

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Άννα Χριστοδουλάκου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 5.11.2018 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1157/6.11.2018 της προσφεύγουσας «.....», που εδρεύει στη, οδού, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι με αυτήν όροι της υπ' αριθμ. Διακήρυξης, με την οποία προκηρύχθηκε Διεθνής Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την «Προμήθεια Τροφίμων και Ειδών Βασικής Υλικής Συνδρομής 2018 - 2019».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη του προκηρύχθηκε Διεθνής Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την «Προμήθεια Τροφίμων και Ειδών Βασικής Υλικής Συνδρομής 2018 - 2019», συνολικού προϋπολογισμού 3.264.744,77€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Σύμφωνα με το άρθρο 1.2 της Διακήρυξης, η σύμβαση περιλαμβάνεται στα υποέργα Νο 1 και 2 της Πράξης : «ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ

ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ 2018-2019 -» στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «"Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής" του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (TEBA) 2014-2020», η οποία έχει ενταχθεί στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Επισιτιστική και βασική Υλική Συνδρομή του TEBA/FEAD» με βάση την απόφαση ένταξης με αρ. πρωτ. 633, 13/06/2018 του Γενικού Γραμματέα Κοινωνικής Αλληλεγγύης (ΑΔΑ:) και έχει λάβει κωδικό Η σύμβαση χρηματοδοτείται από την Ευρωπαϊκή Ένωση (Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους - TEBA) και από εθνικούς πόρους μέσω του ΠΔΕ. Περίληψη της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 16.10.2018 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καταχωρήθηκε, δε, η Διακήρυξη, στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 18.10.2018 με ΑΔΑΜ: καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, εξοφληθέν δυνάμει του από 5.11.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς), ύψους δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (15.000,00€), δεδομένου ότι η προδικαστική προσφυγή αφορά στο Τμήμα Α ΤΡΟΦΙΜΑ της Διακήρυξης, προϋπολογισμού 2.846.783,48€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

3. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού (προμήθεια), της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2018, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει

στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 18.10.2018, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα δηλώνει ότι έλαβε γνώση αυτής στις 2.11.2018, ημερομηνία που συμπίπτει με την ημερομηνία τεκμαιρόμενης γνώσης της Διακήρυξης και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 5.11.2018 και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

6. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα, κατά τους ισχυρισμούς της και τα συνυποβαλλόμενα με την προσφυγή της έγγραφα, δραστηριοποιείται στον τομέα της εμπορίας και επεξεργασίας κρεάτων και τροφίμων και ειδών βασικής ανάγκης, αδυνατεί να συμμετάσχει στο διαγωνισμό –στον οποίο πράγματι, δεν υπέβαλε προσφορά έως την καταληκτική προς τούτο ημερομηνία 20.11.2018- εξαιτίας των προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης, οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, έχουν τεθεί κατά παράβαση της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων.

7. Επειδή, απαραδέκτως η προσφεύγουσα με το αιτητικό της αφενός αιτείται την ακύρωση του όρου 2.2.6.2 της Διακήρυξης, καθώς αυτός αφορά στο Τμήμα Β της Διακήρυξης, το οποίο δεν αφορά η προσφυγή και αφετέρου αιτείται, επικουρικώς, τη μεταρρύθμιση των προσβαλλόμενων με την προσφυγή της όρων της Διακήρυξης, καθώς η τροποποίηση όρων της Διακήρυξης εκφεύγει της αρμοδιότητας της Α.Ε.Π.Π. (ΕΑ ΣτΕ 54/2018).

8. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 42718/15.11.2018 έγγραφό της, που διαβιβάστηκε στην Α.Ε.Π.Π. μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 16.11.2018, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, με την υπ' αριθ. Διακήρυξη του προκηρύχθηκε Διεθνής Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την «Προμήθεια Τροφίμων και Ειδών Βασικής Υλικής Συνδρομής 2018 - 2019». Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, αυτή περιλαμβάνει δύο Τμήματα, Τμήμα Α: ΤΡΟΦΙΜΑ προϋπολογισμού 2.846.783,48€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και Τμήμα Β: ΕΙΔΗ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ προϋπολογισμού 417.961,29€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Ο κάθε προσφέρων μπορεί να υποβάλει προσφορά για ένα ή και για τα δύο ως άνω Τμήματα. Οι προσφορές πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού να δίδονται για το σύνολο των προς προμήθεια ειδών του Τμήματος για το οποίο ο κάθε προσφέρων συμμετέχει και να περιλαμβάνουν ανάλυση τιμήματος ανά προϊόν/ αγαθό και συνολικό τίμημα για το σύνολο των προς προμήθεια ειδών του Τμήματος. Αντικείμενο της σύμβασης είναι α) η προμήθεια των ανωτέρω ειδών, β) η μεταφορά αυτών σε δέματα και η παράδοσή τους με κατάλληλα οχήματα στους χώρους διανομής, και γ) η εκφόρτωση, τοποθέτηση και παράδοση αυτών ταξινομημένων ανά κατηγορία δέματος εντός των χώρων διανομής στους τελικούς δικαιούχους (ωφελομένους του προγράμματος), όπως τα ανωτέρω αναλυτικώς αναφέρονται στη Διακήρυξη και στο Παράρτημα Α (άρθρο 2.9) αυτής.

10. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.6.4, 2.2.6.5, 2.2.6.6, 2.2.6.11 και 2.2.6.13 της Διακήρυξης «2.2.6.4 Με σκοπό την υποστήριξη του έργου της Κοινωνικής Σύμπραξης, ο οικονομικός φορέας στο πλαίσιο της παρούσας Διακήρυξης απαιτείται να υποστηρίξει στην επί τόπου διανομή των ειδών στους ωφελομένους, καθώς και στην προσωρινή αποθήκευση των ειδών μέχρι την επόμενη διανομή τους, σύμφωνα με τις οδηγίες της Αναθέτουσας Αρχής, περιλαμβάνοντας τις απαιτούμενες υπηρεσίες μεταφοράς, τηρώντας τις τεχνικές προδιαγραφές του κάθε είδους για τη μεταφορά, διανομή, αποθήκευση και συντήρησή τους, όπως αυτές περιγράφονται αναλυτικά στο παράρτημα Α «Μελέτη» της παρούσας. Ο οικονομικός φορέας καλείται να αναλάβει την παροχή υπηρεσιών για την επί τόπου διανομή των ειδών στους ωφελομένους και τη διευκόλυνση του έργου της Κοινωνικής Σύμπραξης, βάσει των ακόλουθων

Αριθμός Απόφασης: 1114/2018

προϋποθέσεων: □ τα απαραίτητα φορτηγά ψυγεία, υποχρεούνται να παραμένουν στο χώρο διανομής μέχρι την ολοκλήρωση αυτής και κατ' ανώτατο όριο για δέκα (10) ώρες , και ο οικονομικός φορέας δεσμεύεται να υποστηρίξει το έργο της Κοινωνικής Σύμπραξης, που αφορά στην ανάληψη εκ μέρους του των υπηρεσιών για την επιτόπου διανομή των ειδών στους ωφελούμενους, για το χρονικό διάστημα που θα απαιτηθεί κατά την ημερομηνία παράδοσης των ειδών. Ο οικονομικός φορέας αναλαμβάνει τη διαδικασία οργάνωσης και σύνθεσης των τελικών πακέτων παράδοσης των ειδών, τη διανομή τους στους ωφελούμενους, διαθέτοντας τουλάχιστον δέκα (10) άτομα ανά διανομή, την απαιτούμενη υποδομή (κιβώτια προσωρινής αποθήκευσης, τέντες, τροχήλατα οχήματα μεταφοράς, κ.λπ.) και τα ανωτέρω ακολουθώντας τις υποδείξεις της Υπηρεσίας πάντα υπό την εποπτεία της αρμόδιας Επιτροπής Παραλαβής. Για την απόδειξη της πρόθεσης του οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί στα προαναφερθέντα, απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού η προσκόμιση σχετικής Υπεύθυνης Δήλωσης, με ρητή αναφορά στη δέσμευση που αναλαμβάνει σύμφωνα με τα όσα αναφέρονται ανωτέρω.

2.2.6.5 Ο οικονομικός φορέας καλείται να αναλάβει την παροχή υπηρεσιών για τη μεταφορά και προσωρινή αποθήκευση των ειδών που δεν διανεμήθηκαν κατά την επί τόπου διανομή (πλην των νωπών τροφίμων και οπωρολαχανικών) και την εκ νέου μεταφορά τους στους χώρους της διανομής της Κοινωνικής Σύμπραξης για την εκ νέου διανομή τους στους ωφελούμενους, παρέχοντας τις υπηρεσίες που περιγράφονται στην προηγούμενη παράγραφο. Η προσωρινή αποθήκευση των ειδών θα πραγματοποιείται σε αποθηκευτικούς χώρους, με τις νόμιμες αδειοδοτήσεις, ανάλογα με τα είδη προς προσωρινή αποθήκευση, που θα διατίθενται από τον Οικονομικό Φορέα στην για το χρονικό διάστημα υλοποίησης της σύμβασής του. Για την εύρυθμη υλοποίηση του έργου της απαιτείται οι αποθηκευτικοί χώροι που θα διατίθενται, να χωροθετούνται εντός ενός (1) χιλιομέτρου από την Κοινωνική Υπηρεσία του (.....,) και εντός ενός (1) χιλιομέτρου από τη (.....). Σημειώνεται ότι ο χώρος που θα διαθέσει ο οικονομικός φορέας ως αποθήκη εντός του, θα χρησιμοποιηθεί και από την Αναθέτουσα Αρχή ως χώρος απ' όπου θα πραγματοποιείται η

διανομή προς τους ωφελούμενους του οποιονδήποτε λόγο, ο οικονομικός φορέας οφείλει να τα αντικαταστήσει χωρίς καθυστέρηση. Για την απόδειξη της πρόθεσης του οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί στα προαναφερθέντα, απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, να προσκομίσει, Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία αναφέρεται: □ ότι δεσμεύεται να διαθέσει αποθηκευτικό χώρο καθ' όλη τη διάρκεια υλοποίησης της σύμβασής τους και σε κάθε περίπτωση μέχρι τις 31/12/2019, □ τα στοιχεία της αποθήκης, καθώς τις απαραίτητες άδειες, □ ότι δεσμεύεται να αναλάβει τη μεταφορά και προσωρινή αποθήκευση όλων των ειδών, πλην νωπών τροφίμων και οπωρολαχανικών, που δεν διανεμήθηκαν κατά την επί τόπου διανομή, και την εκ νέου μεταφορά τους στους χώρους της διανομής των εταίρων της, αναλαμβάνοντας την εκ νέου διανομή τους στους ωφελούμενους. Η Υπεύθυνη Δήλωση συνοδεύεται, επί ποινή αποκλεισμού, από: α) Οποιοδήποτε έγγραφο από το οποίο να προκύπτει η ακριβής τοποθεσία της αποθήκης δηλαδή η ύπαρξη αποθήκης σε απόσταση εντός ενός (1) χιλιομέτρου από την Κοινωνική Υπηρεσία του(.....,) και εντός ενός (1) χιλιομέτρου από τη (.....) (τοπογραφικό / κτηματολογικό διάγραμμα ή διαδικτυακή αποτύπωση κ.α. υπογεγραμμένο από πολιτικό μηχανικό), β) Κάτοψη της αποθήκης, απ' την οποία να προκύπτει το μέγεθός της, γ) Τις προβλεπόμενες άδειες για την αποθήκευση τροφίμων ή/και ειδών ΒΥΣ (εφόσον υπάρχουν), δ) Βεβαίωση από Αρμόδια Αρχή από την οποία να προκύπτει η χρήση γης του ακινήτου. Σε περίπτωση που ο Οικονομικός Φορέας δεν είναι κύριος αποθήκης, θα πρέπει πέραν των ανωτέρω να καταθέσει, επί ποινή αποκλεισμού, σχετικό συμφωνητικό μίσθωσης ή προσύμφωνο μίσθωσης με τον κύριο αυτής, στο οποίο ορίζεται ότι, σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, η εν λόγω μίσθωση έχει διάρκεια τουλάχιστον έως την 31/12/2019. 2.2.6.6 Για τα νωπά τρόφιμα και τα οπωρολαχανικά, ο οικονομικός φορέας καλείται να αναλάβει αυθημερόν, μετά το πέρας των διανομών, την παροχή υπηρεσιών για τη μεταφορά και παράδοση των ειδών που δεν διανεμήθηκαν κατά την επί τόπου διανομή σε συσσίτια ή/και σε άλλους χώρους, σύμφωνα με τις υποδείξεις της Αναθέτουσας Αρχής. Για την απόδειξη της πρόθεσης του οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί στα

προαναφερθέντα, απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, να προσκομίσει, Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία αναφέρονται τα ανωτέρω. 2.2.6.11 Ο υποψήφιος οικονομικός φορέας πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να καταθέσει με την προσφορά του Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο Επαγγελματικής Ευθύνης καθώς και Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο Αστικής Ευθύνης έναντι τρίτων. Τα εν λόγω Ασφαλιστήρια θα αντιστοιχούν τουλάχιστον στο 80% του συνολικού προϋπολογισμού του τμήματος της παρούσας για το οποίο ο οικονομικός φορέας συμμετέχει (μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.). Προσκομίζεται επιπλέον Υπεύθυνη δήλωση, επί ποινή αποκλεισμού, με την οποία ο οικονομικός φορέας δεσμεύεται ότι τα ανωτέρω συμβόλαια θα βρίσκονται σε ισχύ καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης. 2.2.6.13 Ο προσφέρων οικονομικός φορέας, κατά τα αναλυτικώς οριζόμενα στο Παράρτημα Α της παρούσης (παρ. 2.9. Υποχρεώσεις Αναδόχου) οφείλει να τυποποιήσει τα δέματα των ωφελούμενων, να τα μεταφέρει με τα κατάλληλα οχήματα στον τόπο διανομής, να τα εκφορτώσει, να τα τοποθετήσει και να τα παραδώσει ταξινομημένα ανά κατηγορία δέματος εντός των χώρων διανομής στους τελικούς δικαιούχους (ωφελούμενους του προγράμματος). Για την απόδειξη της πρόθεσης του, να ανταποκριθεί στα οριζόμενα ανωτέρω, οφείλει να προσκομίσει επί ποινή αποκλεισμού σχετική Υπεύθυνη Δήλωση».

11. Επειδή, αναφορικά με τα ως άνω άρθρα της Διακήρυξης, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι «1.2. Σύμφωνα λοιπόν με τη διακήρυξη, αποκλείεται στην πραγματικότητα οποιαδήποτε επιχείρηση δεν έχει ιδιόκτητες αποθήκες στην περιοχή που ορίζεται, ή να έχει ήδη μισθώσει τέτοιες αποθήκες με διάρκεια μίσθωσης μέχρι την 31-12-2019. Μάλιστα σωρευτικά η Αναθέτουσα Αρχή με τη διακήρυξη, όπως είναι διατυπωμένη, ζητά από τον προσφέροντα επί ποινή αποκλεισμού να διαθέτει δύο τέτοιες εγκαταστάσεις (αποθήκες) σε απόσταση ενός χιλιομέτρου τόσο από την έδρα της Κοινωνικής Υπηρεσίας του (.....), όσο και τη διασταύρωση της παλαιάς Εθνικής οδού και στα Εξ ετέρου είναι προφανές ότι είναι ιδιαίτερα δυσχερές - κυριολεκτικώς αδύνατο - κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής για οποιοδήποτε ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα να συμμετάσχει χωρίς να διαθέτει ήδη τέτοιες

εγκαταστάσεις, (ιδιόκτητες ή μισθωμένες), ή στο χρονικό διάστημα από τη δημοσίευση της διακήρυξης μέχρι την υποβολή των προσφορών να ανεύρει, να διαπραγματευθεί και να προσυμφωνήσει μίσθωση τέτοιων κατάλληλων και εφοδιασμένων με άδειες κλπ εγκαταστάσεων υπό την αίρεση της ανάδειξης αυτού ως μειοδότη και με διάρκεια μέχρι 31-12-2019 ήτοι μικρότερη της ελάχιστης διάρκειας επαγγελματικής μίσθωσης που προβλέπει το ΠΔ 34/1995 όπως ισχύει σήμερα (τριετία). Συνεπώς οποιαδήποτε επιχείρηση ΔΕΝ διαθέτει ήδη τέτοιες εγκαταστάσεις χωροθετημένες με ακρίβεια σύμφωνα με τη διακήρυξη, όπως η επιχείρησή μας, ουσιαστικά αποκλείεται από τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Με τον τρόπο αυτό, η Αναθέτουσα Αρχή περιορίζει κατά τρόπο παράνομο τον αριθμό των ενδιαφερομένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό και εν τοις πράγμασι, ιδρύει στην κριτήριο εντοπιότητας για την κατακύρωση πράγμα που κωλύει τον ελεύθερο ανταγωνισμό και αντίκειται στις σχετικές διατάξεις του Ελληνικού Κράτους και της Ευρωπαϊκής Ένωσης και το Σύνταγμα και συνεπώς πρέπει να γίνει δεκτή η Προσφυγή μας για το λόγο αυτό και να ακυρωθούν οι συγκεκριμένοι όροι της Σύμβασης. 2. Επειδή εξ άλλου οι παραπάνω όροι της Διακήρυξης έχουν τεθεί παρά το Νόμο και πρέπει να ακυρωθούν και εξαφανισθούν άλλως να μεταρρυθμισθούν και για τον παρακάτω λόγο : Όπως προκύπτει από τη με αριθμό πρωτοκόλλου Πρόσκληση (.....), για την Υποβολή Προτάσεων στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Επιστημικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής στους Απόρους (ΤΕΒΑ), η διανομή των τροφίμων στους τελικούς ωφελούμενους ΔΕΝ ΑΠΟΤΕΛΕΙ υποχρέωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα αλλά των Κοινωνικών Εταίρων οι οποίοι έχουν επιδοτηθεί από την Ευρωπαϊκή Ένωση για να έχουν την κατάλληλη υποδομή προς τούτο με ανάλογο λογισμικό. Ειδικότερα τούτο απορρέει αναντίρρητα από τη με αριθμό πρωτοκόλλου Πρόσκληση για την Υποβολή Προτάσεων στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Επιστημικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής στους Απόρους (ΤΕΒΑ) η οποία αναρτήθηκε στο διαδίκτυο με ΑΔΑ : στην οποία ΚΑΘΟΡΙΖΟΝΤΑΙ οι όροι και προϋποθέσεις για την υλοποίηση του Επιχειρησιακού Προγράμματος, όπου ειδικότερα υπό αριθμό 1.3.2. όπου αναφέρονται επί λέξει τα εξής : «1.3.2. ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ (5%) 2018-

Αριθμός Απόφασης: 1114/2018

2019 Για τα έτη 2018-2019 η προμήθεια τροφίμων και βασικής υλικής συνδρομής γίνεται αποκεντρωμένα από τους Επικεφαλής Εταίρους / Δικαιούχους. Η αποθήκευσή των προμηθειών, η μεταφορά τους στα σημεία διανομής και η διανομή τους στους ωφελούμενους γίνεται από τους Δικαιούχους/Επικεφαλής Εταίρους των Κοινωνικών Συμπράξεων (Κ.Σ.), με ευθύνη και επιμέλειά τους. Για την παρακολούθηση των προμηθειών οι Κ.Σ. χρησιμοποιούν υποχρεωτικά το Λογισμικό Παρακολούθησης Αποθεμάτων Αποθήκης που θέτει στη διάθεσή τους η Διαχειριστική Αρχή, όπου πρέπει να απεικονίζεται ολόκληρος ο κύκλος διακίνησης των προϊόντων. Η διανομή των προϊόντων πιστοποιείται μέσω του Λογισμικού Παρακολούθησης Αποθεμάτων Αποθήκης.» Συνεπώς με βάση την Πρόσκληση της Αρχής (.....), η Διοίκηση ρητά καθόρισε ότι όλες οι υποχρεώσεις για την αποθήκευση των προμηθειών, και ιδίως η διανομή των τους στους ωφελούμενους γίνεται από τους Δικαιούχους/Επικεφαλής Εταίρους των Κοινωνικών Συμπράξεων με ευθύνη και επιμέλειά τους και μόνον η προμήθεια των παρεχόμενων ειδών, διενεργείται πάντοτε με ευθύνη των Επικεφαλής Εταίρων (..... και λοιποί Κοινωνικοί Εταίροι) από τους οικονομικούς φορείς. Με άλλες λέξεις αντικείμενο των συμβάσεων διανομής τροφίμων στα πλαίσια του ΤΕΒΑ όσον αφορά στις υποχρεώσεις του οικονομικού φορέα, δεν αποτελεί η διανομή των τροφίμων στον τελικό παραλήπτη ωφελούμενο, αλλά η παράδοση αυτών στους Δικαιούχους / Επικεφαλής Εταίρους των Κοινωνικών Συμπράξεων (Αναθέτουσες Αρχές και Κοινωνικούς Εταίρους). Τούτο επιρρωνύεται και από τη ρητή μέριμνα της Κεντρικής Διοίκησης για την κάλυψη της σχετικής δαπάνης από τους Επικεφαλής Εταίρους των Κοινωνικών Συμπράξεων (διοικητική δαπάνη) σε ποσοστό 5% του προϋπολογισμού του έργου, και σε καμία περίπτωση δεν μπορούν να αποτελούν υποχρέωση των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, οι οποίοι έχουν υποχρέωση εμπρόθεσμης και προσήκουσας παράδοσης και μόνον των προμηθειών σύμφωνα με τις ποιοτικές προδιαγραφές που καθορίζουν οι Διακηρύξεις στα πλαίσια του ως άνω Επιχειρησιακού Προγράμματος. Η μετακύλιση λοιπόν του έργου της αποθήκευσης, και ιδίως διανομής και αναδιανομής αναδιανομής αδιάθετων

προμηθειών από τον οικονομικό φορέα, είναι παράνομη, εκφεύγει των ορίων του Επιχειρησιακού Προγράμματος, όπως έχει οριοθετηθεί από την Κεντρική Διοίκηση, ώστε κάθε όρος της διακήρυξης αντίθετος προς τα άνω είναι άκυρος και πρέπει να εξαφανισθεί. Συνακόλουθα προς τα παραπάνω ο όρος για την επί ποινή αποκλεισμού, κατάθεση Ασφαλιστηρίου Συμβολαίου Επαγγελματικής Ευθύνης και Αστικής Ευθύνης έναντι τρίτων από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα (2.2.6.11) είναι αλυσιτελής και δεν εξυπηρετεί τους σκοπούς της διακήρυξης, καθόσον μέχρι την παράδοση των προμηθειών την ευθύνη έχει ο φορέας μετά δε την παράδοση αυτών την αποκλειστική ευθύνη φέρει η Αναθέτουσα Αρχή, αφού πλέον ο κίνδυνος μεταβιβάζεται σε αυτήν κατά τις γενικές διατάξεις του Α.Κ.. Ο όρος αυτός δεν έχει αναγραφεί σε καμία απολύτως διακήρυξη του ΤΕΒΑ στην Ελλάδα, από της ενάρξεως της δράσης αυτής και μέχρι σήμερα. Μόλις απομένει να σημειώσουμε ότι προφανές είναι ότι η διανομή των ειδών τα οποία θα είναι πακετοποιημένα, μπορεί και πρέπει να γίνεται σε οποιοδήποτε δημόσιο χώρο (επί παραδείγματι : κοινωνικά παντοπωλεία, μισθωμένους από την αναθέτουσα Αρχή χώρους, αυλές και αίθουσες γυμναστηρίων, γηπεδικές εγκαταστάσεις, πλατείες κλπ), ή σε άλλους χώρους που θα υποδειχθούν με τη μέριμνα και ευθύνη της Αναθέτουσας Αρχής και των Κοινωνικών Εταίρων χωρίς να είναι αναγκαία η διανομή των προμηθειών σε αποθηκευτικούς χώρους του οικονομικού φορέα, γεγονός που θα καθιστούσε εντελώς άχρηστο το μεταφορικό έργο που όμως ζητείται από τη διακήρυξη. Αποκλειόμαστε δηλαδή από τη συμμετοχή μας σε μια σύμβαση Προμήθειας και παράδοσης τροφίμων στην Αναθέτουσα Αρχή και στους Κοινωνικούς Εταίρους όπως την έγει οριοθετήσει το Υπουργείο, αφού η Αναθέτουσα Αρχή τη μετέβαλε παράνομα και αυθαίρετα σε σύμβαση Διανομής στους ωφελούμενους, ώστε ουσιαστικά μόνον αυτοί που ήδη έχουν εγκαταστάσεις επί τόπου να είναι οι μόνοι δικαιούμενοι συμμετοχής. Πρέπει λοιπόν να γίνει δεκτή η προσφυγή μας για το λόγο αυτό».

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, αναφέρει, σχετικώς, με τις Απόψεις τα ακόλουθα: «Α. Υποστήριξη της αναθέτουσας αρχής από τον οικονομικό φορέα στη διανομή και την αποθήκευση των προϊόντων –

προσκόμιση συμφωνητικού μίσθωσης ή προσύμφωνου μίσθωσης με τον κύριο των αποθηκών - τοποθεσία των σημείων διανομής – αποθήκευσης των προϊόντων. Όπως έχει ήδη κριθεί με την υπ' αριθμ. 37/2017 απόφαση της Αρχής σας, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 918/2003, 763, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, απαραδέκτως δε αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών. Επομένως, ο Δήμος μας είναι ελεύθερος να διαμορφώσει κατά την κρίση του όρους της διακηρύξεως, οι οποίοι όροι δεν παραβιάζουν τη νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και την εσωτερική νομοθεσία. Όπως εν προκειμένω, η απαίτηση της διακήρυξής μας, υποστήριξης του Δήμου μας από τον ανάδοχο στη διανομή και την αποθήκευση των υπό προμήθεια προϊόντων σε αποθήκες, που βρίσκονται σε κοντινή περιοχή από τον Δήμο μας και η προσκόμιση, προς απόδειξη της διαθεσιμότητας των εν λόγω αποθηκών, από τους υποψηφίους, που δεν είναι κύριοι αυτών, συμφωνητικού μίσθωσης ή προσύμφωνου μίσθωσης. Ειδικότερα:

α). Ως προς τη νομιμότητα της πρότασής μας – των όρων της διακήρυξης σχετικά με την υποστήριξη της αναθέτουσας αρχής από τον οικονομικό φορέα στη διανομή και την αποθήκευση των προϊόντων. 1. Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, ο εν λόγω διαγωνισμός διενεργείται στο πλαίσιο των υποέργων Νο 1 και 2 της Πράξης «ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ 2018-2019» – Κ.Σ.» στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής» του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (TEBA) 2014-2020», η οποία έχει ενταχθεί στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Επισιτιστική και βασική Υλική Συνδρομή του TEBA/FEAD» με βάση την απόφαση ένταξης με αρ. πρωτ. 633, 13/06/2018 του Γενικού Γραμματέα Κοινωνικής Αλληλεγγύης και έχει λάβει

κωδικό Επομένως, ο Δήμος μας, προκειμένου να αναδειχθεί δικαιούχος του εν λόγω επιχειρησιακού προγράμματος κατέθεσε πρόταση υλοποίησης, σύμφωνη με τους όρους της πρόσκλησης της αρμόδιας διαχειριστικής αρχής, μέρος της πρότασης αυτής ήταν η προσβαλλόμενη διακήρυξη του διαγωνισμού. Εν συνεχεία, τόσο, η πρότασή μας αυτή ενεκρίθη με την ανωτέρω απόφαση ένταξης του Γενικού Γραμματέα Κοινωνικής Αλληλεγγύης, όσο, και οι όροι της παρούσας διακήρυξης ενεκρίθησαν με απόφαση της αρμόδιας διαχειριστικής αρχής (σχ. 1). Ως εκ τούτου, δεν γεννάται λόγος αμφισβήτησης της νομιμότητας της πρότασής μας και συνακόλουθα των όρων της διακήρυξης έναντι των καθοριζόμενων από την πρόσκληση όρων της αρμόδιας για το εν λόγω επιχειρησιακό πρόγραμμα Αρχής του Ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η ανωτέρω πρόσκληση της διαχειριστικής αρχής όριζε, ότι όλες οι υποχρεώσεις διανομής στους ωφελούμενους και αποθήκευσης των προμηθειών ανήκουν στους Δικαιούχος / Επικεφαλής Εταίρους των Κοινωνικών Συμπράξεων, δηλαδή μεταξύ άλλων και στον Δήμο μας. Η δε πρότασή μας, μέρος της οποίας ήταν και η εν προκειμένω προσβαλλόμενη διακήρυξη είναι παράνομη, ως αντίθετη στον ανωτέρω όρο της πρόσκλησης της διαχειριστικής αρχής και ως εκ τούτου δεν επιτρέπεται, όπως προβλέπεται στη διακήρυξή μας, η υποστήριξη του Δήμου μας από τον ανάδοχο στη διανομή και την αποθήκευση των προϊόντων. 2. Η νομιμότητα της πρότασης του Δήμου μας και κατ'επέκταση της έγκρισης αυτής από τη διαχειριστική αρχή αλυσιτελώς αμφισβητείται σε μεταγενέστερο, από την έγκριση αυτής, στάδιο, με την ασκηθείσα, σύμφωνα με την προβλεπόμενη στα άρθρα 360 επόμενα του ν.4412/2016 διαδικασία, προδικαστική προσφυγή κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού και σε κάθε περίπτωση, απαραδέκτως, ελλείψει εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος. Και τούτο διότι, ο προσφεύγων δεν ήτο υποψήφιος δικαιούχος του ανωτέρω επιχειρησιακού προγράμματος, ούτε και εδύνατο, καθώς δεν πληρούσε τους όρους της συγκεκριμένης πρόσκλησης, δεν συμπεριλαμβανόταν μεταξύ των προβλεπόμενων στην υπ' αριθμ. Δ23/οικ.23761/1507/27.05.2015 (ΦΕΚ Β'1064/05-06-2015) Υπουργική Απόφαση "Προσδιορισμός Κοινωνικών Συμπράξεων για την υλοποίηση των παρεμβάσεων του Επιχειρησιακού

Προγράμματος I «Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής για το Ταμείο Ευρωπαϊκή Ένωση Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (TEBA) Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (TEBA/FEAD)» δικαιούμενων για την υποβολή προτάσεων έργων (πράξεων), προκειμένου να ενταχθούν και χρηματοδοτηθούν στο πλαίσιο του Άξονα Προτεραιότητας του Επιχειρησιακού Προγράμματος. **3.** Επιπλέον, ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης του Δήμου μας είναι σε πλήρη συμφωνία με τους όρους της ανωτέρω πρόσκλησης. Και τούτο διότι, η εν λόγω πρόσκληση δεν απαγόρευε την ανάθεση της εκτέλεσης της διανομής και της αποθήκευσης των προμηθειών στους αναδόχους, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων. Ειδικότερα, στην παράγραφο I.1.5.1 «Επιλέξιμες Δαπάνες» της πρόσκλησης και συγκεκριμένα στην περίπτωση 2 αυτής προβλέπονται οι επιλέξιμες διοικητικές δαπάνες μέχρι το ποσοστό 5%, μεταξύ των δαπανών αυτών προβλέπονται και η διανομή και η αποθήκευση των προϊόντων, καθώς και λοιπές δαπάνες, όπως οι δαπάνες δημοσιότητας, παροχής συμβουλευτικών υπηρεσιών, προμήθειας μηχανογραφικών συστημάτων διαχείρισης έργου κλπ (σχ. 2). Από τις επιλέξιμες, για το εν λόγω πρόγραμμα, δαπάνες οι δικαιούχοι αυτού, όπως ο Δήμος μας, μπορούν να αποφασίσουν ποιες από τις διαδικασίες που αντιστοιχούν στις δαπάνες αυτές θα επιλέξουν να εκτελέσουν και εν συνεχεία ποιες από αυτές θα διενεργήσουν μόνοι τους και ποιες με τη βοήθεια τρίτων, τους οποίους, όπως προβλέπει η πρόσκληση, θα τους επιλέξουν μέσω των προβλεπόμενων, στην ισχύουσα νομοθεσία περί προμηθειών και υπηρεσιών, διαδικασιών, όπως εν προκειμένω μέσω της διενέργειας διαγωνισμού. Με άλλα λόγια, είναι στη διακριτική ευχέρεια των δικαιούχων του προγράμματος να επιλέξουν, αν θα χρησιμοποιήσουν το ανωτέρω ποσοστό για την κάλυψη, μεταξύ άλλων, και των δαπανών της διανομής και της αποθήκευσης των προϊόντων, όπως επέλεξε ο Δήμος μας και εν συνεχεία να επιλέξουν αν η διανομή και η αποθήκευση θα διενεργηθούν από τους ίδιους τους δικαιούχους ή από άλλους τρίτους, όπως εν προκειμένω από τον ανάδοχο του διαγωνισμού. **4.** Η ανωτέρω δυνατότητα επιλογής μεταξύ των αναφερόμενων επιλέξιμων διοικητικών δαπανών δίδεται από την πρόσκληση προκειμένου οι δικαιούχοι να μπορούν να προσαρμόσουν

το εν λόγω πρόγραμμα με τον καλύτερο δυνατό τρόπο στις εξειδικευμένες ανάγκες τους. Για παράδειγμα, ο Δήμος μας επέλεξε να ζητήσει από τους υποψηφίους αναδόχους του διαγωνισμού να αναλάβουν τη διανομή και αποθήκευση των προϊόντων και παράσχουν κτίρια, τα οποία θα χρησιμοποιηθούν ως σημεία διανομής και αποθήκευσης των προϊόντων, μόνο στις περιοχές, στις οποίες δεν υπάρχουν ήδη διαθέσιμα. Με την εν λόγω επιλογή επιτυγχάνεται: Πρώτον, η εύρεση χώρου, ελλείπει αυτού, για τη διανομή των προϊόντων στους ωφελούμενους. Δεύτερον, η δυνατότητα των ωφελούμενων να προσεγγίζουν εύκολα, χωρίς ιδιαίτερο κόπο τα σημεία διανομής και αποθήκευσης των προϊόντων είτε, αυτά διατίθενται από τον ανάδοχο, είτε όχι. Τρίτον, η διατήρηση στις αποθήκες των προϊόντων που δεν καταναλώθηκαν τη μία ημέρα και η διανομή αυτών στους ωφελούμενους την επόμενη μέρα. Αντιθέτως, αν ο ανάδοχος αναγκαζόταν να επιστρέψει τα εν λόγω προϊόντα στις εγκαταστάσεις της εταιρείας του, σε μακρινή απόσταση από τα σημεία διανομής και να τα φέρει εκ νέου την επόμενη μέρα, αυτά δεν θα μπορούσαν να διατηρηθούν σε προσήκουσα κατάσταση και να συνιστούν προϊόν κατάλληλο προς διανομή και κατανάλωση στους ωφελούμενους την επόμενη μέρα. Τέταρτον, ο καλύτερος έλεγχος της εκτέλεσης της σύμβασης από τον Δήμο μας διατηρώντας ο ανάδοχος τη συνολική ευθύνη για την προμήθεια και τη διανομή - αποθήκευση των προϊόντων στους ωφελούμενους. β). Ως προς την υποχρέωση προσκόμισης συμφωνητικού μίσθωσης ή προσύμφωνου μίσθωσης με τον κύριο των αποθηκών. Προκειμένου ο Δήμος μας να διασφαλίσει ότι ο υποψήφιος θα μπορεί να χρησιμοποιήσει σε περίπτωση που αναδειχθεί ανάδοχος τις ανωτέρω ζητούμενες αποθήκες, νομίμως η εν λόγω διακήρυξη προβλέπει, σε περίπτωση που αυτός δεν είναι κύριος των αποθηκών, την υποχρέωση προσκόμισης σχετικού συμφωνητικού μίσθωσης ή προσυμφώνου μίσθωσης με τον κύριο αυτών. Με άλλα λόγια, δεν απαιτείται από τη διακήρυξη, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, οι υποψήφιοι να είναι κύριοι ή να έχουν ήδη μισθώσει, πριν αναλάβουν την εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης τις ζητούμενες αποθήκες. Ως εκ τούτου, δεν αποκλείεται, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, οποιοσδήποτε υποψήφιος που δεν είναι ιδιοκτήτης αποθήκης

στην περιοχή ή δεν έχει μισθώσει αποθήκη, καθώς μπορεί να προσκομίσει ένα απλό προσύμφωνο μίσθωσης. γ). Ως προς την τοποθεσία των σημείων διανομής – αποθήκευσης των προϊόντων. Ο διαγωνισμός διενεργείται για την προμήθεια προϊόντων που προορίζονται για ωφελούμενους συγκεκριμένης εδαφικής περιοχής, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω. Οι ωφελούμενοι θα προμηθεύονται τα προϊόντα αυτά από συγκεκριμένα σημεία διανομής, ως τέτοια σημεία θα χρησιμοποιηθούν αποθήκες, οι οποίες βρίσκονται εντός της εν λόγω εδαφικής περιοχής, οι περισσότερες εκ των οποίων είναι ήδη διαθέσιμες προς χρήση. Ο Δήμος μας αποφάσισε, για τις λοιπές περιοχές, στις οποίες δεν υπάρχουν διαθέσιμες αποθήκες, να ζητήσει την διάθεση αυτών από τον ανάδοχο. Επειδή, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, οι ωφελούμενοι θα μεταβαίνουν με δικά τους μέσα στα εν λόγω σημεία διανομής– αποθήκευσης ο Δήμος μας, για την καλύτερη εκτέλεση του αντικείμενου της σύμβασης, επέλεξε τόσο, οι ήδη διαθέσιμες αποθήκες, όσο και οι προς διάθεση από τον ανάδοχο να βρίσκονται σε ευκόλως προσβάσιμα στους ωφελούμενους σημεία. Επομένως, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί ίδρυσης κριτηρίου εντοπιότητας είναι παντελώς αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί. Κατ' ακολουθίαν όλων των ανωτέρω (υπό στοιχεία α), β) και γ)), ο Δήμος μας είναι ελεύθερος να διαμορφώσει κατά την κρίση του τους όρους της διακηρύξεως, εφόσον αυτοί δεν είναι αντίθετοι με τη νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και την εσωτερική νομοθεσία. Εν προκειμένω, ο Δήμος μας, προς εξυπηρέτηση των συγκεκριμένων αναγκών της σύμβασης, νομίμως, επέλεξε την παροχή υποστήριξης από τον ανάδοχο στη διανομή και αποθήκευση των προϊόντων σε αποθήκες στα σημεία στα οποία δεν υπάρχουν ήδη διαθέσιμες αποθήκες, για τους λόγους που αναλύθηκαν ανωτέρω. Νομίμως, ζητείται από τη διακήρυξη, προς απόδειξη της δυνατότητας χρήσης των εν λόγω αποθηκών από τον υποψήφιο ανάδοχο, η προσκόμιση, σε περίπτωση που ο ίδιος δεν είναι κύριος αυτής, συμφωνητικού μίσθωσης ή προσύμφωνου μίσθωσης. Οι ανωτέρω ισχυρισμοί του προσφεύγοντος προβάλλονται αβασίμως και πρέπει να απορριφθούν. Β. Υποχρέωση προσκόμισης ασφαλιστήριου συμβολαίου επαγγελματικής ευθύνης και ασφαλιστήριου συμβολαίου αστικής ευθύνης έναντι τρίτων. 1. Στο Παράρτημα

XII «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής» του Προσαρτήματος Α, στο Μέρος Ι: «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» του ν.4412/2016 προβλέπεται ότι «Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα 1. Στο Παράρτημα XII «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής» του Προσαρτήματος Α, στο Μέρος Ι: «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» του ν.4412/2016 προβλέπεται ότι «Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις ή, όπου ενδείκνυται, πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων...». 2. Σύμφωνα με τα ανωτέρω ένας από τους προβλεπόμενους από το ν. 4412/2016 τρόπους απόδειξης της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του οικονομικού φορέα σε μία διαγωνιστική διαδικασία είναι η προσκόμιση, μεταξύ άλλων, πιστοποιητικού ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων. Επομένως, νομίμως ο Δήμος μας προβλέπει στην εν λόγω διακήρυξη την υποχρέωση προσκόμισης από τον ανάδοχο συμβολαίου ασφαλιστικής κάλυψης. Επιπροσθέτως, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι η κατάθεση του εν λόγω συμβολαίου είναι αλυσιτελής και δεν εξυπηρετεί τους σκοπούς της διακήρυξης καθόσον «μέχρι την παράδοση των προμηθειών την ευθύνη έχει ο φορέας μετά δεν την παράδοση αυτών την αποκλειστική ευθύνη φέρει η Αναθέτουσα Αρχή» προβάλλεται αορίστως. Η απαίτηση από τη διακήρυξη προσκόμισης συμβολαίου ασφαλιστικής κάλυψης δεν εξαρτάται από τον τρόπο εκτέλεσης της σύμβασης, εάν δηλαδή η διακήρυξη προβλέπει ότι, ο ανάδοχος θα παραδώσει τα προϊόντα στην αναθέτουσα αρχή για να τα διανείμει εκείνη στους ωφελούμενους ή εάν ο ίδιος ο ανάδοχος θα διανείμει τα προϊόντα αυτά. Αντιθέτως, η εν λόγω απαίτηση συνέχεται άμεσα με τη φύση του αντικειμένου της προμήθειας και τη συνακόλουθη ανάγκη της αναθέτουσας αρχής εξασφάλισης ασφαλιστικής κάλυψης σε περίπτωση κινδύνου. 3. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω νομίμως ο Δήμος μας προβλέπει την προσκόμιση συμβολαίου ασφαλιστικής κάλυψης ο δε ισχυρισμός του προσφεύγοντος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί».

13. Επειδή, οι λόγοι που προβάλλει η προσφεύγουσα κατά των ως άνω όρων, κατά το μέρος που με αυτούς αποτελεί αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και η διανομή των προϊόντων στους τελικούς ωφελούμενους, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Τούτο, διότι, ουδόλως προκύπτει, ως αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ότι η τελική διανομή αποτελεί υποχρέωση του Δήμου και δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο ανάθεσης. Αντίθετα, όπως, ευθέως προκύπτει και από το παρατιθέμενο από την προσφεύγουσα και επικαλούμενο από την ίδια κείμενο της υπ' αριθμ. Πρόσκλησης για την Υποβολή Προτάσεων στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής στους Απόρους (ΤΕΒΑ)» (ΑΔΑ:), αυτή ουδόλως διακρίνει, όπως βασίμως προβάλλει και η αναθέτουσα αρχή, μεταξύ της αποθήκευσης, της μεταφοράς στα σημεία διανομής και της διανομής στους τελικούς ωφελουμένους, όλως αβασίμως, δε, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι *«ιδίως η διανομή των στους ωφελουμένους γίνεται από τους Δικαιούχους/Επικεφαλής Εταίρους των Κοινωνικών Συμπράξεων με ευθύνη και επιμέλειά τους και μόνο η προμήθεια των παρεχόμενων ειδών, διενεργείται πάντοτε με ευθύνη των Επικεφαλής Εταίρων (.....και λοιποί Κοινωνικοί Εταίροι) από τους οικονομικούς φορείς»*. Όσον αφορά στον όρο 2.2.6.11 της Διακήρυξης περί Ασφαλιστηρίου Συμβολαίου, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα στηρίζει την προβολή του σχετικού με τον ως άνω όρο λόγου στο δεδομένο ότι είναι ακυρωτέα η απαίτηση της Διακήρυξης περί διανομής των προϊόντων στους τελικούς ωφελουμένους από τους οικονομικούς φορείς, κατόπιν της κατά τα ως άνω κρίσης ότι οι σχετικοί λόγοι της προσφυγής είναι αβάσιμοι και ότι νομίμως ανατίθεται με την υπό εξέταση Διακήρυξη και η διανομή των προϊόντων, ο προβαλλόμενος αναφορικά με το Ασφαλιστήριο Συμβόλαιο λόγος της προσφυγής είναι αυτόθροα απορριπτέος προεχόντως για το λόγο αυτό, ήτοι λόγω του ότι ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης.

14. Επειδή, η θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο

διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των υποψήφιων αναδόχων δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Και ναι μεν, σύμφωνα με όσα έχουν γίνει δεκτά νομολογιακώς, καθ' ερμηνεία των προγενεστέρων διατάξεων, τα οποία δύνανται να υποστηριχθούν και υπό τις νέες ως άνω διατάξεις, αφού αυτές ρυθμίζουν κατά τον ίδιο, ακριβώς, τρόπο τα σχετικά ζητήματα των τεχνικών προδιαγραφών και των κριτηρίων επιλογής, ως προς την εξασφάλιση ισότιμης προσβάσεως των οικονομικών φορέων στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως, καθώς και ως προς το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, απαγορεύεται, κατ' αρχήν, η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων. Δεν αποκλείεται, δε, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣΤΕ 1105/2010, πρβλ. ΣΤΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣΤΕ 267/2008). Επομένως, ο έλεγχος του συννόμου των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών και των κριτηρίων επιλογής, θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα την ανά περίπτωση αιτιολογία που η αναθέτουσα παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα και εν γένει διευκόλυνση που επιτυγχάνεται από συγκεκριμένους σχετικούς όρους. Τούτο δεν σημαίνει, ότι η αναθέτουσα δύναται να αποκλείει τον ανταγωνισμό θεσπίζοντας κατά το δοκούν επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, αλλά ότι το αναγκαίο αυτών ερμηνεύεται και υπό την οπτική της χρηστικότητας και καταλληλότητας και ούτως η διάκριση μεταξύ επιθυμητού και αναγκαίου αυτονόητα στενεύει. Επίσης, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη. Ομοίως η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (ΔΕΕ, Απόφαση της

22.10.2015, Υπόθεση C-425/14,, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της
16.12.2008, Υπόθεση C-213/07,, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της
23.12.2009, Υπόθεση C-376/08,, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της
19.05.2009, Υπόθεση C-538/07,, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της
14.12.2004, Υπόθεση C-210/03,, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της
11.07.2002, Υπόθεση C-210/00,, σκέψη 59 κλπ).

15. Επειδή, όσον αφορά τον προβαλλόμενο λόγο της προσφυγής αναφορικά με το άρθρο 2.2.6.5 της Διακήρυξης, κατά το μέρος που με αυτό απαιτείται οι αποθηκευτικοί χώροι που θα διατίθενται να χωροθετούνται εντός ενός χιλιομέτρου από την Κοινωνική Υπηρεσία του (.....,) και εντός ενός χιλιομέτρου από τη (.....-,), αυτός είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός. Τούτο, διότι κρίνεται ότι η πρόβλεψη με το ως άνω άρθρο απόστασης ενός χιλιομέτρου από τα αναφερόμενα σημεία υπερβαίνει τα άκρα όρια της διακριτικής της αναθέτουσας αρχής, καθώς η απαίτηση της τόσο μικρής απόστασης ουδόλως δικαιολογείται από ειδικώς αναφερθείσα ανάγκη. Εξάλλου, τα διαλαμβανόμενα στις Απόψεις της αναθέτουσας αρχής *«Τρίτον, η διατήρηση στις αποθήκες των προϊόντων που δεν καταναλώθηκαν τη μία ημέρα και η διανομή αυτών στους ωφελούμενους την επόμενη μέρα. Αντιθέτως, αν ο ανάδοχος αναγκαζόταν να επιστρέψει τα εν λόγω προϊόντα στις εγκαταστάσεις της εταιρείας του, σε μακρινή απόσταση από τα σημεία διανομής και να τα φέρει εκ νέου την επόμενη μέρα, αυτά δεν θα μπορούσαν να διατηρηθούν σε προσήκουσα κατάσταση και να συνιστούν προϊόν κατάλληλο προς διανομή και κατανάλωση στους ωφελούμενους την επόμενη μέρα.»* και *«Επειδή, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, οι ωφελούμενοι θα μεταβαίνουν με δικά τους μέσα στα εν λόγω σημεία διανομής– αποθήκευσης ο Δήμος μας, για την καλύτερη εκτέλεση του αντικειμένου της σύμβασης, επέλεξε τόσο, οι ήδη διαθέσιμες αποθήκες, όσο και οι προς διάθεση από τον ανάδοχο να βρίσκονται σε ευκόλως προσβάσιμα στους ωφελούμενους σημεία.»* που αναφέρονται στην ανάγκη οι αποθηκευτικοί χώροι να κείνται πλησίον των σημείων διανομής και σε ευχερώς προσβάσιμα στους ωφελουμένους σημεία, κρίνεται ότι ουδόλως επαρκούν για την

δικαιολόγηση της πρόβλεψης της εξόχως περιοριστικής απόστασης του ενός μόνο χιλιομέτρου και δη από δύο συγκεκριμένα προβλεπόμενα σημεία.

16. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.6, 2.2.6.1 και 2.2.6.3 της Διακήρυξης, ορίζεται ότι «2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2015,2016,2017) και μέχρι την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσας, να έχουν εκτελέσει ορθώς: 2.2.6.1 Για το Τμήμα Α - Τρόφιμα: Α) Τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις προμηθειών τροφίμων (είτε ολοκληρωμένες πλήρως είτε ολοκληρωμένες κατά το 60%), ειδικότερα: α) κάθε μία από τις συμβάσεις αυτές πρέπει να περιλαμβάνει την προμήθεια τουλάχιστον δέκα (10) ειδών της παρούσας, β) η μία (1) εξ αυτών να περιλαμβάνει μεταξύ άλλων την προμήθεια τουλάχιστον ενός (1) είδους κρέατος (βόειο ή χοιρινό κρέας, νωπό κοτόπουλο) και ενός (1) τουλάχιστον είδους οπωρολαχανικών (καρότο, λάχανο, πατάτες). Σε περίπτωση δραστηριοποίησης για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών (3) ετών, ισχύει αναλόγως το ανωτέρω. Προς απόδειξη του ανωτέρω, απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, η προσκόμιση :α) Υπεύθυνης Δήλωσης στην οποία περιλαμβάνεται κατάλογος ειδών, σύμφωνα με το παρακάτω υπόδειγμα: [ΑΚΟΛΟΥΘΕΙ ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ] β) Αντιγράφου των εν λόγω συμβάσεων γ) Βεβαίωσης από την Αναθέτουσα Αρχή: εάν αυτή είναι Δημόσια Αρχή, βεβαίωση εκδοθείσα και θεωρηθείσα από αυτή, η οποία αναφέρει το ποσοστό παράδοσης των ειδών καθώς επίσης και ότι αυτά παραδόθηκαν επιτυχώς και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Σύμβασης. εάν αυτή είναι ιδιωτικός φορέας, βεβαίωση εκδοθείσα και θεωρηθείσα από αυτή, η οποία αναφέρει το ποσοστό παράδοσης των ειδών καθώς επίσης και ότι αυτά παραδόθηκαν επιτυχώς και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Σύμβασης, η οποία συνοδεύεται από παραστατικά (δελτίο αποστολής και τιμολόγιο). Σε περίπτωση ένωσης που υποβάλλει κοινή προσφορά, τα ανωτέρω δικαιολογητικά και στοιχεία πρέπει να προσκομισθούν ομοίως και να πληρούνται για κάθε ένα από τα μέλη που απαρτίζουν την ένωση. Σε περίπτωση δραστηριοποίησης για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών (3) ετών, ισχύουν τα ως άνω. Β) Για το

Τμήμα Α - Τρόφιμα: Τουλάχιστον μία (1) σύμβαση προμηθειών τροφίμων συνολικού προϋπολογισμού ίσου ή μεγαλύτερου του 50% του προϋπολογισμού του τμήματος Α (μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.) (είτε ολοκληρωμένη είτε σε εξέλιξη): α) η οποία πρέπει να περιλαμβάνει τουλάχιστον δέκα (10) ίδια είδη προμήθειας με αυτά του τμήματος Α' της παρούσης (εκ των οποίων το ένα είδος πρέπει να είναι οπωσδήποτε ένα (1) είδος κρέατος και το άλλο τουλάχιστον ένα (1) είδος οπωρολαχανικών), β) η ποσότητα του κάθε προσφερόμενου είδους της εν λόγω σύμβασης πρέπει να είναι ίση ή μεγαλύτερη του 30% της ζητούμενης ποσότητας του κάθε υπό προμήθεια είδους της παρούσας. Σε περίπτωση δραστηριοποίησης για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών (3) ετών, ισχύει το ως άνω. Προς απόδειξη τούτου, απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, να προσκομιστεί : α) Υπεύθυνη Δήλωση η οποία να περιλαμβάνει κατάλογο των ειδών, με αναλυτικά στοιχεία των κυριότερων παραδόσεων, εντός ή/και εκτός Ελλάδος των τριών (3) τελευταίων ετών (2015,2016,2017)και μέχρι την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσας, από την οποία θα προκύπτει με σαφήνεια η κάλυψη της παραπάνω απαίτησης. Ο κατάλογος συντάσσεται σύμφωνα με το παρακάτω υπόδειγμα : [ΑΚΟΛΟΥΘΕΙ ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ] β) Αντίγραφο Συμβάσεων γ) Βεβαίωση από την Αναθέτουσα Αρχή: εάν αυτή είναι Δημόσια Αρχή, βεβαίωση εκδοθείσα και θεωρηθείσα από αυτή, η οποία αναφέρει το ποσοστό παράδοσης των ειδών καθώς επίσης και ότι αυτά παραδόθηκαν επιτυχώς και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Σύμβασης. εάν αυτή είναι ιδιωτικός φορέας, βεβαίωση εκδοθείσα και θεωρηθείσα από αυτή, η οποία αναφέρει το ποσοστό παράδοσης των ειδών καθώς επίσης και ότι αυτά παραδόθηκαν επιτυχώς και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Σύμβασης, η οποία συνοδεύεται από παραστατικά (δελτίο αποστολής και τιμολόγιο). Σε περίπτωση ένωσης που υποβάλλει κοινή προσφορά, τα ανωτέρω δικαιολογητικά και στοιχεία πρέπει να προσκομισθούν ομοίως και να πληρούνται για κάθε ένα από τα μέλη που απαρτίζουν την ένωση. 2.2.6.3 Για το τμήμα Α και το τμήμα Β Μία (1) τουλάχιστον σύμβαση διανομής τροφίμων (ξηρά, νωπά και ψυγείου) ή ειδών βασικής υλικής συνδρομής (ολοκληρωμένη) σε πακέτο σε τουλάχιστον χίλια (1.000) φυσικά πρόσωπα, ωφελούμενους, κατ' υπόδειξη κάποιου φορέα κατά

την τελευταία τριετία (2015,2016,2017) και έως την ημερομηνία Δημοσίευσης της παρούσας Διακήρυξης. Ειδικότερα, ως διανομή λογίζεται η οργάνωση των διαφόρων ειδών σε πακέτα προς τους ωφελούμενους και η υποστήριξη της αναθέτουσας αρχής στην επί τόπου διανομή τους. Προς απόδειξη των ανωτέρω, προσκομίζεται, επί ποινή αποκλεισμού, Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία περιλαμβάνεται κατάλογος, με αναλυτικά στοιχεία των διανομών, εντός ή/και εκτός Ελλάδος των τριών (3) τελευταίων ετών (2015,2016,2017) έως και την ημερομηνία Δημοσίευσης της παρούσας, ιδίων ή συναφών αυτών (ως συναφές είδος νοείται το είδος που ανήκει π.χ. στην κατηγορία αμυλούχων προϊόντων ή γαλακτοκομικών ή βρεφικά είδη ,κλπ), από την οποία θα προκύπτει με σαφήνεια η κάλυψη της παραπάνω απαίτησης. Για τη διανομή κάθε είδους τροφίμων αναφέρονται αθροιστικά οι ποσότητες των διανεμηθέντων ειδών καθώς και αναλυτικά τα στοιχεία της κάθε παράδοσης, ειδικότερα αναφέρετε: α. τα στοιχεία του παραλήπτη του διανεμηθέντος είδους, είτε αυτός υπάγεται στο δημόσιο τομέα, είτε στον ιδιωτικό τομέα, β. οι ημερομηνίες διανομής, γ. το διανεμηθέν είδος δ. ο αριθμός των ωφελούμενων Η ανωτέρω Υπεύθυνη Δήλωση συνοδεύεται, επί ποινή αποκλεισμού, από : α) Τη Σύμβαση β) Βεβαίωση από την Αναθέτουσα Αρχή: εάν αυτή είναι Δημόσια Αρχή, βεβαίωση εκδοθείσα και θεωρηθείσα από αυτή, η οποία αναφέρει το ποσοστό παράδοσης των ειδών καθώς επίσης και ότι αυτά παραδόθηκαν επιτυχώς και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Σύμβασης. εάν αυτή είναι ιδιωτικός φορέας, βεβαίωση εκδοθείσα και θεωρηθείσα από αυτή, η οποία αναφέρει το ποσοστό παράδοσης των ειδών καθώς επίσης και ότι αυτά παραδόθηκαν επιτυχώς και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Σύμβασης, η οποία συνοδεύεται από παραστατικά (δελτίο αποστολής και τιμολόγιο). Σε περίπτωση ένωσης που υποβάλλει κοινή προσφορά, η ανωτέρω επάρκεια πληρείται για κάθε έναν από τους οικονομικούς φορείς που απαρτίζουν την ένωση και συνεπώς τα ανωτέρω δικαιολογητικά και στοιχεία πρέπει να προσκομιστούν και να πληρούνται από κάθε μέλος που την απαρτίζει».

17. Επειδή, η προσφεύγουσα, προβάλλει αναφορικά με τους ως άνω όρους τα ακόλουθα: «2.3. Ο Νόμος δίνει το δικαίωμα στις Αναθέτουσες

Αρχές να επιβάλλουν απαιτήσεις οι οποίες μπορούν να εξασφαλίσουν ότι οι ενδιαφερόμενοι έχουν την εμπειρία και τους τεχνικούς πόρους να εκτελέσουν την σύμβαση. Όμως αντίθετα με το γράμμα του Νόμου αλλά και το πνεύμα του, η Αναθέτουσα Αρχή εν προκειμένω ο Δήμος Φυλής, δε προκρίνει ως κριτήριο το ύψος του παρόμοιου Έργου που έχει εκτελέσει προσηκόντως ο κάθε ενδιαφερόμενος φορέας, ώστε να κριθεί η αξιοπιστία του κατά την εκτέλεση, αλλά μόνο τον αριθμό των Συμβάσεων. Δηλαδή εντελώς αυθαίρετα, η Διακήρυξη θεωρεί ότι έχει την τεχνική εμπειρία και επαγγελματική ικανότητα για να συμμετάσχει στο Διαγωνισμό κάποιος φορέας ο οποίος έχει εκτελέσει δύο Συμβάσεις είτε ολικά είτε μερικά (σε ποσοστό 60%), και χωρίς μάλιστα να αναφέρει ύψος της αξίας των Συμβάσεων - ως υποθέσουμε 200.000 € συνολικά -, ενώ δεν έχει την ικανότητα συμμετοχής ένας φορέας ο οποίος εκτέλεσε μία (1) παρόμοια Σύμβαση υπερδιπλάσιας αξία και μάλιστα η επί ποινή αποκλεισμού. Έτσι αποκλείεται οποιοσδήποτε ενδιαφερόμενος, όπως την εταιρία μας, η οποία έχει εκτελέσει υποδειγματικά μία (1) σύμβαση ύψους 8.000.000 € με αντικείμενο την προμήθεια τυποποιημένων ειδών τροφίμων σε 59.136 ωφελούμενους συνολικά, σε έξι (6) Περιφερειακές Ενότητες και είκοσι έξι (26) Δήμους της, σε προφανή παράβαση κάθε έννοιας υγιούς ανταγωνισμού και της αρχής της αναλογικότητας. [βλ. σχετικά την προσκομιζόμενη Σύμβαση με και βεβαίωση καλής εκτέλεσης] Συνεπώς ο όρος αυτός ο οποίος εντελώς αυθαίρετα και παράνομα περιορίζει τη συμμετοχή μας στο διαγωνισμό κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και της ισότητας κατά τις διατάξεις του Συντάγματος αλλά και των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού και πρέπει να ακυρωθεί άλλως να μεταρρυθμισθεί ώστε να απαιτείται η εκτέλεση τουλάχιστον μίας (1) Σύμβασης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό. Πρέπει λοιπόν και για το λόγο αυτό να γίνει δεκτή η παρούσα. 2.4. Επιπρόσθετα παρατηρείται μια ευθεία αντίφαση μεταξύ των όρων της Διακήρυξης και ειδικότερα σε άλλο σημείο αυτής (όσον αφορά στο ΤΜΗΜΑ Α - Τρόφιμα) ζητείται η εκτέλεση δύο συμβάσεων προμηθειών τροφίμων (2.2.6.1 υπό στοιχείο Α), ενώ σε άλλα σημεία (2.2.6.1 υπό στοιχείο Β) ζητείται η εκτέλεση τουλάχιστον μίας (1) σύμβασης προμηθειών τροφίμων, και διαφορετικές προϋποθέσεις (είδος προϊόντων, ποσοστό

εκτελεσθεισών συμβάσεων). Είναι προφανές ότι η ασάφεια και οι αντιφάσεις αυτές πρέπει να εκλείψουν ώστε να είναι σαφής η δυνατότητα συμμετοχής κάθε ενδιαφερόμενου, να καταστεί διαυγής τόσο η προσφορά κάθε φορέα, όσο και τα κριτήρια του παραδεκτού ή μη της προσφοράς του και της ενδεχόμενης κατακύρωσης του διαγωνισμού σε αυτόν, κατά τρόπο απόλυτα αντικειμενικό. Πρέπει λοιπόν να γίνει δεκτή η παρούσα και για το λόγο αυτό. 2.5. Ειδικά όσον αφορά σε προϊόντα ομοειδή που αφορούν στο Τμήμα Α / Τρόφιμα, (πχ οπωρολαχανικά), η Διακήρυξη στα ως άνω παρατιθέμενα εδάφια επί ποινή ακυρότητας αποκλείει παρά το Νόμο μια επιχείρηση όπως η δική μας η οποία έχει εκτελέσει Σύμβαση με προϊόντα της κατηγορίας (πχ. πορτοκάλια & μήλα) και δεν έχει εκτελέσει προμήθεια με καρότα, λάχανο και πατάτες όπως εξειδικεύει η διακήρυξη [όρος 2.2.6.1. στοιχείο Α υπό στοιχείο β] και με τον τρόπο αυτό τίθεται όρος κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού».

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει με τις Απόψεις της σχετικώς τα εξής: «Γ. Κριτήριο ποιοτικής επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας: 2.2.6.1 Για το Τμήμα Α - Τρόφιμα: «Α) Τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις προμηθειών τροφίμων (είτε ολοκληρωμένες πλήρως είτε ολοκληρωμένες κατά το 60%), ειδικότερα: α) κάθε μία από τις συμβάσεις αυτές πρέπει να περιλαμβάνει την προμήθεια τουλάχιστον δέκα (10) ειδών της παρούσας, β) η μία (1) εξ αυτών να περιλαμβάνει μεταξύ άλλων την προμήθεια τουλάχιστον ενός (1) είδους κρέατος (βόειο ή χοιρινό κρέας, νωπό κοτόπουλο) και ενός (1) τουλάχιστον είδους οπωρολαχανικών (καρότο, λάχανο, πατάτες). Σε περίπτωση δραστηριοποίησης για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών (3) ετών, ισχύει αναλόγως το ανωτέρω». 1. Το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 προβλέπει ότι «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». Στο Παράρτημα XI «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής» του Προσαρτήματος Α, Μέρος II «Τεχνική ικανότητα» του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι μεταξύ των αποδεικτικών στοιχείων των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: δύναται να αποτελεί ο «ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία» **2.** Σύμφωνα με τα ανωτέρω, ο νόμος δίνει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να ζητήσει την απόδειξη ενός ικανοποιητικού επιπέδου εμπειρίας μέσω συμβάσεων που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Η ανωτέρω διατύπωση του νόμου είναι σαφής «Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας...». Με άλλα λόγια, δεν υποχρεούνται να απαιτούν συγκεκριμένο επίπεδο εμπειρίας. Οι αναθέτουσες αρχές είναι ελεύθερες να θέσουν ή να μη θέσουν ελάχιστες απαιτήσεις τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων στον εκάστοτε διαγωνισμό. Ο καθορισμός του επιπέδου των απαιτήσεων τελεί υπό τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, αλλά υπόκειται στο γενικό κανόνα ότι πρέπει αυτό να είναι ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης (Οδηγία 13 ΕΑΑΔΗΣΥ). Η δε απόδειξη της ζητούμενης εμπειρίας μπορεί να ζητείται, μεταξύ άλλων, και με την προσκόμιση καταλόγου εκτέλεσης παραδόσεων που οι υποψήφιοι πραγματοποίησαν την τελευταία τριετία, με συνακόλουθη αναφορά σε κάποια ενδεικτικά αναφερόμενα στο νόμο χαρακτηριστικά των εν λόγω παραδόσεων, όπως της ημερομηνίας εκτέλεσης αυτών, του προϋπολογισμού και άλλων. **3.** Επιπροσθέτως, όπως η Αρχή σας έχει κρίνει, η θέσπιση με τη διακήρυξη των όρων που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει άνευ ετέρου τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ

μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές και τα κριτήρια επιλογής περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (ΕΑ ΣΤΕ 676/2011, 1025/2010, 691/2009, 1049/2007). Περαιτέρω, για την παρανομία τέτοιου όρου δεν αρκεί ο περιορισμός του ανταγωνισμού, ακόμη και αν αυτός είναι σοβαρός ή ακόμη και αν καταλείπει μόνο έναν δυνητικό μετέχοντα (περίπτωση που δεν συνιστά «φωτογραφικό» όρο, αφού ο όρος καθίσταται «φωτογραφικός» επειδή όχι απλά έχει αποτέλεσμα αποκλεισμού του ανταγωνισμού, αλλά διότι συγχρόνως ο αποκλεισμός αυτός είναι και αδικαιολόγητος), αλλά ο ταυτόχρονος αδικαιολόγητος χαρακτήρας του ως προς το σκοπούμενο δια του περιορισμού αποτέλεσμα και η δυσαναλογία μέσων (περιορισμού) προς τον σκοπό αυτού σχετικά με την ικανοποιητική κάλυψη των αναγκών της αναθέτουσας και την εξυπηρέτηση των συμφερόντων αυτής και του εν γένει δημοσίου συμφέροντος (ΑΕΠΠ 238/2017, 3/2018). 4. Επιπλέον, όπως έχει προσφάτως κρίνει η επταμελής σύνθεση της Αρχής σας στην υπ' αριθμ. 3/2018 απόφασή της «ο ίδιος ο νόμος ορίζει ότι προς διευκόλυνση του ανταγωνισμού και ιδίως μάλιστα όταν ο αναμενόμενος ανταγωνισμός λόγω και της φύσης και των ειδικών τεχνικών χαρακτηριστικών του φυσικού αντικείμενου είναι όχι απαραίτητα ανύπαρκτος ή εξαιρετικά στενός αλλά σε κάθε περίπτωση περιορισμένος, η αναθέτουσα, στις περιπτώσεις συμβάσεων προμήθειας αγαθών και υπηρεσιών, έχει διακριτική ευχέρεια να επεκτείνει το διάστημα στο οποίο δύνανται να εκτείνονται οι ζητούμενες παραδόσεις πέραν της κατά τα ως άνω τριετίας (σημειωτέον δε, ότι ο υπό α.1 όρος περί πενταετίας προηγούμενων εργασιών αφορά συμβάσεις έργου). Η ως άνω βέβαια διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, η οποία συνεπάγεται δυνατότητα θέσπισης όρου, όχι για υποχρέωση των οικονομικών φορέων να προσκομίσουν πέραν της κατοχυρωμένης υπέρ τους τριετίας, αλλά το δικαίωμά τους να προσμετρήσουν παραδόσεις πέραν αυτού του διαστήματος (και συνεπώς, ο θεσπιζόμενος βάσει της ως άνω ευχέρειας της αναθέτουσας όρος σημαίνει την απονομή δικαιώματος

και διευκόλυνσης στους οικονομικούς φορείς προς εξυπηρέτηση της τόνωσης του ανταγωνισμού και της εκ μέρους τους πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και όχι υποχρέωσής τους που τυχόν περιορίζει τη συμμετοχή τους), ελέγχεται τόσο ως προς την ενάσκησή της, όσο και την παράλειψη αυτής, σχετικά με την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων ή την εν γένει κακή και καταχρηστική της εφαρμογή». Επομένως, προς διευκόλυνση της συμμετοχής περισσότερων υποψηφίων και τη συνακόλουθη διεύρυνση του ανταγωνισμού η αναθέτουσα αρχή δύναται να ορίσει ευμενέστερους όρους συμμετοχής, ήτοι να διευρύνει το διάστημα στο οποίο δύνανται να εκτείνονται οι ζητούμενες παραδόσεις και αντιστοίχως, όπως εν προκειμένω, να ζητήσει απλώς την εκτέλεση εκ μέρους των υποψηφίων συγκεκριμένου αριθμού συμβάσεων – παραδόσεων, χωρίς να απαιτεί οι συμβάσεις αυτές να ήταν και ιδιαιτέρως υψηλού προϋπολογισμού. Σε κάθε περίπτωση, ο εν λόγω όρος της διακήρυξης συνάδει με το άνοιγμα 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,, 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,, και, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 34 καθώς και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) (ΑΕΠΠ 135/2017). 5. Κατ' ακολουθίαν, ο Δήμος μας έκρινε ότι για την εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης και προκειμένου να εξασφαλίσει την ευρύτερη συμμετοχή υποψηφίων στο διαγωνισμό, αρκεί, η απλή απόδειξη εκτέλεσης συγκεκριμένου αριθμού συμβάσεων – παραδόσεων εκ μέρους των υποψηφίων και όχι η εκτέλεση συγκεκριμένου αριθμού συμβάσεων ιδιαιτέρως μεγάλου προϋπολογισμού. Ο συγκεκριμένος όρος της διακήρυξης δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων. Αντιθέτως, στοχεύει στην διευκόλυνση της συμμετοχής στον διαγωνισμό μικρομεσαίων εταιρειών, οι οποίες εξαιτίας των λοιπών απαιτήσεων,

που συνήθως προβλέπονται σε διαγωνισμούς ιδιαίτερης μεγάλης προϋπολογισθείσας δαπάνης, όπως για παράδειγμα η απαίτηση ύπαρξης υψηλού κύκλου εργασιών του υποψηφίου, δεν θα εδύναντο να συμμετάσχουν και κατ'επέκταση να εκτελέσουν τέτοιες συμβάσεις, ώστε να μπορέσουν να τις επικαλεστούν εν προκειμένω. 6. Επομένως, ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης είναι καθόλα νόμιμος ο δε σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί. Δ. Ασάφεια της διακήρυξης. Ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί ύπαρξης ασαφειών της διακήρυξης είναι παντελώς αόριστος δεν συνιστά δε λόγο ακύρωσης της διακήρυξης. Ο ν. 4412/2016 δίνει τη δυνατότητα υποβολής ερωτήματος στην αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση που υποψήφιος σε διαγωνισμό διαπιστώσει ότι κάποιος όρος της διακήρυξης είναι ασαφής. Αν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώσει, ότι, όντως πρόκειται για ασάφεια δύναται να διορθώσει την ασάφεια αυτή, με έκδοση διευκρινήσεων επί των συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης. Σε καμία περίπτωση η εκ παραδρομής προκληθείσα ασάφεια μίας διακήρυξης δεν αποτελεί λόγο ακύρωσης αυτής. Ως εκ τούτου, ο εν λόγω ισχυρισμός του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί».

19. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 «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. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 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».

20. Επειδή, στην ως άνω διάταξη ρητώς ορίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Ουδόλως προκύπτει τόσο από το γράμμα, όσο και από το πνεύμα της ως άνω διάταξης ότι ως κριτήριο πλήρωσης του ικανοποιητικού επιπέδου εμπειρίας πρέπει να προκρίνεται μόνο το ύψος αυτών και όχι και ο αριθμός των εκτελεσθεισών κατά το παρελθόν συμβάσεων, οι περί του αντιθέτου δε προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι και απορριπτέοι. Εξάλλου, ουδόλως οι σχετικοί όροι της Διακήρυξης αφορούν μόνο στον αριθμό των εκτελεσθεισών κατά το παρελθόν συμβάσεων, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Αντίθετα, το άρθρο 2.2.6.1 υπό Α αφορά ιδίως στον αριθμό των εκτελεσθεισών συμβάσεων, το άρθρο 2.2.6.1 υπό Β αφορά ιδίως στο ύψος του προϋπολογισμού των εκτελεσθεισών συμβάσεων και το άρθρο 2.2.6.3 αφορά παρελθούσα σύμβαση διανομής τροφίμων και στο πλήθος των ωφελουμένων ατόμων στα πλαίσια της σύμβασης αυτής. Συνεπώς, νομίμως η αναθέτουσα αρχή, στα πλαίσια της διακριτικής της ευχέρειας, επέλεξε τα ως άνω κριτήρια προς απόδειξη του ικανοποιητικού επιπέδου εμπειρίας των διαγωνιζομένων. Εξάλλου, οι επιμέρους απαιτήσεις των ως άνω άρθρων της Διακήρυξης αναφορικά με τον αριθμό των απαιτούμενων συμβάσεων, το ύψος του προϋπολογισμού αυτών, καθώς και τα είδη των προϊόντων (και ειδικότερα και ως προς την απαίτηση του άρθρου 2.2.6.1 υπό Α και υπό Β μία εκ των εκτελεσθεισών συμβάσεων να περιλαμβάνει τουλάχιστον ένα είδος κρέατος και ένα είδος λαχανικών από τα προκηρυσσόμενα με την παρούσα Διακήρυξη, κατά της οποίας βάλλει η προσφεύγουσα), ουδόλως παρίστανται δυσανάλογοι προς το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, οι περί του αντιθέτου, δε, ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι και απορριπτέοι. Τέλος, οι ως άνω όροι της Διακήρυξης ουδόλως είναι ασαφείς ούτε αντιφατικοί, όπως

αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα, αλλά όπως προκύπτει από τη γραμματική ερμηνεία των εν θέματι όρων, απαιτείται η συνδυαστική πλήρωση των απαιτήσεών τους.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει το άρθρο 2.2.6.5 της Διακήρυξης, κατά το μέρος που με αυτό ορίζεται *«απαιτείται οι αποθηκευτικοί χώροι που θα διατίθενται να χωροθετούνται εντός ενός χιλιομέτρου από την (.....,) και εντός ενός χιλιομέτρου από τη (.....-,)»*.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα ύψους δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27 Νοεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στις 17 Δεκεμβρίου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Άννα Χριστοδουλάκου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ειρήνη Τσιμπούκη