώτο στάδιο να εξετάσει εάν οι υποβληθείσες προσφορές περιέχουν ένδειξη ικανή να δημιουργήσει την υποψία ότι ενδέχεται να είναι υπερβολικά χαμηλές. Αν οι υποβληθείσες προσφορές δεν περιέχουν τέτοια ένδειξη και, κατά συνέπεια, δεν φαίνονται υπερβολικά χαμηλές, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συνεχίσει την διαδικασία σύναψης της σύμβασης (πρβ. προαναφερθείσες απόφ. T-392/15, σκ. 88 και T-752/15, σκ. 71).

28. Επειδή, ως εκ τούτου, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι στην κριθείσα περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή, εκτιμώντας ότι οι προσφορές κάποιων εκ των διαγωνιζομένων φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές, ζήτησε, ως όφειλε, από αυτούς την παροχή εξηγήσεων σε σχέση με το περιεχόμενο των οικονομικών προσφορών τους. Εν συνεχεία, εκτιμώντας και πάλι ως όφειλε τις παρεχόμενες εξηγήσεις, έκρινε αυτές επαρκείς και ως εκ τούτου τις οικονομικές προσφορές αποδεκτές και προέβη στην ανάδειξη των αναδόχων για τα δημοπρατούμενα τμήματα της σύμβασης. Προς τούτο, στο περιεχόμενο του υπ' αριθ. 19/2020 Πρακτικού διατυπώνεται ρητώς ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού αξιολόγησε τις εξηγήσεις που παρασχέθηκαν από τις διαγωνιζόμενες εταιρίες, μεταξύ των οποίων και από την παρεμβαίνουσα, και περιέχεται ειδική αιτιολογία σε σχέση με τις διευκρινίσεις που δόθηκαν για κάθε μία από τις προσφορές αυτές. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή τήρησε την προβλεπόμενη κατ' άρθρο 88 του ν. 4412/2016 διαδικασία για την διερεύνηση των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, στο πλαίσιο της οποίας καμία υποχρέωση δεν είχε να απαντήσει ξεχωριστά τους υποβληθέντος δια του από 11.04.2020 υπομνήματος της προσφεύγουσας ισχυρισμούς. Συνεπώς, ως αβάσιμος απορρίπτεται και ο τρίτος λόγος προσφυγής.

29. Επειδή, αναφορικά με τους ισχυρισμούς που προβάλλονται με τον πέμπτο λόγο προσφυγής ότι στην οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας δεν συνυπολογίζεται φόρος παρακράτησης 4%, δεν

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

συνυπολογίζεται διοικητικό κόστος, τα κονδύλια που περιλαμβάνονται σε αυτήν είναι εικονικά, και υπάρχει σφάλμα στο ποσό συνολικής προσφερόμενης τιμής ανά γεύμα το οποίο πραγματικά είναι 1,40 ευρώ και όχι 1,25 ευρώ ως αναγράφεται στην οικονομική προσφορά και διαλαμβάνεται από την αναθέτουσα αρχή, διατυπώνονται τα εξής: Από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα εταιρία «*****» υπέβαλε την οικονομική της προσφορά σύμφωνα με το υπόδειγμα που περιέχεται στο Παράρτημα ΙΙ της οικείας πρόσκλησης, όπου οι διαγωνιζόμενοι ζητείται να συμπληρώσουν για κάθε τμήμα που υποβάλλουν προσφορά μόνον τις στήλες που αφορούν την προσφερόμενη τιμή ανά γεύμα (χωρίς φπα), την συνολική προσφερόμενη τιμή, όπου υπολογίζεται ο αριθμός δικαιούχων * δύο γεύματα * τιμή * 30 ημέρες, χωρίς φπα και την συνολική προσφερόμενη τιμή, όπου υπολογίζεται ο αριθμός δικαιούχων * δύο γεύματα * τιμή * 30 ημέρες, με φπα. Ως εκ τούτου, από τα πεδία που περιέχονται στο υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς της πρόσκλησης δεν ανακύπτει υποχρέωση αναγραφής αναλυτικά των επιμέρους κονδυλίων που συνυπολογίζονται για την διαμόρφωση της προσφερόμενης τιμής ανά γεύμα, ήτοι εν προκειμένω της τιμής των 1,71 ευρώ που προσέφερε η παρεμβαίνουσα για το Τμήμα Γ' της σύμβασης, με συνέπεια να μην μπορεί εκ του λόγου αυτού να απορριφθεί κατ' αρχήν ως απαράδεκτη η οικονομική προσφορά της. Παρόλα αυτά, σε συνέχεια του αιτήματος της αναθέτουσας αρχής για παροχή εξηγήσεων επί της οικονομικής της προσφοράς, η παρεμβαίνουσα με το από 11.04.20 έγγραφο διευκρινίσεων παραθέτει αναλυτικό πίνακα με τα κόστη που συνυπολογίζονται για την διαμόρφωση του συνολικού κόστους ανά γεύμα, ύψους 1,25 ευρώ, όπου περιλαμβάνεται κόστος α' υλών και ειδών συσκευασίας (0,81 ευρώ), μισθολογικό κόστος (0,29 ευρώ) και έξοδα διάθεσης-λοιπά έξοδα (0,15 ευρώ), επιπλέον αναγράφει το καθαρό κέρδος της ανά γεύμα (0,46 ευρώ) και τέλος την συνολική τιμή της προσφοράς της, ύψους 1,71 ευρώ (1,25 + 0,46). Ήτοι, αποδεικνύει τον τρόπο υπολογισμού του συνολικού κόστους ανά γεύμα και της συνολικής τιμής της προσφοράς της. Ειδικά δε αναφορικά με τον υπολογισμό των νόμιμων κρατήσεων και του φόρου παρακράτησης 4%, στο άρθρο 5.1. της πρόσκλησης

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

προβλέπονται τα εξής : «5.1.2. Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: α) 0,07% επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων, Υπέρ της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων β) Τέλος χαρτοσήμου 3% επί του ανωτέρω τέλους γ) Υπέρ ΟΓΑ χαρτοσήμου 20% επί του ανωτέρω χαρτοσήμου δ) 0,06% επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων, Υπέρ της Αρχής Εκδίκασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) ε) Τέλος χαρτοσήμου 3% επί του ανωτέρω τέλους στ) Υπέρ ΟΓΑ χαρτοσήμου 20% επί του ανωτέρω χαρτοσήμου 5.1.3 Κατά την πληρωμή του αναδόχου θα παρακρατείται ο προβλεπόμενος φόρος εισοδήματος 4%». Όπως δε έχει παγίως κριθεί από την νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων και συνάδει με τα ως άνω οριζόμενα, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να συμπεριλαμβάνουν στην προσφερόμενη τιμή τόσο τις υπέρ τρίτων κρατήσεις όσο και κάθε άλλου είδους επιβάρυνση, όπως είναι το ποσοστό 4% παρακράτησης φόρου εισοδήματος. Η υποχρέωση αυτή αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση της σύμβασης και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί σύμφωνα με την διακήρυξη σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης (ΔΕΦΑΘ 25/2019, 126/2019, 10/2020). Στην κριθείσα περίπτωση, ως ήδη ειπώθηκε, τα κονδύλια αυτά δεν εμπεριέχονται σε ξεχωριστά πεδία του υποδείγματος οικονομικής προσφοράς, οπότε και θα έπρεπε ξεκάθαρα να αναγράφονται από την παρεμβαίνουσα στην οικονομική της προσφορά, όμως, όπως η παρεμβαίνουσα αποδεικνύει με την παρέμβασή της, αυτά έχουν συνυπολογιστεί στο πεδίο των λοιπών εξόδων του πίνακα ανάλυσης της προσφοράς της, σε κάθε δε περίπτωση, αφαιρουμένων αυτών, η οικονομική προσφορά της δεν καθίσταται ζημιολόγος, ώστε εν τοις πράγμασι να προκύπτει ότι αυτά δεν υπολογίστηκαν από την παρεμβαίνουσα, ούτε βέβαια η προσφεύγουσα με τους ισχυρισμούς της αποδεικνύει περαιτέρω

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

την αιτίαση ότι τα κονδύλια αυτά δεν υπολογίστηκαν. Συνεπώς, οι σχετικοί ισχυρισμοί απορρίπτονται ως αβάσιμοι. Άλλωστε, εξίσου ως αβάσιμος απορρίπτεται και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι τα αναγραφόμενα κονδύλια είναι εικονικά, διότι, ως αναλυτικά εκτέθηκε στη σκέψη 24 της παρούσας, ουδόλως αποδεικνύεται από την προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρίας «*****» ότι η εκτέλεση του τμήματος Γ' της σύμβασης, και δη η μεταφορά των γευμάτων, θα γίνεται από τις εγκαταστάσεις της δανείζουσας την εμπειρία της εταιρίας «*****» στα Ιωάννινα, ώστε εύλογα να προκύπτει η εικονικότητα του κόστους μεταφοράς. Ο δε ισχυρισμός ότι η παρεμβαίνουσα δεν συμπεριέλαβε στην οικονομική της προσφορά το απαιτούμενο διοικητικό κόστος απορρίπτεται ως αβάσιμος, διότι στον πίνακα ανάλυσης της οικονομικής της προσφοράς η παρεμβαίνουσα αποτυπώνει στο πεδίο λοιπά έξοδα και τα διοικητικά έξοδα. Ακόμα, αορίστως προβάλλεται ο ισχυρισμός ότι η παρεμβαίνουσα δεν συνυπολογίζει τις περιβαλλοντικές επιβαρύνσεις, διότι πουθενά με την προσφυγή της η προσφεύγουσα δεν εξειδικεύει την συγκεκριμένη αιτίαση, σε κάθε δε περίπτωση στις έγγραφες διευκρινίσεις της η παρεμβαίνουσα αναγράφει ότι τηρεί τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, ότι έχει αναπτύξει σύστημα διαχείρισης της υγείας και ασφάλειας στην εργασία κατά το ISO 45001:2018 και ότι είναι εγγεγραμμένοι στο Εθνικό Μητρώο Παραγωγών του Ελληνικού Οργανισμού Ανακύκλωσης με αριθ. 10119. Τέλος, το σφάλμα που επικαλείται η προσφεύγουσα ότι υπάρχει στην προσφερόμενη τιμή γεύματος, η οποία θα έπρεπε να είναι 1,40 ευρώ και όχι 1,25 ευρώ, δεν ευσταθεί, διότι, αφενός μεν από την πρόσθεση των επιμέρους κονδυλίων που αναγράφονται στον πίνακα ανάλυσης της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει προσφερόμενη τιμή ανά γεύμα ύψους 1,25 ευρώ (0,72 + 0,09 + 0,29 + 0,02 + 0,13), αφετέρου δε ο υπολογισμός των 1,40 ευρώ που επικαλείται η προσφεύγουσα οφείλεται αποκλειστικά και μόνον στην εσφαλμένη αποτύπωση του κονδυλίου του λειτουργικού κόστους σε 0,28 ευρώ στον συγκεντρωτικό πίνακα ανάλυσης των οικονομικών προσφορών όλων των διαγωνιζομένων που εμπεριέχεται στο υπ'αριθ. 19/2020 Πρακτικό και ο οποίος έχει συνταχθεί

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

αποκλειστικά από την αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, στο συγκεκριμένο πεδίο εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή προσέθεσε τα ποσά 0,13 + 0,15 ευρώ, τα οποία δίνουν άθροισμα 0,28 ευρώ ενώ θα έπρεπε να προσθέσει τα ποσά που ανακύπτουν από τον πίνακα της παρεμβαίνουσας ήτοι 0,02 ευρώ για μεταφορικά/καύσιμα + 0,13 ευρώ για λοιπά έξοδα, τα οποία δίνουν το ορθό άθροισμα 0,15 ευρώ στην κατηγορία έξοδα διάθεσης και λοιπά έξοδα. Τούτων δοθέντων απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι προβαλλόμενοι δια του τέταρτου λόγου της προσφυγής ισχυρισμοί, ενώ γίνονται δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

30. Επειδή, αναφορικά με τον πέμπτο λόγο προσφυγής και τους ισχυρισμούς ότι οι παρασχεθείσες διευκρινίσεις έγιναν εσφαλμένως αποδεκτές παρότι προκύπτει η μετακύλιση του ελέγχου της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, διατυπώνονται τα εξής : Λαμβανομένων υπόψιν όσων εκτενώς εκτίθενται και γίνονται δεκτά τόσο στις σκέψεις 23-24 όσο και στη σκέψη 25-28 της παρούσας προκύπτει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας συμβαδίζει με τους όρους της οικείας πρόσκλησης και πληροί τις απαιτήσεις αυτής, αποδείχθηκε δε οικονομικώς βιώσιμη, με συνέπεια να μην τίθεται ζήτημα μετακύλισης του ελέγχου της νομιμότητας της στο στάδιο εκτέλεσης του τμήματος Γ' της σύμβασης, απορριπτόμενου ως αβάσιμου και του τελευταίου λόγου προσφυγής.

31. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η υπόψη Προσφυγή απορρίπτεται ως αβάσιμη και γίνεται δεκτή η ασκηθείσα Παρέμβαση.

32. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, ποσού 4.550,10 ευρώ πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την ασκηθείσα Παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 932 / 2020

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου που κατέθεσε η προσφεύγουσα ποσού 4.550,10 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 6 Αυγούστου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 10 Αυγούστου 2020.

Η Πρόεδρος

Μαρία-Ελένη Σιδέρη

Η Γραμματέας

Αργυρώ Τσουλούφα