

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕ ΑΡΙΘΜΟ Α12 /2017

ΕΠΙ ΤΟΥ ΑΙΤΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΣΤΟΛΗΣ-ΟΡΙΣΜΟΥ ΠΡΟΣΩΡΙΝΩΝ ΜΕΤΡΩΝ

Το 2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Κωνσταντίνο Κορομπέλη, ως νόμιμο αναπληρωτή του Στυλιανού Μαυρίδη, βάσει του πρακτικού υπ' αριθ. 1/22-06-2017 της Ολομελείας ΑΕΠΠ και τα μέλη, Νικόλαο Σαββίδη και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή (εισηγήτρια) συνεδρίασε σήμερα 18 Οκτωβρίου 2017 στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει το αίτημα για Αναστολή και Λήψη Προσωρινών Μέτρων που σωρεύεται στην με Γεν.Αριθ.Κατ. ΑΕΠΠ 133/9-10-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. II /23/9-10-2017 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «~~ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ~~» κατά του «~~ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ~~»

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, κατ' ορθή επισκόπηση αυτής, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί η υπ' αριθ. 106411/03-10-2017 απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης με την οποία έγινε δεκτό το «ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ –ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ Ν02», το οποίο υιοθέτησε την εισήγηση της κας . και απορρίφθηκε η προσφορά της εν λόγω εταιρείας στην Ομάδα 8 για τα τμήματα 8.1, 8.2. και 8.4.

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποία αιτείται αφενός μεν την αναστολή εκτέλεσης της υπ' αριθ. 106411/03-10-2017 απόφασης του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης με την οποία έγινε δεκτό το «ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ –ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ Ν02», το οποίο υιοθέτησε την εισήγηση της κας . και απορρίφθηκε η προσφορά της εν λόγω εταιρείας στην Ομάδα 8 για τα τμήματα 8.1, 8.2. και 8.4. μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής

προσφυγής κι αφετέρου, να επιτραπεί προσωρινά η συμμετοχή της στη συνέχεια του διαγωνισμού και να ανοίξει η οικονομική προσφορά της.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 366 (προσωρινά μέτρα) (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) του ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 του π.δ. 39/2017 (Προσωρινά μέτρα) στο πλαίσιο του νομοθετικού πλαισίου για την παροχή έννομης προστασίας κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων παρέχεται στην ΑΕΠΠ η δυνατότητα να διατάσσει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης ωστόσου αποφανθεί για την προσφυγή καθώς και κάθε πρόσφορο μέτρο προκειμένου να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, όπως σαφώς προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4412/2016 σχετικά με το άρθρο 366 του νόμου δίνεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάσσει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας ανάγοντας έτσι το προδήλως παραδεκτό και βάσιμο της υπό κρίση προσφυγής ως ουσιώδη κριτήρια για το αποδεκτό της.

2. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, συνολικού ποσού 2.543,40 Ευρώ (κωδικός ε-Παραβόλου), δεδομένου ότι προϋπολογιζόμενη δαπάνη της Ομάδας 8 για τα τμήματα 8.1, 8.2. και 8.4 του διαγωνισμού για τα οποία υποβλήθηκε προσφορά εκ μέρους της προσφεύγουσας ανέρχεται στο ποσό των 508.680 ευρώ, εκτός ΦΠΑ 24%, το οποίο πληρώθηκε και αφού ελέγχθηκε, δεσμεύτηκε από την ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την από 4-10-2017 Βεβαίωσή της.

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα I, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 06-10-2017, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προθεσμία άσκησης αυτής έληγε 10 ημέρες από την κοινοποίηση στην προσφεύγουσα της προσβαλλομένης, η οποία έλαβε χώρα στις 3-10-2017, ημέρα που αναρτήθηκε η προσβαλλόμενη πράξη στον διαδικτυακό τόπο

του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου διενεργείται (ηλεκτρονικά) ο διαγωνισμός. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 7-10-2017 και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. στις 8-10-2017.

5. Επειδή, με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της απόφασης 106411/3-10-2017 με θέμα: «Αποδοχή – Απόρριψη Τεχνικών Προσφορών, αποσφράγιση Οικονομικών που κατατέθηκαν στον ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό της Δ/ξης [REDACTED] «Υπηρεσίες Σχολικών Γευμάτων», ματαίωση αποτελεσμάτων και επανάληψη διενέργειας αυτού με τροποποίηση όρου» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής για την παροχή υπηρεσιών σχολικών γευμάτων, σύμφωνα με το άρθρο 107 του Ν. 4412/2016, προϋπολογισθείσας δαπάνης € 16.675.470,00 χωρίς ΦΠΑ (Αριθ. Πρωτ. : 05/07/2017 Δ/ξη [REDACTED], κι επομένως, η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή η Προσφεύγουσα προβάλει αντίθεση της προσβαλλόμενης στις διατάξεις του Ν.4412/2016 και της Οδηγίας 2014/24 και ειδικότερα, στις διατάξεις του άρθρου 78 (63 της Οδηγίας 2014/24) : «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» Ν.4412/2016 και περαιτέρω, την αναστολή της διενέργειας του διαγωνισμού μέχρι να εκδοθεί απόφαση επί της προσφυγής, διότι άλλως θα επέλθει ανεπανόρθωτη βλάβη των συμφερόντων της από την πιο πάνω παράνομη πράξη της αναθέτουσας αρχής.

7. Επειδή, η αιτούσα-προσφεύγουσα έχει αυτονόητο, ενεστώς και άμεσο έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά στην Ομάδα 8 για τα τμήματα 8.1, 8.2. και 8.4. αυτού κι, επομένως, η παράνομη, κατά τους ισχυρισμούς της, απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της, θα της προκαλέσει αυτονόητα βλάβη.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 2^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π., δυνάμει των διατάξεων α) των άρθρων 353, 355, 360, 362, 363, 364, 365, 366 και 367 του Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), όπως ισχύει, β) των άρθρων 6, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 18 και 20 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017), γ) της με αριθμ. πρωτ. Οικ./ 21/ 2017 Πράξης

του Προέδρου του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΙΠ για τον ορισμό εισηγητή και ημερομηνίας εξέτασης της ανωτέρω προσφυγής καθώς και την κοινοποίηση της πιο πάνω Πράξης στην προσφεύγουσα εταιρεία και την αναθέτουσα αρχή με το από 13-10-2017 ηλεκτρονικό μήνυμα της Γραμματείας του 2ου Κλιμακίου.

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 19 «Οικονομικοί φορείς» (άρθρο 19 της Οδηγίας 2014/24/EΕ) N.4412/2016: [...] 2. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων [...]. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής. Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77 εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας. [...]

10. Επειδή, σύμφωνα το άρθρο 63 της οδηγίας 2014/24, με τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες των άλλων φορέων» : «1.όσον αφορά [...] τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στο άρθρο 58 παρ.4, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον συντρέχει περίπτωση και για συγκεκριμένη περίπτωση να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων (φορέων), ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς[...] σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό[...]. Συναφώς στο άρθρο 78 N.4412/2016 ορίζεται: «1. Όσον αφορά τα κριτήρια [...] σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς [...]Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, 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. [...] Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να

απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης[...].

11. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ επί των αρθρων 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, που καταργήθηκε με την ως άνω οδηγία 24/2014/ΕΕ, ωστόσο, περιείχε ίδια ρύθμιση, αναγνωρίζεται το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς, εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων θα έχει όντως στη διάθεσή του τους πόρους των εν λόγω φορέων, οι οποίοι είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψεις 29 και 33). Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό οδηγίες προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών. (βλ., υπ' αυτήν την έννοια, απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, CoNISMa, Συλλογή 2009, σ.Ι-12129, σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Περαιτέρω, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο ομοίως επιδιώκει η οδηγία 2004/18, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 32 της οδηγίας αυτής (απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 34 καθώς και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το δικαίωμα που κατοχυρώνεται ανωτέρω, λαμβανομένου υπόψη του σημαντικού ρόλου που διαδραματίζει στο πλαίσιο των ενωσιακών ρυθμίσεων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, αποτελεί γενικό κανόνα τον οποίο πρέπει να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές, όταν ασκούν τις αρμοδιότητές τους για την εξακρίβωση της καταλληλότητας του προσφέροντος για την εκτέλεση ορισμένης συμβάσεως. Υπό τις συνθήκες αυτές, το γεγονός ότι ένας οικονομικός φορέας μπορεί «ενδεχομένως» να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, δεν δύναται να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι ο εν λόγω φορέας μπορεί μόνον κατ' εξαίρεση να στηρίζεται στις δυνατότητες τρίτων φορέων (απόφαση της 7^{ης} Απριλίου 2016, 7-4/2016 ΔΕΚ C-324/2014 σκέψη 36). Κατόπιν των ανωτέρω, ο προσφέρων, είναι ελεύθερος να συνάπτει δεσμούς με τους φορείς στις δυνατότητες των οποίων στηρίζεται και να επιλέγει τη νομική φύση των δεσμών αυτών, εντούτοις, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως έχει στη διάθεσή του τους πόρους των συγκεκριμένων φορέων που δεν του ανήκουν και είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως (βλ., συναφώς, απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψη 29 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία και Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12,

ΕU:C:2013:646, σκέψη 29). Ένας οικονομικός φορέας δεν μπορεί να αποκλεισθεί από διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών επειδή δεν πληροί αφ' εσυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές και επαγγελματικές προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του αλλά προτίθεται να χρησιμοποιήσει τις ικανότητες και δεξιότητες τρίτων και οι οποίοι τις διαθέτουν και στους οποίους θα προσφύγει εάν του ανατεθεί η σύμβαση. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των φορέων που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της συμβάσεως. (Αποφάσεις ΔΕΚ, 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 ΔΕΚ της 18.12.1997, C- 5/97, Ballast Nedam Groep, σκ. 13 - 14, ΣτΕ 3306/1991, πρβλ. ΣτΕ 896/2009). Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνο αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποιήσεως αυτών των ικανοτήτων (Απόφαση της 18/3/2004, C-314/01, ΕΑ ΣΤΕ 284/2013, 409/2013).

12. Επειδή, περαιτέρω, όπως έχει αποφανθεί το Δικαστήριο, ο περιορισμός της ασκήσεως του δικαιώματος που κατοχυρώνεται στα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας αυτής υπό εξαιρετικές περιστάσεις δεν αντιτίθεται στις διατάξεις της οδηγίας 2004/18 (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 36). Πράγματι, δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο να υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες, οι οποίες απαιτούν συγκεκριμένη ικανότητα που δεν μπορεί να προκύψει ως άθροισμα της ελάσσονος ικανότητας περισσοτέρων φορέων. Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, συνεπώς, ευλόγως να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από ένα μόνον οικονομικό φορέα ή, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 44, παράγραφος 2, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2004/18, στο μέτρο που η απαίτηση αυτή συνδέεται με το αντικείμενο της επίμαχης συμβάσεως και είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας (απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 35). Ομοίως δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο, υπό ειδικές περιστάσεις, οι λαμβανομένων υπόψη της φύσεως και των σκοπών ορισμένης συμβάσεως, οι ικανότητες ενός τρίτου φορέα, οι οποίες είναι αναγκαίες για την εκτέλεση της συμβάσεως, να μην είναι δυνατό να μεταβιβασθούν στον προσφέροντα. Συνεπώς, υπό τις εν λόγω περιστάσεις, ο προσφέρων μπορεί να επικαλείται τις εν λόγω ικανότητες μόνον εάν ο τρίτος φορέας έχει άμεση και προσωπική συμμετοχή στην εκτέλεση της επίμαχης συμβάσεως (απόφαση της 7^{ης} Απριλίου 2016, 7-4/2016 ΔΕΚ C-324/2014 σκέψη 41).

13. Επειδή, σύμφωνα με το Παράρτημα Β' «ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ» : 1) Δικαιώμα συμμετοχής στον διαγωνισμό έχουν: [...] 1.2 Οι ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και των προσωρινών συμπράξεων (Κοινοπραξίες), δεν απαιτείται να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς. Κρίνεται αναγκαίο οι ενώσεις αυτές να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά το άρθρο 75, εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας σύμφωνα με το άρθρο 19, παρ. 2, Ν.4412/2016. Σύμφωνα με το άρθρο 1.5.3. «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα – πρότυπα διασφάλισης ποιότητας», του κεφαλαίου 1.5. «ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» : Κάθε προσφέρων πρέπει να διαθέτει: α) Άδεια λειτουργίας της παραγωγικής μονάδας όπου θα παρασκευάζονται τα γεύματα με κωδικό αριθμός έγκρισης (IMP). β) Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, ως εξής: [...]. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 1.6.2.9, που περιέχεται στο κεφάλαιο 1.6 «ΚΑΝΟΝΕΣ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ»: Για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παραγράφου 1.5.3 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν με την Τεχνική τους Προσφορά: α) Την σχετική άδεια εργαστηρίου παραγωγής γευμάτων όπου αναγράφεται η μέγιστη ημερήσια παραγωγική ικανότητα των προσφερόντων σε μερίδες (σε περίπτωση που η άδεια αναγράφει κλά θα πρέπει να γίνεται αναγωγή σε μερίδες γευμάτων) με κωδικό αριθμός έγκρισης (IMP). β) (1) Με την υποβολή της τεχνικής προσφοράς προσκομίζεται αντίγραφο του πιστοποιητικού ISO 22000. (2) Με την υποβολή της τεχνικής προσφοράς προσκομίζεται αντίγραφο OSHSAS 18001 [...]. 1.6.2.10. Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω, κατά περίπτωση δικαιολογητικά, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση, σύμφωνα με τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 19 παρ. 2 του ν. 4412/2016. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.1.1 Δικαιολογητικά συμμετοχής : Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής– Τεχνική προσφορά» υποβάλλονται όλα τα απαιτούμενα κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 92 και 93 του ν.4412/16. Συγκεκριμένα, στον προαναφερόμενο (υπο)φάκελο περιλαμβάνονται: i) Τα αποδεικτικά μέσα της παραγράφου 1.6.2.9. ii) Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι έκαστος οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις σύμφωνα με τα κατωτέρω: α) β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί σύμφωνα με τα άρθρα 75 του Ν 4412/2016 και αναφέρονται στην παρ. 1.5 της παρούσας [...] Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων σύμφωνα με το

άρθρο 78 του Ν.4412/2016 , το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Σύμφωνα με το άρθρο 15 «ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑ» : Ο Ανάδοχος δεν απαλλάσσεται από τις συμβατικές του υποχρεώσεις και ευθύνες λόγω ανάθεσης της εκτέλεσης τμήματος/τμημάτων της σύμβασης σε υπεργολάβους [...] Αντιστοίχως, σε περίπτωση που ο ανάδοχος έχει στηριχθεί στις ικανότητες του υπεργολάβου όσον αφορά τη χρηματοοικονομική επάρκεια-τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, σε περίπτωση διακοπής της συνεργασίας του Αναδόχου με υπεργολάβο/ υπεργολάβους της σύμβασης, αυτός υποχρεούται σε άμεση γνωστοποίηση της διακοπής αυτής στην Αναθέτουσα Αρχή, οφείλει δε να διασφαλίσει την ομαλή εκτέλεση του τμήματος/ των τμημάτων της σύμβασης είτε από τον ίδιο, είτε από νέο υπεργολάβο τον οποίο θα γνωστοποιήσει στην αναθέτουσα αρχή κατά την ως άνω διαδικασία. Ακόμη, κατά το άρθρο 16ο ΛΟΙΠΟΙ ΟΡΟΙ : 1. [...] 2. [...] 3. Για θέματα που δεν ρυθμίζονται ρητώς από τη σύμβαση ή εάν ανακύψουν αντικρουόμενοι – αντιφατικοί όροι της, λαμβάνονται υπ' όψιν κατά σειρά, η παρούσα, ο Ν.4412/2016, η διακήρυξη του προηγηθέντος διαγωνισμού, εφαρμοζομένων συμπληρωματικώς των οικείων διατάξεων του Αστικού Κώδικα.

14. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση με την προσβαλλομένη απόφαση απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών/νομικών προσώπων, που αποτελείται από την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «
» και την ομόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία «
», με την εξής αιτιολογία: «
» για τον

συστημικό διαγωνισμό , υπέβαλε Δικαιολογητικά Συμμετοχής που δεν πληρούν τις απαιτήσεις της Διακήρυξης . Πιο συγκεκριμένα: Σύμφωνα με την παράγραφο 1.5.3 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα – πρότυπα διασφάλισης ποιότητας» του παραρτήματος Β' «ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ» της Διακήρυξης , ο κάθε προσφέρων θα πρέπει να διαθέτει : 1. Άδεια λειτουργίας παραγωγικής μονάδας όπου θα παρασκευάζονται τα γεύματα με κωδικό αριθμό έγκρισης 2. Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας α) σύστημα Διαχείρισης Ασφάλειας Τροφίμων κατά ISO 22000 και β) Σύστημα Διαχείρισης Υγείας και Ασφάλειας στην Εργασίας κατά OSHSAS 18001 Επίσης σύμφωνα με την παράγραφο 1.6.2.9 του παραρτήματος Β' «ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ» της Διακήρυξης για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής τους ικανότητας οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα σχετικά δικαιολογητικά ήτοι: Σχετική άδεια εργαστηρίου παραγωγής γευμάτων όπου αναγράφεται η μέγιστη ημερήσια παραγωγική ικανότητα των προσφερόντων σε μερίδες (σε περίπτωση που η άδεια αναγράφει κιλά θα πρέπει να γίνεται αναγωγή σε μερίδες γευμάτων) με κωδικό αριθμό έγκρισης (IMP) και αντίγραφα πιστοποιητικών ISO 22000 και OSHSAS

18001. Επίσης σύμφωνα με την παράγραφο 1.6.2.10 του ίδιου παραρτήματος «Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά υποβάλλουν τα παραπάνω κατά περίπτωση δικαιολογητικά για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση». Τα παραπάνω δικαιολογητικά δεν προσκομίζονται για την εταιρία «. Η παρασκευή του τελικού προϊόντος εκ μέρους της εταιρίας « ανατίθεται στην εταιρία «.

» στη βάση των προβλεπομένων του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, η οποία διαθέτει σχετική άδεια και πιστοποιητικά. Ωστόσο σύμφωνα με την κατευθυντήρια οδηγία 14 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΑΔΑ:) «Δεν δύναται με το ένδυμα του δανεισμού ικανότητας, να εισέλθει στο διαγωνισμό επιχείρηση η οποία δεν θα μπορούσε να συμμετάσχει αυτοτελώς, επειδή στο πρόσωπό της υφίσταται λόγος αποκλεισμού». Πλην, όμως, η ανωτέρω αιτιολογία δεν φέρεται σύμφωνη με τη διάταξη του άρθρου 78 Ν.4412/2016 για τη «δάνεια εμπειρία», σύμφωνα με τα αναφερόμενα στις ανωτέρω σκέψεις 10,11, 12 και 13 κι, επιπλέον, τούτο προκύπτει και από την ίδια την ως άνω αιτιολογία αφού φέρεται ότι και τα δύο νομικά πρόσωπα που συμμετέχουν στην ένωση προσώπων υπέβαλλαν τα απαιτούμενα δικαιολογητικά σύμφωνα με τη διακήρυξη και τον Ν.4412/2016 ([...]) Τα παραπάνω δικαιολογητικά δεν προσκομίζονται για την εταιρία «. Η παρασκευή του τελικού προϊόντος εκ μέρους της εταιρίας « ανατίθεται στην εταιρία « στη βάση των προβλεπομένων του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, η οποία διαθέτει σχετική άδεια και πιστοποιητικά [...]). Σε ότι δε αφορά την αναφερόμενη στην ως άνω αιτιολογία συνδρομή λόγου αποκλεισμού της εταιρείας « » ουδέν παραπάνω αναφέρεται ούτε και προκύπτει από την προσβαλλομένη σε τι αυτός συνίσταται.

15. Επειδή, περαιτέρω στο άρθρο 364: «Ανασταλτικό αποτέλεσμα» Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: *Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας [...]. Επιπλέον στο άρθρο 6 «Ανασταλτικό αποτέλεσμα» ΠΔ 39/2017 «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» ορίζεται : «Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της ΑΕΠΠ, μετά από άσκηση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα άρθρα 21 και επόμενα του παρόντος Κανονισμού, εκτός εάν η ΑΕΠΠ κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του παρόντος αποφανθεί διαφορετικά [...]. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον αυτεπάγγελτο έλεγχο του κλιμακίου στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, έχει,*

ήδη, εκδοθεί από την αναθέτουσα αρχή απόφαση με αριθ. 109099/10-10-2017 με θέμα: «*αποδοχή οικονομικών προσφορών και ανάδειξη μειοδοτριών εταιρειών ήλεκτρονικού διαγωνισμού της Δ/ξης για την «Υπηρεσίες Σχολικών Γευμάτων» και ως εκ τούτου έχει, ήδη, εγκριθεί το πρακτικό αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και έχουν αναδειχθεί προσωρινοί ανάδοχοι στο διαγωνισμό και ειδικότερα, για τα τμήματα 8.1, 8.2 και 8.4, οι εταιρείες *[REDACTED]*, αντίστοιχα.*

16. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, και δεδομένου ότι η προσφυγή δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη ούτε προδήλως αβάσιμη αλλά, αντιθέτως εικάζεται παράβαση της νομοθεσίας προς βλάβη της προσφεύγουσας κι, επιπλέον, έχουν, ήδη, αναδειχθεί προσωρινοί μειοδότες στο διαγωνισμό, η πρόοδος της διαδικασίας θα πρέπει να ανασταλεί μέχρι να εκδοθεί η απόφαση της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προσφυγής. Αναφορικά δε με το αίτημα της προσφεύγουσας να της επιτραπεί η συμμετοχή της στη διαδικασία προκειμένου να ανοίξει η οικονομική της προσφορά, αυτό έχει καταστεί αλυσιτελές αφού, ήδη, έχουν αναδειχθεί οι προσωρινοί μειοδότες και, σε κάθε περίπτωση η αναστολή της προόδου του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση/δημοσίευση της απόφασης της ΑΕΠΠ κρίνεται επαρκές μέτρο για την προστασία της.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού και μόνο για τα τμήματα 8.1, 8.2. και 8.4 της Ομάδας 8 για τα οποία υπέβαλλε προσφορά η προσφεύγουσα, μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και δημοσιεύτηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 18-10-2017.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2ΟΥ ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΚΟΡΟΜΠΕΛΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΙΔΟΥ