

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος-Εισηγήτρια, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Αργυρώ Τσουλούφα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25-10-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1106/26-10-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», ατομικής επιχείρησης

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 16-10-2018 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας με αρ. 349/16-10-2018 (πρακτικό 24^{ης} συνεδρίασης της 16.10.2018), καθ' ο μέρος αφενός απέκλεισε τον προσφεύγοντα, αφετέρου ενέκρινε την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών «Σίτιση των μαθητών του Μουσικού Σχολείου σχολικών περιόδων 2018-2019, 2019-2020», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 150.612 ευρώ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 7-8-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 7-8-2018 με συστημικό α/α

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχείακαι ποσού ευρώ 760,00 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω Τράπεζας Πειραιώς της 25-10-2018.

2. Επειδή, ο προσφεύγων στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, καθ' ο μέρος αυτή αφενός απέκλεισε τον ίδιο, αφετέρου έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του έτερου διαγωνιζομένου. Ο δε προσφεύγων απεκλείσθη με πρώτη βάση ότι από τον έλεγχο της κατάστασης εργαζομένων που απασχολούνται στην επιχείρηση στον τομέα της παρασκευής-διανομής των γευμάτων προκύπτει ότι σε αυτήν περιλαμβάνονται 15 εργαζόμενοι, αλλά τα προσκομισθέντα αντίγραφα βιβλιαρίων υγείας ήταν 14 και δεν προσκομίστηκε αυτό της υπεύθυνης catering και με δεύτερη βάση ότι κατά τον έλεγχο των αδειών κυκλοφορίας των επαγγελματικών οχημάτων που θα χρησιμοποιηθούν για τη μεταφορά των γευμάτων σε συνδυασμό με τις άδειες καταλληλότητας αυτών, διαπιστώθηκε ότι για το αυτοκίνητο με αριθμό κυκλοφορίας και αριθμό πλαισίου ..., δεν έχει υποβληθεί η σχετική άδεια καταλληλότητας, αλλά έχει υποβληθεί άδεια που αφορά άλλο όχημα με αριθμό πλαισίου Ο προσφεύγων με τον πρώτο και δεύτερο λόγο της προσφυγής του βάλλει κατά του αποκλεισμού του. Ειδικότερα, με τον πρώτο λόγο του προβάλλει κατά της ως άνω πρώτης βάσης αποκλεισμού του, ότι η ως άνω εργαζόμενη είναι Γενική Διευθύντρια και Μέλος Δ.Σ. αυτού, διαχειριστικά υπεύθυνη για το catering και μη εμπλεκόμενη στην παραγωγή,

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

προσκομίζει δε το πιστοποιητικό υγείας της, επικαλούμενος ότι εκδόθηκε για τυπικούς λόγους. Με τον δεύτερο λόγο του αμφισβητεί τη δεύτερη ως άνω βάση αποκλεισμού του, προβάλλει ότι πρώτον, συμπεριέλαβε στην προσφορά του 2 οχήματα, εκ των οποίων αυτό που αφορά το σφάλμα στην αναφορά της άδειας καταλληλότητας είναι το ένα, δεύτερον, πρόκειται για ένα πρόδηλο σφάλμα στο τελευταίο ψηφίο (2 αντί 7), το οποίο βεβαιώνεται ως αποτέλεσμα παραδρομής του τμήματος Δ/σης Δημόσιας Υγείας Π.Ε., προσκομίζει δε το οικείο αποδεικτικό έγγραφο της ως άνω διεύθυνσης. Εξάλλου, ο προσφεύγων σε κάθε περίπτωση επικαλείται συνδρομή των προϋποθέσεων του άρ. 102 Ν. 4412/2016 αντί αποκλεισμού του. Με τον τρίτο, τέταρτο και πέμπτο λόγο της προσφυγής του, αμφισβητεί τη νομιμότητα αποδοχής του έτερου διαγωνιζόμενου, ειδικότερα δε με τον τρίτο λόγο του επικαλείται ότι το υποβληθέν από τον τελευταίο γραμμάτιο σύστασης παρακαταθήκης δεν αναφέρει με σαφήνεια την ημερομηνία λήξης της εγγύησης, αφού δεν καλύπτεται με την αναφορά κάλυψης των ανανεώσεων, με τον τέταρτο λόγο του ότι ο έτερος διαγωνιζόμενος δεν υπέβαλε κατάσταση προσωπικού του, όπως απαιτείται στο άρ. 2.4.3.2 αρ. 5 της διακήρυξης και με τον πέμπτο λόγο του, ότι ο έτερος διαγωνιζόμενος, στην υπεύθυνη δήλωσή του ανέφερε ότι το φαγητό που προσφέρει θα μεταφέρεται στο Σχολείο εντός μίας και μισής ώρας από την παρασκευή του και όχι εντός μίας ώρας, όπως η διακήρυξη όριζε.

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 5-11-2018 ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεις της, επικαλείται ότι η το πρώτον προσκόμιση βεβαίωσης της αρμόδιας υπηρεσίας περί του σφάλματός της στη βεβαίωση καταλληλότητας του προσφεύγοντος δεν δύναται να θεραπεύσει την προσφορά, αφού το σφάλμα είχε λάβει χώρα προ τριετίας, ενώ όσον αφορά το πιστοποιητικό υγείας, ισχυρίζεται ότι η συμμετοχή στο ΔΣ της εταιρίας δεν απαλλάσσει το ως άνω πρόσωπο από την ανάγκη υγείας του και απόδειξης με το οικείο εκδοθέν από 1-6-2014 πιστοποιητικό, δεδομένου και του προορισμού των γευμάτων για παιδιά, αλλά και ότι το πιστοποιητικό είχε εκδοθεί από 10-6-2014, ενώ για άλλη, εξάλλου, εργαζόμενη ως υπεύθυνη catering, ο

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

προσφεύγων προσκόμισε το οικείο πιστοποιητικό. Ως προς την αποδοχή του έτερου διαγωνιζόμενου, η αναθέτουσα ισχυρίζεται ότι το με αρ. γραμμάτιο ΤΠΔ αναφέρει ότι «Η εγγύηση διέπεται από ό,τι ορίζεται στην υπ' αρ. πρωτ. διακήρυξη του Δήμου και ισχύει για τυχόν επαναλήψεις», ότι ο έτερος διαγωνιζόμενος είναι ατομική επιχείρηση και δεν απασχολεί προσωπικό, προσκομίστηκε δε βιβλιάριο υγείας της ιδιοκτήτριας και τρίτον, συνομολογεί τον πέμπτο λόγο, προβάλλοντας ότι και η προσφορά του έτερου διαγωνιζομένου είναι αποκλειστέα.

4. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία ανάθεσης σύμβασης προμήθειας κάτω των ορίων, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, υπάγεται δε λόγω της τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, ως και του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α), αφού ασκήθηκε την 25-10-2018 και η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα την 16-10-2018. Περαιτέρω, η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος στο οικείο προδιατυπωμένο έντυπο. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον προς άσκηση της προσφυγής του όσον αφορά τον δικό του αποκλεισμό, αφού προδήλως ευνοείται από την αντίστοιχη ακύρωση της προσβαλλομένης, δεδομένου ότι ούτως θα επανέλθει στον διαγωνισμό. Όσον αφορά το σκέλος της προσφυγής του που στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου, προκύπτουν τα ακόλουθα.

5. Επειδή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 1011/2018), κάθε προσφέρων έχει έννομο συμφέρον που αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των άλλων, με σκοπό να του ανατεθεί η δημόσια σύμβαση (ΔΕΕ, C-100/12, Fastweb [2013] EU:C:2013:448, σκ. 33, C-689/13, PFE [2016]

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

EU:C:2016:199, σκ. 27), ανεξαρτήτως του αριθμού των μετεχόντων στη διαδικασία και του αριθμού των μετεχόντων οι οποίοι άσκησαν προσφυγή (βλ. ΔΕΕ, PFE, σκ. 19). Τούτο διότι αφενός, ο αποκλεισμός του ενός προσφέροντος μπορεί να έχει ως συνέπεια την άμεση ανάθεση της σύμβασης στον άλλο, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας. Αφετέρου, στην περίπτωση αποκλεισμού αμφοτέρων των προσφερόντων και κίνησης νέας διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, καθένας από τους προσφέροντες θα μπορούσε να λάβει μέρος και, επομένως, να επιτύχει εμμέσως την ανάθεση της σύμβασης στον ίδιο (βλ. ΔΕΕ, PFE, σκ. 27). Εξάλλου, η Οδηγία 2007/66/EK έχει την έννοια ότι στην περίπτωση, όπου μια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης κατέληξε στην υποβολή δύο προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή εκ των οποίων η πρώτη απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των προσφερόντων και η δεύτερη αναθέτει τη δημόσια σύμβαση στον άλλον, ο αποκλεισθείς προσφέρων ο οποίος ασκεί προσφυγή κατά των ανωτέρω δύο αποφάσεων έχει τη δυνατότητα να ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου, πράγμα το οποίο συνεπάγεται ότι η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/13 μπορεί, κατά περίπτωση, να αφορά την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, δηλαδή κατόπιν ματαιώσεως λόγω κηρύξεως του διαγωνισμού ως άγονου (ΔΕΕ, C-131/16, [2017] ECLI:EU:C:2017:358, σκ. 59). Από την άλλη πλευρά, ουδόλως αποκλείεται η άρνηση παροχής σε έναν προσφέροντα, ο οποίος έχει αποκλεισθεί από διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως με απόφαση της αναθέτουσας αρχής που κατέστη οριστική, της δυνατότητας να ασκήσει προσφυγή κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως της οικείας δημόσιας συμβάσεως και κατά της συνάψεως της συμβάσεως, σε περίπτωση που μόνον αυτός ο αποκλεισθείς προσφέρων και ο ανάδοχος της συμβάσεως έχουν υποβάλει προσφορές και ο εν λόγω προσφέρων υποστηρίζει ότι η προσφορά του αναδόχου έπρεπε επίσης να έχει απορριφθεί (ΔΕΕ, C-355/13, [2016] ECLI:EU:C:2017:358, σκ. 36). Επιπλέον, το σημείο διαφοράς μεταξύ των ως άνω Αποφάσεων C-131/16 και C-355/13,

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

ήταν ακριβώς η οριστικοποίηση του αποκλεισμού προσφέροντος προ της απόφασης ως προς τον αποκλεισμό του έτερου διαγωνιζομένου. Και τούτο ακριβώς διότι η παρεχόμενη σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα δυνατότητα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού του, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις ταυτόχρονες, αλλά και μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του, προϋποθέτει ότι ο προσφέρων δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της Οδηγίας 2007/66/EK, το οποίο ορίζει ότι «Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή.» (ΣΤΕ ΕΑ 106/2018, σκ. 8). Για αυτόν τον λόγο, και με την Απόφαση C-131/16 (....., σκ. 54-59), το ΔΕΕ, κατά τα ανωτέρω, έκρινε ότι στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης που κατέληξε στην υποβολή δύο προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή, εκ των οποίων η μία απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των προσφερόντων και η άλλη αναθέτει τη δημόσια σύμβαση στον άλλον, ο αποκλεισθείς προσφέρων που ασκεί προσφυγή κατά των ανωτέρω δύο αποφάσεων έχει έννομο συμφέρον να ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου, γεγονός το οποίο μπορεί ενδεχομένως να καταλήξει στην κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, δεδομένου ότι, εφ' όσον η απόφαση περί απορρίψεως της προσφοράς του και η απόφαση ανάθεσης της σύμβασης εκδόθηκαν συγχρόνως, αυτός δεν μπορεί να θεωρηθεί ως οριστικώς αποκλεισθείς από τη διαδικασία (ΣΤΕ ΕΑ 144/2018, σκ. 7). Ως εκ τούτου, έχει κριθεί ότι ένας προσφέρων δεν έχει έννομο συμφέρον που αντιστοιχεί σε άμεση ματαίωση του διαγωνισμού ούτε έμμεσο συμφέρον ματαίωσης του εν εξελίξει διαγωνισμού ανεξάρτητο από την έκβαση προσφυγής του με την οποία επιδιώκει την αποδοχή της προσφοράς του ώστε να μην θεωρείται οριστικώς αποκλεισθείς, να μην περιέλθει δηλαδή

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

σε κατάσταση που δεν του επιτρέπει να συμμετάσχει στο τελικό στάδιο αναθέσεως. Εφόσον δε έχει ασκήσει προσφυγή κατά του αποκλεισμού του και κατόπιν αίτηση ακύρωσης κατά τυχόν απόρριψής της, η απόφαση που θα εκδοθεί επί της αιτήσεως ακυρώσεως θα περιέχει κρίση, σύμφωνα με την οποία είτε θα επιβεβαιώνεται με ισχύ οριστικού δεδिकाσμένου ο αποκλεισμός της, οπότε θα περιέλθει σε κατάσταση 'οριστικώς αποκλεισθέντος' είτε αντιθέτως θα κρίνεται, οριστικώς, ότι αποκλεισμός αυτός δεν υπήρξε νόμιμος (ΣΤΕ ΕΑ 349/2017, σκ. 19). Τούτο αναγνωρίζεται και από την Απόφαση ΣΤΕ ΕΑ 22/2018, η οποία κατέγνωσε έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος προς αμφισβήτηση της αποδοχής άλλου μετέχοντος και δη, άνευ συσχέτισης με το στάδιο αποκλεισμού του και τον αριθμό των λοιπών μετεχόντων, κρίνοντας πάντως ότι ουδόλως έχει οιοδήποτε τέτοιο συμφέρον ο οριστικώς αποκλεισθείς, ήτοι και ο μη αμφισβητών τον ίδιο τον αποκλεισμό του (σκ. 73 *"στερείται πράγματι εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επομένων σταδίων της διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος εκείνος, ο αποκλεισμός του οποίου σε προηγούμενο στάδιο της διαδικασίας επικυρώθηκε με δύναμη δεδिकाσμένου στο πλαίσιο οριστικής δικαστικής προστασίας (Για την ταυτότητα δε του λόγου, στερείται ομοίως του ως άνω εννόμου συμφέροντος ο διαγωνιζόμενος που δεν αμφισβήτησε παντάπασι τον αποκλεισμό του)."*) Κατ' αποτέλεσμα όλων των ανωτέρω, εφόσον καθ' οιοδήποτε τρόπο, ένας προσφέρων κατέληξε ως οριστικώς αποκλεισθείς, υπό την ως άνω έννοια, περίπτωση που συντρέχει και με την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης αποκλεισμού του ή την άσκηση προσφυγής με αποκλειστικό περιεχόμενο τον αποκλεισμό του έτερου μετέχοντος, και ανεξαρτήτως αν ο τελευταίος ήταν ή όχι ο μόνος αποδεκτός διαγωνιζόμενος, ουδόλως έχει έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της αποδοχής της προσφοράς του έτερου μετέχοντος ακόμη και επί τω τέλει κήρυξης του διαγωνισμού ως άγονου και επαναπροκηρύξεώς του, παρά μόνο υπό τις αποκλειστικές προϋποθέσεις και το στενό πλαίσιο που ορίζει η αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης. Επομένως, δεδομένου ότι εν προκειμένω, ο προσφεύγων δια της προκείμενης προσφυγής του αμφισβητεί

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς τον αποκλεισμό του δια της ως άνω προσβαλλομένης πράξης της αναθέτουσας, δια της οποίας συγχρόνως εκρίθη ως αποδεκτός ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος, δεν είναι οριστικώς αποκλεισθείς από τη διαδικασία, περαιτέρω δε, δεν θα καταστεί ακόμη και σε περίπτωση απόρριψης της προσφυγής του, δεδομένου ότι κατά τον χρόνο εξέτασης της προσφυγής του, που είναι και το απώτατο σημείο ελέγχου του εννόμου συμφέροντός του από την ΑΕΠΠ, διατηρεί σε κάθε περίπτωση το δικαίωμα περαιτέρω αμφισβήτησης του αποκλεισμού του δια των κατ' άρ. 372 Ν. 4412/2016 ένδικα βοηθήματα προσωρινής και οριστικής δικαστικής προστασίας, μετ' εννόμου συμφέροντος δύναται να προβάλει αμφισβητήσεις ως προς την ίδια προσβαλλομένη, σχετικά με το μη αποκλεισμό της προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου εξ αυτής. Συνεπώς, ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον και ως προς το σκέλος της προσφυγής του με το οποίο στρέφεται κατά της αποδοχής του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου και τούτο, ανεξαρτήτως τύχης του ως άνω πρώτου σκέλους της προσφυγής του ως προς τον δικό του αποκλεισμό, αλλά και της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία θα τύγχανε εφαρμοστέα μόνο εφόσον ο προσφεύγων ήταν οριστικά αποκλεισθείς κατά τον χρόνο εξέτασης της προσφυγής του (Απόφαση ΑΕΠΠ 1011/2018). Συνεπώς, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία κατ' αμφοτέρα τα σκέλη της και ανεξαρτήτως της αποδοχής του πρώτου εξ αυτών.

6. Επειδή εξάλλου, ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος με την από 6-11-2018 κατόπιν της από 30-10-2018 κοινοποίησης σε αυτόν της προσφυγής από την αναθέτουσα, υπέβαλε μέσω ΕΣΗΔΗΣ έγγραφο απευθυνόμενο προς την ΑΕΠΠ προς απόκρουση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος όσον αφορά αμφοτέρα τα σκέλη της προσφυγής του. Ασχέτως του τίτλου του ως άνω εγγράφου ως «Απάντηση», δεδομένου του χρόνου υποβολής του εντός της οικείας προς άσκηση παρέμβασης προθεσμίας ως και του περιεχομένου του, καθ' ερμηνεία του συνιστά παρέμβαση που παραδεκτώς ασκείται, νομίμως υπογεγραμμένη και μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού προδήλως ο παρεμβαίνων ευνοείται από την απόρριψη της προσφυγής ως προς

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

αμφότερα τα σκέλη της, αφού η διατήρηση του αποκλεισμού του προσφεύγοντος διατηρεί και αυτόν μόνο παραδεκτό μετέχοντα στον διαγωνισμό, η δε διατήρηση της αποδοχής του ίδιου του παρεμβαίνοντος, διατηρεί αυτόν ως αποδεκτό μετέχοντα. Βάσει δε της μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήσεως της προσφυγής ως προς αμφότερα τα ως άνω σκέλη της, παραδεκτώς ασκείται αντιστοίχως και ως προς αμφότερα τα σκέλη της και η παρέμβαση (αφού το δεύτερο σκέλος της προσφυγής θα εξεταστεί ούτως ή άλλως, ασχέτως της αποδοχής του πρώτου, ο δε παρεμβαίνων προφανώς έχει έννομο συμφέρον προς διατήρηση της παραδεκτής συμμετοχής του στον διαγωνισμό είτε ο προσφεύγων κριθεί ως νομίμως αποκλεισθείς είτε όχι). Συνεπώς και η παρέμβαση πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί μετά της προσφυγής κατ' ουσία. Ο δε παρεμβαίνων, επικαλείται καταρχάς έλλειψη εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος ως προς την αμφισβήτηση της δικής του αποδοχής, ισχυρισμός που όμως είναι απορριπτέος κατά τα αναφερθέντα στην αμέσως προηγούμενη σκέψη. Περαιτέρω, επικαλείται έλλειψη ψηφιακής υπογραφής σε αορίστως αναφερόμενα έγγραφα που υπέβαλε ο προσφεύγων με την προσφορά του, μη προσκόμιση θεωρημένης κατάστασης προσωπικού, μη υποβολής υπογεγραμμένων νομίμων ΑΠΔ, αντιγράφων ποινικού μητρώου μελών Δ.Σ. και ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας. Στο σύνολό τους οι ως άνω ισχυρισμοί, ασχέτως του νόμου και ουσία βασίμου τους, ως και του ορισμένου της προβολής του πρώτου εξ αυτών, είναι στο σύνολό τους εξαρχής απορριπτέοι ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι, αφού δια της παρεμβάσεως δύνανται να προβληθούν ισχυρισμοί προς απόκρουση αυτών της προσφυγής και διατήρηση της προσβαλλομένης ως εκδόθηκε και όχι η το πρώτον προβολή νέων λόγων αποκλεισμού ήδη αποκλεισθέντος προσφεύγοντος, που βάλλει κατά της απόρριψης της προσφοράς του, δια προτάσεως συμπλήρωσης της αιτιολογίας απόρριψης με επιπλέον βάσεις. Η δε προβολή των ως άνω λόγων θα ήταν δυνατή μόνο κατόπιν τυχόν αποδοχής του πρώτου σκέλους της προσφυγής, αντίστοιχης ακύρωσης της προσβαλλομένης και περαιτέρω επαναφοράς του στον διαγωνισμό από την

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

αναθέτουσα, όταν και ο παρεμβαίνων θα δύνατο το πρώτον να προβάλει νέες βάσεις αποκλεισμού του, σε σχέση με όσες ήδη είχαν κριθεί στην πρώτη και πλέον ακυρωθείσα πράξη αποκλεισμού του προσφεύγοντος και δη με τον παρεμβαίνοντα στρεφόμενο κατά της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής όπως αποκλείσει τον προσφεύγοντα με τις επιπλέον βάσεις αποκλεισμού. Αυτή όμως η πράξη αποδοχής του προσφεύγοντα θα ήταν η πρώτη πράξη συμμόρφωσης της αναθέτουσας ως προς την τυχόν Απόφαση της ΑΕΠΠ, που τυχόν θα ακύρωνε τους νυν ήδη κριθέντες από την αναθέτουσα, λόγους αποκλεισμού του. Επομένως, απαραδέκτως ως και ανεπικαίρως προβάλλονται οι παραπάνω ισχυρισμοί. Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων έτερος διαγωνιζόμενος επικαλείται ότι μη νομίμως προσκομίζονται από τον προσφεύγοντα τα ως άνω έγγραφα περί σφάλματος πιστοποιητικού καταλληλότητας και ως προς την υπεύθυνη catering και δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη υπέρ του. Όσον αφορά τους λόγους της προσφυγής που στρέφονται κατά της αποδοχής του, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι η παρακατάθεση του στο ΤΠΔ αναφέρει ότι δίδεται κατά τους όρους της διακήρυξης και ούτως είναι αυτονόητο πως έχει το χρονικό διάστημα που ορίζει η διακήρυξη, ότι δεν απασχολεί προσωπικό, ώστε να προσκομίσει κατάστασή του και ότι η υπεύθυνη δήλωσή του περιείχε τυπογραφικό λάθος ως προς τον χρόνο μεταφοράς του φαγητού, ενώ κατ' αυτόν, βάσει του τόπου εγκατάστασής του και κατά την κοινή πείρα είναι αυτονόητο ότι θα πληροί την οικεία απαίτηση μεταφοράς εντός μίας ώρας, το οποίο σφάλμα μάλιστα επικαλείται ότι διορθώνει με νέα υπεύθυνη δήλωσή του που προσκομίζει με την προσφυγή του και πλέον αναγράφει το ορθό «εντός μίας ώρας» κατά το άρ. 102 Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης ορίζει ότι «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς 1. απαιτείται: α) να διαθέτουν Άδεια ίδρυσης και λειτουργίας εργαστηρίου παρασκευής τροφίμων β) να διαθέτουν κατάλληλο τεχνικό εξοπλισμό της επιχείρησης γ) να διαθέτουν κατάλληλα επαγγελματικά οχήματα για τη μεταφορά των γευμάτων, τα οποία θα έχουν

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

Άδεια καταλληλότητας από την αρμόδια υπηρεσία δ) να διαθέτουν κατάλληλο προσωπικό παρασκευής και διανομής του φαγητού, το οποίο θα έχει εφοδιαστεί με βιβλιάριο υγείας ε) το ημερήσιο φαγητό να μαγειρεύεται με παραδοσιακό τρόπο το πρωί της ίδιας ημέρας, που θα προσφέρεται για σίτιση και θα μεταφέρεται στο Μουσικό Σχολείο με κατάλληλο επαγγελματικό όχημα εφοδιασμένο με σχετική άδεια, εντός μιας ώρας από την παρασκευή του, προκειμένου να αποφευχθεί ενδεχόμενη αλλοίωση της ποιότητάς του και να μπορεί να καταναλωθεί άμεσα και μέσα στο χρονικό διάστημα 2 ωρών από την παραγωγή του. Επίσης ότι το φαγητό θα μεταφέρεται από τη μονάδα παρασκευής του και όχι από ενδιάμεση μονάδα, όπου θα αναθερμαίνεται. 2. δηλώνουν α) τον τεχνικό εξοπλισμό της επιχείρησης, που διαθέτουν β) ότι το ημερήσιο φαγητό θα μαγειρεύεται με παραδοσιακό τρόπο το πρωί της ίδιας ημέρας, που θα προσφέρεται για σίτιση και θα μεταφέρεται στο Μουσικό Σχολείο με κατάλληλο επαγγελματικό όχημα εφοδιασμένο με σχετική άδεια, εντός μιας ώρας από την παρασκευή του, προκειμένου να αποφευχθεί ενδεχόμενη αλλοίωση της ποιότητάς.» , ο δε όρος 2.4.3.2 ορίζει ότι « Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το τεύχος «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» του Παραρτήματος Ι, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Τα δικαιολογητικά που πρέπει να υποβληθούν για την απόδειξη της τεχνικής επάρκειας του οικονομικού φορέα είναι: 1. Αντίγραφο νόμιμης Άδειας ίδρυσης και λειτουργίας εργαστηρίου παρασκευής τροφίμων. 2. Περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού της επιχείρησης 3. Άδεια κυκλοφορίας των επαγγελματικών οχημάτων, που θα χρησιμοποιούνται για τη μεταφορά των γευμάτων 4. Άδεια καταλληλότητας των ανωτέρω επαγγελματικών οχημάτων, εκδοθείσα από την αρμόδια υπηρεσία 5. Κατάσταση προσωπικού της επιχείρησης, αρμοδίως θεωρημένη, κατά ειδικότητα, που θα ασχοληθεί κατά

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

την παραγωγή του, προς προμήθεια είδους, ανεξάρτητα με τη συμβατική σχέση τους με την επιχείρηση. 6. Βιβλιάρια υγείας (φωτοτυπία) πρόσφατο, όσων εμπλέκονται στην παρασκευή και διανομή των γευμάτων. 7. Υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 8 του Ν. 1599/86, στην οποία θα δηλώνουν ότι: «Το ημερήσιο φαγητό θα μαγειρεύεται με παραδοσιακό τρόπο το πρωί της ίδιας ημέρας, που θα προσφέρεται για σίτιση και θα μεταφέρεται στο Μουσικό Σχολείο με κατάλληλο επαγγελματικό όχημα εφοδιασμένο με σχετική άδεια, εντός μιας ώρας από την παρασκευή του, προκειμένου να αποφευχθεί ενδεχόμενη αλλοίωση της ποιότητας του και να μπορεί να καταναλωθεί άμεσα και μέσα στο χρονικό διάστημα 2 ωρών από την παραγωγή του. Το φαγητό θα μεταφέρεται από τη μονάδα παρασκευής του και όχι από ενδιάμεση μονάδα, όπου θα αναθερμαίνεται.»». Εκ των ως άνω προκύπτει ότι κατά τους παραπάνω όρους που αμφότεροι οι μετέχοντες, προσφεύγων και παρεμβαίνων, ανεπιφύλακτα απεδέχθησαν με τη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό χωρίς να αμφισβητήσουν τη διακήρυξη, οι προσφέροντες όφειλαν να προσκομίσουν με την προσφορά τους άδεια κυκλοφορίας και καταλληλότητας των οχημάτων που θα χρησιμοποιούνται για τη μεταφορά των γευμάτων. Περαιτέρω, έπρεπε να υποβάλουν κατάσταση προσωπικού κατά ειδικότητα που θα απασχοληθεί κατά την παραγωγή του προς προμήθεια είδους, μαζί με βιβλιάρια υγείας όσων εμπλέκονται στην παρασκευή και διανομή γευμάτων, αμφότερα δε τα βιβλιάρια και η κατάσταση του προσωπικού που θα απασχοληθεί για την παρασκευή και διανομή του φαγητού, απαιτούνταν ομού, σωρευτικά και συνδυαστικά προς απόδειξη πλήρωσης του όρου 2.2.6.δ με το παραπάνω περιεχόμενο, εξάλλου δε θα έπρεπε να αντιστοιχούν μεταξύ τους, δηλαδή οι προσφέροντες όφειλαν να δηλώσουν τα άτομα που θα απασχοληθούν για την παρασκευή και διανομή του φαγητού στο πλαίσιο της συγκεκριμένης σύμβασης και να συνοδεύσουν την κατάσταση αυτή με τα οικεία πιστοποιητικά υγείας για κάθε έναν εξ αυτών, ώστε να αποδείξουν το ζητούμενο του όρου 2.2.6.δ, δηλαδή ότι αυτοί που θα απασχοληθούν σε αυτά τα καθήκοντα έχουν τις κατάλληλες βεβαιώσεις-βιβλιάρια υγείας. Περαιτέρω, οι προσφέροντες όφειλαν να υποβάλουν και η

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

υπεύθυνη δήλωση με το ως άνω ακριβώς περιεχόμενο, η οποία αποτελεί απόδειξη και για την τήρηση της ουσιαστικής απαίτησης του άρ. 2.2.6.ε της διακήρυξης.

8. Επειδή, ο προσφεύγων με την προσφορά του υπέβαλε πίνακα εργαζομένων για την υλοποίηση του έργου και πιστοποιητικά υγείας χειριστών τροφίμων και οδηγών. Στον παραπάνω πίνακα με τίτλο εγγράφου «ΕΥΡΕΤΗΡΙΟ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΣΤΟΝ ΤΟΜΕΑ ΤΗΣ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗΣ-ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΓΕΥΜΑΤΩΝ» αναφέρει 15 άτομα, με ειδικότητα μαγείρων, οδηγών, λαντζιεριστών, υπευθύνων διανομών και υπευθύνων catering, οι οποίοι κατά τον ως άνω πίνακα, θα απασχοληθούν για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου και δη την παρασκευή και διανομή γευμάτων, όπως ο πίνακας αναφέρει. Εξάλλου, ο ίδιος ο προσφεύγων ονόμασε τον ως άνω πίνακα-αρχείο που ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ με τον τίτλο αρχείο 24.ΠΙΝΑΚΑΣ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΓΙΑ ΤΗΝ ΥΛΟΠΟΙΗΣΗ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ (το δε έγγραφο που ευρίσκεται εντός του αρχείου στην επικεφαλίδα του αναφέρει τον παραπάνω τίτλο «ΕΥΡΕΤΗΡΙΟ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΣΤΟΝ ΤΟΜΕΑ ΤΗΣ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗΣ-ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΓΕΥΜΑΤΩΝ»), περαιτέρω δε υπέβαλε ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ με την προσφορά του όπου ανέφερε ότι οι υπεύθυνοι αποθήκης και χειριστές τροφίμων έχουν τις κατάλληλες πιστοποιήσεις υγείας. Η συμπεριλαμβάνεται στο ως άνω προσωπικό του παραπάνω πίνακα με τον ως άνω τίτλο στο ως άνω αρχείο 24, άρα άτομο, που ούτως, ο ίδιος ο προσφεύγων δήλωσε ότι θα απασχοληθεί στον τομέα της παρασκευής και διανομής των γευμάτων. Εξάλλου, εφόσον ο προσφεύγων δεν αποσκοπούσε να απασχολήσει το πρόσωπο αυτό στο ως άνω αντικείμενο και στο πλαίσιο της προκείμενης σύμβασης, τούτο όχι μόνο δεν προκύπτει από τα ανωτέρω, αλλά προκύπτει με σαφήνεια το αντίθετο, ήτοι ότι ο προσφεύγων υπέβαλε την προσφορά του συμπεριλαμβάνοντας την στα πρόσωπα που θα απασχοληθούν στην Παρασκευή και διανομή γευμάτων, επί της εκτέλεσης της συγκεκριμένης σύμβασης αν αναδειχθεί ανάδοχος. Επομένως, η μη προσκόμιση με την προσφορά του δικού της βιβλιαρίου υγείας, αντίκειται στον ως άνω όρο 2.4.3.2 σημ. 6, αφού η οικεία απαίτηση αφορά κάθε

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

απασχολούμενο στην Παρασκευή ή διανομή γευμάτων, ασχέτως τρόπου απασχόλησης και εν γένει παροχής των υπηρεσιών του και με μόνο γνώμονα αν μετέχει στην παραγωγή και διανομή. Άρα, αφενός η συμπερίληψη του ως άνω προσώπου στον οικείο πίνακα, από τον ίδιο τον προσφεύγοντα, αφετέρου η συνδυασμένη μη προσκόμιση βιβλιαρίου υγείας, συνιστούν παράβαση του παραπάνω όρου, η οποία όμως δεν συνίσταται σε κάποια ασάφεια της προσφοράς ή σε επιμέρους τυπικό σφάλμα επί κάποιου εγγράφου της προσφοράς, αλλά εξαρχής παράλειψη προσκόμισης απαιτούμενου από τη διακήρυξη να υποβληθεί με την προσφορά εγγράφου και επομένως, ουδόλως κατ' άρ. 102 παρ. 3 Ν. 4412/2016 είναι δυνατή η παραδεκτή το πρώτον προσκόμισή του κατά την αξιολόγηση με τις διευκρινίσεις. Περαιτέρω, αλυσιτελώς προβάλλεται ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι η ως άνω εργαζόμενη δεν θα απασχοληθεί στο πεδίο της παρασκευής και διανομής φαγητού, αντιφάσκει με την ίδια τη συμπερίληψή της στον ως άνω πίνακα που ο ίδιος υπέβαλε με την προσφορά του, ρητώς προσδιορίζοντας ότι το σύνολο των ως άνω ατόμων θα απασχοληθεί στο συγκεκριμένο αντικείμενο, με αποτέλεσμα η το πρώτον πλέον αιτίασή του περί του αντιθέτου, δεδομένου και ότι ουδόλως ασαφές ήταν το ως άνω έγγραφο-πίνακας ως προς το αντικείμενο απασχόλησης των εκεί περιλαμβανομένων ατόμων και δεν υπήρχε κανένα σημείο εκ του οποίου να δύναται να συναχθεί τυχόν εκτέλεση από κάποιον εξ αυτών τυχόν άλλων συναφών ή μη, πάντως μη υπαγόμενων στην παρασκευή και διανομή φαγητού, εργασιών, να συνιστά απαράδεκτη μεταβολή της προσφοράς του, η οποία δεν μπορεί να λάβει χώρα κατά την αξιολόγηση των προσφορών στο πλαίσιο ή μη διευκρινίσεων, πολλώ δε μάλλον ενώπιον της ΑΕΠΠ δια προσφυγής (η οποία ούτως, αν δεχόταν την ως άνω μεταβολή της προσφοράς, θα υπεισερχόταν και στις αρμοδιότητες της αναθέτουσας και τούτο ασχέτως ότι εν προκειμένω, ούτε η αναθέτουσα δεν θα δύνατο να δεχθεί τέτοια μεταβολή της προσφοράς του προσφεύγοντος). Ομοίως αλυσιτελώς προσκομίζεται το πρώτον πλέον το βιβλιάριο υγείας του ως άνω ατόμου, δεδομένου ότι δεν είναι δυνατή η συμπλήρωση ελλείψεων της

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

προσφοράς δια προδικαστικής προσφυγής (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 208/2018), πολλώ δε μάλλον αφού εν προκειμένω δεν πρόκειται για τυχόν επεξήγηση προσκομισθέντος εγγράφου, αλλά για συμπλήρωση εγγράφου που ενώ έπρεπε να προσκομίσει με την προσφορά του, ουδόλως προσκόμισε. Εξάλλου, για τον ίδιο λόγο, ούτως ή άλλως το ως άνω έγγραφο δεν θα μπορούσε να συμπληρωθεί με τυχόν διευκρινίσεις, τούτο δε θα αποτελούσε ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς και θα συνιστούσε, αν επιτρεπόταν πρόδηλη ευνοϊκή μεταχείριση του προσφεύγοντος κατά παράβαση της αρχής της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Ομοίως αλυσιτελώς προβάλλεται ότι το ως άνω άτομο εκτελεί χρέη Γενικής Διευθύντριας και είναι μέλος του Δ.Σ., αφού ουδόλως κατά τη διακήρυξη η απαίτηση προσκόμισης του ως άνω βιβλιαρίου συναρτάτο με τη θέση της εντός της εταιρίας του οικονομικού φορέα ή το έννομο καθεστώς της παροχής των υπηρεσιών της εντός αυτού, ως τυχόν μισθωτής ή μη, αλλά από το πραγματικό γεγονός περί του ότι ο ίδιος ο προσφέρων προτίθεται να τη συμπεριλάβει στα πρόσωπα που θα εμπλακούν στην παρασκευή και διανομή φαγητού, προφανώς προς διασφάλιση της υγείας των σιτιζομένων μαθητών από τυχόν μεταφορά ασθενειών από πρόσωπα που θα έλθουν σε επαφή με το φαγητό και τα εν γένει μέσα παρασκευής και διανομής του. Αντίθετα μάλιστα, ο όρος 2.4.3.2.5 περί της κατάστασης του προσωπικού που θα εκτελέσει το έργο της παρασκευής και διανομής του φαγητού, ρητά ανέφερε ότι πρέπει να αναφερθεί εκεί το σύνολο αυτών των προσώπων που θα απασχοληθούν σε αυτό το αντικείμενο, ανεξαρτήτως της σχέσης εργασίας τους με τον προσφέροντα, ήτοι ασχέτως ανα απασχολούνται ως μισθωτοί ή με σύμβαση παροχής υπηρεσιών ή έργου ή ακόμη ως ιδιοκτήτες, εταίροι ή στελέχη της επιχείρησης και ασχέτως, κατ' αποτέλεσμα διευθυντικής θέσης τους, θέσης τους στο διοικητικό όργανο του οικονομικού φορέα και εν γένει σχέσης τους με τον τελευταίο, βάσει της οποίας προσφέρουν τις υπηρεσίες τους, εφόσον πάντως θα απασχοληθούν στο ως άνω αντικείμενο. Η δε δήλωση στον οικείο πίνακα αποτελεί δήλωση περί του ότι ακριβώς θα απασχοληθούν όντως και στην πραγματικότητα με την παρασκευή και

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

διανομή γευμάτων στο πλαίσιο εκτέλεσης της συγκεκριμένης σύμβασης. Και τούτο πέραν του ότι ουδόλως η ιδιότητα του Γενικού Διευθυντή ή του μέλους Δ.Σ. αναιρεί τη δυνατότητα του προσώπου να εκτελέσει εργασίες σχετικά με την παρασκευή και διανομή φαγητού, εξάλλου δε, ο ίδιος ο προσφεύγων κατονόμασε το ως άνω πρόσωπο στην κατάσταση των προσώπων που θα εμπλακούν στις ως άνω εργασίες, φέρει δε την ευθύνη της οικείας δηλώσεώς του. Εξάλλου, η ιδιότητα του υπευθύνου catering όχι μόνο δεν αναιρεί την επαφή με το φαγητό ή τα μέσα παραγωγής του και διανομής του, δια της εμπλοκής με την παρασκευή και διανομή του, αλλά καθιστά αυτή στην πραγματικότητα και λίαν πιθανή κατά τη συνήθη εκτέλεση των οικείων εργασιών, αφού ακριβώς η προκείμενη δραστηριότητα υπάγεται στην έννοια του catering και ο υπεύθυνός της δραστηριότητας αυτής κατά την ίδια την περιγραφή καθηκόντων του εμπλέκεται, εποπτεύοντας το οικείο προσωπικό υπό την επιστάσια του και συντονίζοντας τις οικείες εργασίες με επιτόπια και αυτοπρόσωπη, κατά κανόνα, παρουσία και επαφή στους οικείους χώρους παρασκευής και μετά των ανά περίπτωση υλικών, σε δραστηριότητες που σχετίζονται με επαφή με το φαγητό και τα μέσα παραγωγής και διανομής του. Τέλος, αντίστοιχα αλυσιτελώς, ο προσφεύγων επικαλείται την προσκόμιση βιβλιαρίου υγείας από την έτερη υπεύθυνη catering, αφού το προκείμενο ζητούμενο ήταν η υποβολή του για κάθε πρόσωπο που θα δηλωνόταν ως εμπλεκόμενο στην οικεία δραστηριότητα και όχι τυχόν μόνο από κάποια εξ αυτών. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί και ούτως δια μόνης της απορρίψεώς του, προκύπτει ότι η προσφορά του προσφεύγοντος νομίμως απερρίφθη, έστω και κατά την πρώτη ως άνω βάση αποκλεισμού του, που και μόνη της αρκούσε ούτως ή άλλως για την απόρριψη της προσφοράς του.

9. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, όπως προκύπτει από τα οικεία έγγραφα, ο αριθμός αδείας κυκλοφορίας του οικείου οχήματος του προσφεύγοντος αναγράφηκε με εσφαλμένο το τελευταίο μόνο ψηφίο στην οικεία υποβληθείσα άδεια καταλληλότητας, κατά σφάλμα της αρμόδιας προς έκδοση της τελευταίας, υπηρεσίας. Πάντως, όσον αφορά τον

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

προκείμενο λόγο, ο προσφεύγων εξαρχής προσκόμισε το σύνολο των εγγράφων που απαιτούνταν, ήτοι και άδεια κυκλοφορίας και άδεια καταλληλότητας, το μοναδικό δε σχετικό ζήτημα ανέκυψε ως προς τη διαφοροποίηση του τελευταίου ψηφίου ως προς τον αριθμό άδειας κυκλοφορίας μεταξύ των δύο εγγράφων. Επομένως, η προσφορά του, σε αντίθεση με όσα αφορούν τον πρώτο ως άνω λόγο του, ήταν καταρχήν πλήρης και απλώς προέκυπτε η παραπάνω ήσσονος σημασίας ασάφεια, δεδομένου εξάλλου ότι δεν προέκυπτε και καθολική διάσταση των δύο αριθμών, αλλά μόνο ως προς το τελευταίο ψηφίο, σφάλμα ουδόλως ασυνήθιστο, το οποίο σε κάθε περίπτωση δημιουργεί εύλογα πεποίθηση απλού λάθους κατά την αναγραφή του αριθμού κυκλοφορίας του ίδιου και αυτού πάντως οχήματος, και όχι τυχόν διάστασης μεταξύ των οχημάτων που αφορά το ένα έγγραφο σε σχέση με το άλλο, κατάσταση που αν συνέτρεχε θα οδηγούσε τυχόν στο συμπέρασμα προσκόμισης άδειας για άλλο άσχετο όχημα και άρα εν όλω μη προσκόμισης του απαιτούμενου για το όχημα που θα χρησιμοποιηθεί, εγγράφου. Επομένως, κατά παράβαση του άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα προέβη σε αποκλεισμό του προσφεύγοντος χωρίς προηγουμένως να ασκήσει την κατά την ως άνω διάταξη δεσμία αρμοδιότητά της, να καλέσει αυτόν να άρει την ασάφεια αυτή δια διευκρινίσεων, παρότι τα απαιτούμενα έγγραφα είχαν προσκομισθεί και ήταν κατά τα λοιπά νόμιμα, προέκυπτε δε μόνο η ως άνω ήσσονος σημασίας διαφοροποίηση που δημιουργούσε απλή ασάφεια και όχι απόδειξη διάστασης οχημάτων και τυχόν προσκόμισης άδειας καταλληλότητας για άλλο όχημα, άρα τυχόν καθόλου μη προσκόμισης της απαιτούμενης άδειας) ως προς το πιστοποιούμενο περί την καταλληλότητά του όχημα, ήτοι περί μεμονωμένο στοιχείο της τεχνικής προσφοράς. Εξάλλου, ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας περί χρόνου μεταξύ της έκδοσης της άδειας και άρα του σφάλματος της αναγραφής του τελευταίου ψηφίου στον αριθμό κυκλοφορίας, και του διαγωνισμού, δεν έχουν ουδεμία έννομη σημασία και ουδόλως αναιρούν τα ανωτέρω, αφού οποτεδήποτε και αν είχε εκδοθεί το έγγραφο, δεν διαφοροποιούσε το όχημα που αφορά που είναι το

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

ίδιο με αυτό της άδειας κυκλοφορίας και το γεγονός πως αμφότερα τα έγγραφα προσκομίσθηκαν, το δε όχημα προσδιορίστηκε με την πινακίδα του και στα δύο, αλλά η άδεια καταλληλότητας είχε εκ της εκδόσεώς της ένα ψηφίο εσφαλμένο ούτε η εφαρμογή του άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016 συνεχεται με τον χρόνο έκδοσης του εγγράφου επί του οποίου υπάρχει η ήσσονος σημασία ασάφεια. Επομένως, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος. Πλην όμως, δεδομένου ότι κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη, η προσφορά του προσφεύγοντος, κατόπιν απόρριψης του πρώτου λόγου του, εν τέλει νομίμως απερρίφθη κατά την πρώτη βάση αποκλεισμού του ως προς τη μη προσκόμιση βιβλιαρίου υγείας από άτομο που ο ίδιος δήλωσε ότι θα απασχοληθεί στην παρασκευή και διανομή φαγητού, παράβαση που μόνη της ούτως ή άλλως κατέστησε την προσφορά του απαράδεκτη ανεξαρτήτως των λοιπών στοιχείων και τυχόν άλλων ελλείψεων, στερείται νοήματος η αναπομπή στην αναθέτουσα προς άρση της παράλειψής της να του ζητήσει διευκρινίσεις σχετικά με το πραγματικό της δεύτερης βάσης αποκλεισμού του κατά τα ανωτέρω, αφού αυτός ούτως ή άλλως και συντρέχουσας της πρώτης βάσης απόρριψης της προσφοράς του, νομίμως αποκλείστηκε. Επομένως, πρέπει και να γίνει δεκτή η Παρέμβαση καθ' ο μέρος αφορά τη διατήρηση της προσβαλλομένης ως προς τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος, μέρος για το οποίο ο παρεμβαίνων διατηρεί αυτοτελές έννομο συμφέρον ασχέτως τύχης του δεύτερου σκέλους της προσφυγής, ήτοι ως προς τη δική του αποδοχή. Τούτο, διότι κατ' αντιστοιχία με την κατά την ανωτέρω σκ. 5 (που αφορά το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος και αντίστοιχα αφορά και το έννομο συμφέρον του παρεμβαίνοντος), δεν υφίσταται εξάρτηση του εννόμου συμφέροντος οικονομικού φορέα για τον αποκλεισμό και άρα και για τη διατήρηση συντελεσθέντος αποκλεισμού, συνδιαγωνιζομένου του, από την τυχόν δική του αποδοχή, άρα και διατήρηση συντελεσθείσας αποδοχής στον διαγωνισμό, υπό τον όρο ότι πάντως ο ίδιος δεν είναι ήδη οριστικώς αποκλεισθείς. Αυτή η ιδιότητά όμως, ήτοι του ήδη οριστικώς αποκλεισθέντος ουδόλως δύναται να συντρέχει κατά το παρόν στάδιο εξέτασης της προσφυγής, αφού εξάλλου

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

οιοσδήποτε θιγόμενος από την προκείμενη Απόφαση, διάδικος, έχει τα δικαιώματα του άρ. 372 Ν. 4412/2016 και δεν καθίσταται οριστικώς αποκλεισθείς δια μόνης της Απόφασης επί Προδικαστικής Προσφυγής είτε ως προς την απόρριψη του αιτήματος προς ακύρωση του αποκλεισμού του είτε ως προς την αποδοχή αιτήματος του προσφεύγοντος περί ακύρωσης της αποδοχής του.

10. Επειδή, όσον αφορά το δεύτερο σκέλος της προσφυγής, που αφορά την αποδοχή του έτερου διαγωνιζομένου και παρεμβαίνοντος προκύπτουν τα ακόλουθα. Όσον αφορά τον πέμπτο λόγο της προσφυγής και όπως συνομολογεί και η αναθέτουσα, ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος και παρεμβαίνων παρέβη τους όρους 2.2.6 και 2.4.3.2 της διακήρυξης με την υπεύθυνη δήλωσή του ότι το φαγητό θα μεταφέρεται στο Μουσικό Σχολείο, όχι εντός μιας ώρας από την παρασκευή του, όπως ρητά απαιτούσε η διακήρυξη, αλλά εντός μίας και ήμισυς ώρας, ούτως παραβιάζοντας και απαίτηση της διακήρυξης ως προς το αναγκαστικό περιεχόμενο των εγγράφων της προσφοράς όσον αφορά την ως άνω δήλωση, αλλά και ουσιαστική απαίτηση ως προς την ανάληψη σχετικής δέσμευσης περί του τρόπου παροχής των υπηρεσιών, αφού με αυτόν τον τρόπο ο ίδιος ο έτερος διαγωνιζόμενος και παρεμβαίνων δήλωσε ότι δεν θα πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης, την οποία ανεπιφύλακτα απεδέχθη και ουδέποτε αμφισβήτησε. Τα δε εκ του παρεμβαίνοντος επικαλούμενα περί τυπογραφικού σφάλματος και η το πρώτον υποβολή ενώπιον της ΑΕΠΠ διορθωμένης υπεύθυνης δήλωσης, αλυσιτελώς προβάλλονται και τυγχάνουν επίκλησης, κατά τα αναφερθέντα στην ανωτέρω σκ. 8 ως προς τον πρώτο λόγο του προσφεύγοντος, αφού ούτε ενώπιον της ΑΕΠΠ είναι δυνατή η το πρώτον προσκόμιση νέων εγγράφων που καίτοι απαιτούνταν με την προσφορά, δεν υπεβλήθησαν μετ' αυτής ούτε η το πρώτον διόρθωση σφαλμάτων της προσφοράς δια τυχόν προσφυγής ή παρεμβάσεως προς απόκρουση ισχυρισμών προσφυγής ούτε εξάλλου η ΑΕΠΠ αποτελεί όργανο κρίσης των προσφορών και δεν δύναται να υπεισέλθει στην οικεία αρμοδιότητα αξιολόγησης της αναθέτουσας ούτε να δεχθεί και να αξιολογήσει διευκρινίσεις

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

ούτε η παρέμβαση ή η προσφυγή συνιστούν μέσο υποβολής διευκρινίσεων ως προς ελλείψεις των προσφορών (Απόφαση ΑΕΠΠ 208/2017), αλλά η ΑΕΠΠ δύναται μόνο ελέγχει κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ακυρωτικά την κρίση της αναθέτουσας. Εξάλλου, ούτε η αναθέτουσα θα δύνατο νομίμως να ζητήσει διευκρινίσεις για το ανωτέρω ζήτημα και να δεχθεί την παραπάνω διορθωμένη υπεύθυνη δήλωση με τυχόν διευκρινίσεις, αφού η υποβληθείσα με την προσφορά υπεύθυνη δήλωση ήταν σαφής και με απόλυτη σαφήνεια παραβίαζε τους όρους του διαγωνισμού (επί παραδείγματι δεν υφίσταντο 2 τυχόν έγγραφα περί του ζητήματος του χρόνου μεταφοράς εκ των οποίων το ένα ανέφερε τον απαιτούμενο χρόνο και το άλλο έναν άλλο χρόνο) και επομένως, η νέα υπεύθυνη δήλωση δεν αποτελεί συμπλήρωση πρόδηλου σφάλματος ή ασάφεια αλλά ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς με την αντικατάσταση υποβληθείσας με την προσφορά δήλωσης κατά την οποία δεν πληρούται ουσιώδης απαίτηση του διαγωνισμού με άλλη με την οποία το πρώτον επιχειρείται η πλήρωση της ίδιας απαίτησης. Συνεπώς, ακόμη και η εκ της αναθέτουσας ζήτηση και αποδοχή τέτοιου νέου εγγράφου προς αντικατάσταση του ήδη υποβληθέντος και μετά σαφηνείας αποδεικνύοντος παράβαση της διακήρυξης, θα προσέκρουσε στο άρ. 102 παρ. 2 και 3, αφού το ως άνω έγγραφο υπεύθυνης δήλωσης θα υποβάλλοταν προς το πρώτον συμμόρφωση με σαφέστατα παραβιασθέντες όρους της διακήρυξης και η αποδοχή του θα επαγόταν διακριτική υπέρ του υποβάλλοντος μεταχείριση, προσκρούοντας στις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της τυπικότητας. Αλυσιτελώς δε προβάλλονται από τον παρεμβαίνοντα τα περί του ότι βρίσκεται σε ιδιαίτερα μικρή απόσταση από τον τόπο μεταφοράς των γευμάτων και ότι κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας η μεταφορά θα λαμβάνει χώρα εντός 5 λεπτών, αφού αυτά ουδόλως μπορούν να αντικρούσουν το σαφές και μονοσήμαντο περιεχόμενο της υπεύθυνης δήλωσής του παρεμβαίνοντος ούτε είναι δυνατόν να αναζητηθούν τα κίνητρα ή οι λόγοι για τους οποίους αυτός, αναλαμβάνοντας κάθε σχετική ευθύνη συνέταξε ούτως την οικεία δήλωσή του, με διαφορετικό περιεχόμενο από το σαφές και παρατεθέν κατά λέξη κείμενο που περιέλαβε αυτούσιο η διακήρυξη

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

ούτε είναι δυνατόν, βάσει της αρχής της τυπικότητας και της διαφάνειας, να αναζητηθεί η πλήρωση της απαίτησης των σαφών όρων της διακήρυξης, όχι στα ίδια τα απαιτούμενα με σαφήνεια προς υποβολή και για την απόδειξη ακριβώς της πλήρωσης του οικείου όρου 2.2.6 έγγραφα (τα οποία μάλιστα υπεβλήθησαν με περιεχόμενο που αποδεικνύει τη μη πλήρωση), αλλά στην κοινή πείρα, την κοινή λογική και σύμφωνα με κατά κρίση της αναθέτουσας ή της ΑΕΠΠ αντίθετες με το περιεχόμενο των υποβληθέντων εγγράφων, συναγωγές και υποθέσεις. Ούτε εξάλλου είναι δυνατή η κατόπιν λήξης υποβολής προσφορών και κατά την αξιολόγηση, ουσιώδης μεταβολή ή συμπλήρωση της προσφοράς και του σαφούς περιεχομένου των απαιτούμενων εγγράφων της είτε από τους προσφέροντες είτε από την αναθέτουσα με βάση ερμηνείες επί του σκοπούμενου ή υπονοούμενου περιεχομένου τους. Υπό την ως άνω λογική εξάλλου, κάθε παράβαση ρητού όρου της διακήρυξης θα δύνατο να θεραπευθεί από την αναθέτουσα με βάση τη δική της εκτίμηση και τις περί αυτονοήτου ανά περίπτωση κρίσεις των οργάνων αξιολόγησης ή και με αυτεπάγγελτες αναζητήσεις περιρρέουσων συνθηκών της προσφοράς και εκτός των εγγράφων της σύμβασης στοιχείων ή και ανταπόδειξης όσων προκύπτουν ακόμη και από τα απαιτούμενα αποδεικτικά έγγραφα που υποβάλλουν οι προσφεύγοντες, ακόμη δε και με αποτέλεσμα την εκ της αναθέτουσας αλλαγή των ίδιων των δεσμεύσεων που αναλαμβάνουν δια των δηλώσεών τους στο πλαίσιο της προσφοράς, οι προσφέροντες (θα δύνατο ούτως η αναθέτουσα ακόμη και να αλλάξει τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης που αποδέχονται οι προσφέροντες με τα έγγραφα της προσφοράς τους και τις υποχρεώσεις που αυτοί αναλαμβάνουν, κατά το περιεχόμενο των οικείων εγγράφων της προσφοράς τους, επαυξάνοντας ή μειώνοντας τις υποχρεώσεις ή δεσμεύσεις αυτές). Τούτο θα είχε ως αποτέλεσμα να καταργείται κάθε νόημα θέσπισης αποδεικτικών μέσων και δεσμευτικότητας του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης και με κάθε περαιτέρω κίνδυνο ανεξέλεγκτων ευχερειών της αναθέτουσας, άνισης μεταχείρισης, διακρίσεων μεταξύ των διαγωνιζομένων και αυθαιρεσιών. Επομένως, ο πέμπτος λόγος της προσφυγής, η αποδοχή του

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

οποίου και μόνη της αρκεί για τον αποκλεισμό της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, πρέπει σε κάθε περίπτωση να γίνει δεκτός.

11. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι (Απόφαση 195/2018), κατά το άρ. 72 παρ. 3 Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι “Οι εγγυήσεις των παραγράφων 1 και 2 εκδίδονται από πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη -μέλη της Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου ή στα κράτη-μέρη της ΣΔΣ και έχουν, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, το δικαίωμα αυτό. Μπορούν, επίσης, να εκδίδονται από το Ε.Τ.Α.Α. -Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. ή να παρέχονται με γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων με παρακατάθεση σε αυτό του αντίστοιχου χρηματικού ποσού. Αν συσταθεί παρακαταθήκη με γραμμάτιο παρακατάθεσης χρεογράφων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, τα τοκομερίδια ή μερίσματα που λήγουν κατά τη διάρκεια της εγγύησης επιστρέφονται μετά τη λήξη τους στον υπέρ ου η εγγύηση οικονομικό φορέα.”. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι κατά νόμον αναγνωρίζονται δύο διακριτής νομικής φύσης, πλην ισοδύναμοι προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τρόποι παροχής εγγύησης υπέρ των οικονομικών φορέων ως προς τις διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων. Ο πρώτος είναι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, η οποία συνιστά υπόσχεση τρίτου (πιστωτικά/χρηματοδοτικά ιδρύματα και ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ) προς καταβολή ορισμένου ποσού στον προς ου απευθύνεται σε πρώτη ζήτηση του τελευταίου που εκδίδεται από πιστωτικά/χρηματοδοτική ιδρύματα και το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ και ο δεύτερος η σύσταση εγγυοδοτικής παρακαταθήκης, δηλαδή η εκ μέρους του οικονομικού φορέα κατάθεση ποσού στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων υπέρ της αναθέτουσας, κατ’ άρ. 4 ΠΔ 30/12/3.1.1927. Η δε εγγύηση, δηλαδή η ανάληψη εκ του εγγυητού της υποχρέωσης απέναντι στον δανειστή να εκπληρώσει την παροχή του πρωτοφειλέτη, εφόσον δεν το πράξει ο τελευταίος, διαφέρει από την εγγυοδοσία, ήτοι την εξασφάλιση δια της παροχής μετρητών και χρεογράφων ή την παρακατάθεση στη φύλαξη τρίτου, ενός προσώπου περί την καλή εκπλήρωση των καθηκόντων του ή από οφειλέτη προς τρίτο για την

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

εκπλήρωση των υποχρεώσεών του (βλ. Γεωργιάδη Σταθόπουλο, ΑΚ 847). Οι δε διατάξεις περί συμβάσεως εγγύησης δεν εφαρμόζονται επί της εγγυοδοσίας, η οποία διέπεται από τις ειδικές ανά περίπτωση διατάξεις που αφορούν (αν πρόκειται για συμβατική εγγυοδοσία, δηλαδή εγγυοδοσία που παρέχεται με χρήση συγκεκριμένου τύπου σύμβασης) τη σύμβαση βάσει της οποίας παρέχεται (βλ. Βαθρακοκοίλη «ΕΡΝΟΜΑΚ Ερμηνεία Νομολογία Αστικού Κώδικα», Τόμος Γ΄, Ειδικό Ενοχικό, Αθήνα, 2006, σελ. 544). Ως εκ τούτου, δεν υφίσταται λόγος να αναφέρεται στο γραμμάτιο εγγυοδοτικής παρακαταθήκης το ανέκκλητο και το ανεπιφύλακτο της απόδοσης, αφού το ΤΠΔ δεν είναι εγγυητής που θα καλύψει την υποχρέωση του πρωτοφειλέτη, αλλά θεματοφύλακας με υποχρέωση απόδοσης έναντι του τρίτου. Εξάλλου, όσον αφορά το χρόνο ισχύος του Γραμματίου και της εξ αυτού παρεχόμενης εγγυοδοσίας, βάσει του άρ. 17 Ν. 3646/28, άρθρο 17, οι χρηματικές παρακαταθήκες παραγράφονται μετά από 15ετία από το χρόνο που κατέστησαν απαιτητές. Επομένως, στην περίπτωση κατάπτωσης του ποσού της εγγύησης, το ποσό αυτό αποδίδεται στον υπέρ ου η κατάπτωση άμεσα, μετά από σχετικό έγγραφο και με την προσκόμιση ή την αποστολή του γραμματίου παρακαταθήκης, ενώ ούτως ή άλλως δεν ισχύει όπως στις εγγυητικές επιστολές, χρόνος λήξης ισχύος της εγγύησης καθοριζόμενος μεταξύ του εγγυητή και του πρωτοφειλέτη, αλλά η λήξη της εγγυοδοτικής λειτουργίας της παρακαταθήκης προκύπτει εκ του νόμου και είναι προκαθορισμένη και σε κάθε περίπτωση πολύ μεγαλύτερη από τη διάρκεια της προκείμενης συμβάσεως. Τα ως άνω εξάλλου, προκύπτουν και από το έγγραφο με αρ. πρωτ. 2756/23-5-2017 της ΕΑΑΔΗΣΥ “Διευκρινίσεις επί της Κατευθυντήριας Οδηγίας 12 ως προς τα Γραμμάτια Σύστασης Χρηματικής Παρακαταθήκης” (βλ. και ΤΠΔ Έγγραφο με αρ. πρωτ. 39447/17/24.4.2017 με Θέμα “Εγγυοδοτικές Παρακαταθήκες ΤΠ & Δανείων” και ΝΣΚ Γνμδ 34/1992). Περαιτέρω, το περιεχόμενο του γραμματίου εγγυοδοτικής παρακαταθήκης, που εκδίδεται βάσει προδιατυπωμένου από το ΤΠΔ δελτίου συστάσεως της, είναι συγκεκριμένο, όμοιο και προκαθορισμένο και δεν δύναται να μεταβληθεί ανά περίπτωση, οπότε ούτως ή άλλως είναι αδύνατη νομικά και

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

τεχνικά η προσαρμογή του στις ανά περίπτωση απαιτήσεις και υποδείγματα κάθε αναθέτουσας επί κάθε διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Κατ' αποτέλεσμα, όλων των παραπάνω και όπως ήδη είχε γνωμοδοτήσει το ΝΣΚ (ΝΣΚ Γνμδ 34/1992) επί του άρ. 25 του Κανονισμού Προμηθειών Δημοσίου (ΠΔ 173/90) είναι σαφές πως επί του γραμματίου σύστασης εγγυοδοτικής παρακαταθήκης, δεν είναι εφαρμοστέο το άρ. 72 παρ. 4 Ν. 4412/2016 περί του ελαχίστου περιεχομένου των εγγυήσεων, αφού η εγγυοδοτική παρακαταθήκη δεν συνιστά κατά την έννοια του νόμου "εγγύηση", αλλά διαφορετική και αυτοτελή, από τη σύμβαση εγγυήσεως, σύμβαση. Εξάλλου, ακόμη και οι όποιες σημειώσεις επί του γραμματίου παρακατάθεσης του ΤΠΔ και δη επί της αιτίας, δεν είναι δυνατόν να μεταβάλει τους όρους καταβολής του ποσού της παρακαταθήκης στον υπέρ ου η σύστασή της, που προκύπτουν από τον ίδιο τον νόμο, αφού η σύμβαση μεταξύ ΤΠΔ και παρακαταθέτη δεν τελεί υπό διαπραγμάτευση ή διαμόρφωση ανά περίπτωση, αλλά είναι πάγιοι για κάθε παρακαταθέτη και συνεπώς, οτιδήποτε και αν αναγραφεί στο πεδίο περί αιτίας, οι όροι καταβολής στον υπέρ ου η παρακαταθήκη παραμένουν ίδιοι κατά τα ως άνω. Εξάλλου, ούτε αναλογική εφαρμογή του άρ. 72 παρ. 4 ή αντιστοίχου περιεχομένου όρου της διακήρυξης, όπως εν προκειμένο το άρ. 2.1.5 αυτής, επί των εγγυοδοτικών παρακαταθηκών στο ΤΠΔ είναι δυνατή, καθώς η διάταξη αυτή από το περιεχόμενό της είναι σαφές πως αναφέρεται στις συμβάσεις εγγυήσεως, αφού αφενός αποκρίνεται σε διατάξεις που τις διέπουν (και για τις οποίες υφίσταται ανάγκη ανεκκλήτου και ανεπιφυλάκτου και παραιτήσεως από το δικαίωμα διζήσεως και διαιρέσεως, αλλά και ο χρόνος διαρκείας της εγγύησης εξαρτάται από τη συμβατική βούληση), αφετέρου η εφαρμογή του άρ. 72 παρ. 4 αφορά ένα τροποποιήσιμο περιεχόμενο (που δύναται να συμπεριλάβει κάποια συγκεκριμένα στοιχεία ή αντίστροφα ενδέχεται να μην τα συμπεριλαμβάνει), το οποίο δεν διαθέτει το προκαθορισμένο και κοινό για κάθε περίπτωση οικείο γραμμάτιο του ΤΠΔ. Εξάλλου, Σημειωτέον δε, ότι και η παρ. 3 του άρ. 72 Ν. 4412/2016 στην περίπτωση του γραμματίου παρακατάθεσης δεν αναφέρεται σε "έκδοση εγγύησης" όπως για τα πιστωτικά

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

και χρηματοδοτικά ιδρύματα και το ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ, αλλά σε “παροχή εγγύησης”, διατύπωση που έχει την έννοια της παροχής εγγυοδοσίας μέσω παρακαταθήκης, περίπτωση που κατά τα παραπάνω διαφέρει νομικά από την έκδοση εγγυητικής επιστολής βάσει συμβάσεως εγγύησης. Περαιτέρω, αντίθετη ως προς τα παραπάνω άποψη θα οδηγούσε στην αδυναμία χρήσης του θεσμού της εγγυοδοτικής παρακαταθήκης στο ΤΠΔ προς τον σκοπό εξασφάλισης και εγγυοδοτικής κάλυψης της συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και ανάληψης δημοσίων συμβάσεων, αφού κάθε γραμμάτιο του ΤΠΔ θα θεωρείτο απαράδεκτη εγγύηση κατά τα απαιτούμενα του άρ. 72 παρ. 4 και τις οικείες διατάξεις των διακηρύξεων που ενσωματώνουν την παραπάνω διάταξη, εκδοχή όμως αντίθετη στο ρητό γράμμα του άρ. 72 παρ. 3 Ν. 4412/2016, το οποίο με σαφήνεια προβλέπει τα γραμμάτια παρακατάθεσης του ΤΠΔ ως άνευ ετέρου νόμιμο και παραδεκτό μέσο εγγυοδοσίας (δεδομένου εξάλλου ότι η παροχή υπηρεσιών εγγυοδοτικής παρακαταθήκης για συμμετοχή σε διαγωνισμούς και ανάληψη δημοσίων συμβάσεων, συνιστά βασικό σκοπό ίδρυσης και λειτουργίας του ΤΠΔ εκ της συστάσεώς του), ενώ και ο όρος 2.1.5 της διακήρυξης αντίστοιχα επέτρεψε την προσκόμιση τέτοιων γραμματιών ως εγγυοδοτικό μέσο περί της συμμετοχής. Πολλώ δε μάλλον, αφού τα γραμμάτια αυτά ως έχοντα πάγιο περιεχόμενο και ως αφορώντα μια παρακαταθήκη και μια διαδικασία κατάπτωσης του ποσού, διεπόμενη από πάγιους και γνωστούς σε όλους κανόνες αναγκαστικού δικαίου, μη εξαρτώμενους από τη βούληση των μερών, παρέχουν και μια ακόμη μεγαλύτερη εξασφάλιση στις αναθέτουσες. Επομένως και σύμφωνα με τα ανωτέρω, νομίμως και παραδεκτώς κατ’ άρ. 72 Ν. 4412/2016 και τον όρο 2.1.5 της διακήρυξης, υπεβλήθη από τον παρεμβαίνοντα το οικείο γραμμάτιο συστάσεως παρακαταθήκης του ΤΠΔ με αρ. 353/27-8-2018, χωρίς να αναγράφεται χρόνος λήξης και διάρκεια, αφού τούτο ούτε εκ της φύσεως του γραμματίου ήταν δυνατό να επιβάλλεται και ήταν δυνατό να πραγματοποιηθεί και αν ακόμη αναφερόταν στο πεδίο περί αιτίας της σύστασης θα είχε έννομη συνέπεια, ενώ οι εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενοι όροι του άρ. 2.1.5 της διακήρυξης και οι αντίστοιχοι όροι του

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

άρ. 72 Ν. 4412/2016 περί περιεχομένου εγγυητικής επιστολής, δεν τυγχάνουν εφαρμογής επί του γραμματίου αυτού, ο δε παρεμβαίνων εξάλλου, με σαφήνεια ανέφερε την υπέρ ης η σύσταση της παρακαταθήκης αναθέτουσα και τη διακήρυξη στο πλαίσιο της οποίας και για την πλήρωση των όρων της, συνέστησε την ως άνω παρακαταθήκη. Επομένως, ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων δεν προσκόμισε κατάσταση προσωπικού και βιβλιάρια υγείας προσώπων που θα απασχοληθούν στην παρασκευή και διανομή των γευμάτων, αλλά μόνο το δικό του βιβλιάριο υγείας, δικαιολογεί δε τούτο αυτός και η αναθέτουσα επί τη βάση ότι αποτελεί ατομική επιχείρηση και ως εκ τούτου δεν απασχολεί προσωπικό (παρότι η ιδιότητα της ατομικής επιχείρησης, δεν συνεπάγεται αναγκαία μη απασχόληση προσωπικού και ότι ο ατομικώς επιχειρών ασκεί τη δραστηριότητά του αποκλειστικά μόνος του, πλήθος εξάλλου ατομικών επιχειρήσεων απασχολούν προσωπικό με σχέση εξαρτημένης ή μη εργασίας). Πλην όμως, η διακήρυξη κατά τον όρο 2.4.3.2.5 και 2.4.3.2.6, όροι που τελούν σε άμεση μεταξύ τους αποδεικτική σύνδεση ως προς τον όρο 2.2.6.δ, βλ. ανωτέρω σκ. 7-8, ότι απαιτείτο η υποβολή της οικείας κατάστασης με όλα τα πρόσωπα που ανεξαρτήτως, όπως με σαφήνεια και ειδικώς ορίστηκε, σχέσης εργασίας με τον προσφέροντα, θα εκτελέσουν εργασίες παρασκευής και διανομής γευμάτων στο πλαίσιο της υπό ανάθεση σύμβασης. Άρα, ήταν όλως αδιάφορο αν τα πρόσωπα αυτά αποτελούν μισθωτούς, ιδιοκτήτες, συνεταιίρους, τρίτους συνδεόμενους με σύμβαση παροχής υπηρεσιών ή έργου με τον προσφέροντα, υπεργολάβους ή διευθυντικά στελέχη, το ζητούμενο και επαρκής λόγος για την αναγκαία συμπερίληψή τους στην ως άνω κατάσταση ήταν η εμπλοκή τους στο παραπάνω αντικείμενο κατά την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, ως εκ τούτου, εξάλλου, έπρεπε η κατάσταση αυτή να συνοδεύεται υποχρεωτικά από βιβλιάρια υγείας για κάθε εκεί συμπεριλαμβανόμενο πρόσωπο. Και ναι μεν, η μη απασχόληση προσωπικού με σχέση εξαρτημένης εργασίας καθιστά αδύνατη την προσκόμιση κατάστασης προσωπικού κατά τις διατάξεις της

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

εργατικής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας (η οποία αφορά το σύνολο του απασχολούμενου από τον οικονομικό φορέα προσωπικού κατά τον χρόνο έκδοσής της, ανεξαρτήτως αν θα απασχοληθούν σε συγκεκριμένη εργασία και σύμβαση, πράγμα εξάλλου άσχετο με την έκδοση τέτοιας κατάστασης), αλλά όχι και τη σύνταξη κατάστασης προσωπικού που θα απασχοληθεί εν γένει και με οποιονδήποτε τρόπο και σχέση στο συγκεκριμένο έργο. Επομένως, με τη μη υποβολή τέτοιας κατάστασης, μαζί με βιβλιάρια υγείας άλλων τυχόν προσώπων, ο παρεμβαίνων επί της ουσίας δήλωσε ότι θα εκτελέσει μόνος του, δηλαδή αυτοπρόσωπα και άνευ οιασδήποτε εμπλοκής άλλου προσώπου οποτεδήποτε και σε οιοδήποτε στάδιο της παραγωγής και διανομής των γευμάτων, το σύνολο των σχετικών εργασιών, ήτοι ότι ο παρεμβαίνων μόνος του και αποκλειστικά αυτοπρόσωπα, θα παρασκευάζει κατά τους όρους της διακήρυξης και το οικείο Παράρτημα αυτής, 140 γεύματα καθημερινά, παραλαμβάνοντας πρώτες ύλες, επεξεργαζόμενος αυτές, συσκευάζοντας τα γεύματα και μεταφέροντας και παραδίδοντας αυτά στο σχολείο, χειριζόμενος κάθε υλικοτεχνική υποδομή και μέσο παραγωγής, αποθήκευσης και μεταφοράς όλων των γευμάτων και τούτο καθ' όλο το διάστημα και ανά κάθε ημέρα εκτέλεσης της σύμβασης εντός του συνόλου της διάρκειάς της. Ναι μεν τούτο, δεδομένων των αναγκών εκτέλεσης της σύμβασης παρίσταται εν τοις πράγμασι τουλάχιστον εξαιρετικά δυσχερές, σε κανένα δε σημείο και αυτής της παρέμβασής του, ο παρεμβαίνων ανέφερε τούτο, παρά μόνο ότι δεν απασχολεί προσωπικό, ώστε να προσκομίσει θεωρημένη κατάσταση εργασίας, ήτοι τέτοια κατάσταση υπό την έννοια της κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας. Προς τούτο δε, η αναθέτουσα δύνατο κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 να ζητήσει διευκρινίσεις, ως προς το αν ο παρεμβαίνων όντως θα εκτελέσει αυτοπρόσωπα το σύνολο των ως άνω εργασιών κατά το σύνολο της διάρκειας και σταδίων εκτέλεσης της σύμβασης. Πλην όμως, όπως ήδη αναφέρθηκε ούτε η ΑΕΠΠ δύναται το πρώτον να αξιολογήσει και να εξετάσει προς αποκλεισμό της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, το τυχόν ανεδαφικό ή ιδιαίτερα δυσχερώς εκτελέσιμο αυτής, αρμοδιότητα που ανήκει αποκλειστικά στην αναθέτουσα ούτε η ΑΕΠΠ δύναται να διευκρινίσει ασάφειες ή ελλείψεις

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

επί προσφοράς ή να δεχθεί την ενώπιον της διευκρίνιση ή να τη ζητήσει από προσφέροντα ή να την αναζητήσει σε εκτός προσφορών στοιχεία ή υποκειμενικές κρίσεις βάσει λογικής και εκτίμησης. Ούτε εξάλλου, ο προσφεύγων αιτιάται ότι ο παρεμβαίνων θα απασχολήσει με οιαδήποτε έστω σχέση εργασίας προσωπικό ούτε επικαλείται κάποιο σχετικό στοιχείο ούτε η τυχόν απασχόλησή του προσωπικού αυτού και προς αποκλεισμό της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, είναι δυνατόν να συναχθεί με βάση απλώς την τυχόν λογική ή την εκτίμηση περί του πρακτικά δυσχερώς εκτελέσιμου της προσφοράς του. Επιπλέον, όπως ήδη αναφέρθηκε στη σκ. 10 ως προς την αποδοχή του πέμπτου λόγου της προσφυγής, δεν είναι δυνατόν να αλλοιωθεί η προσφορά οικονομικού φορέα ή να ερμηνευθεί αυτή με τρόπο διαφορετικό από όσα προκύπτουν εκ των προσκομισθέντων εγγράφων της, κατά τρόπο που μεταβάλλει τους όρους εκτέλεσης και τον τρόπο με τον οποίο ο ίδιος προσφέρεται να αναλάβει να υλοποιήσει τη σύμβαση, σε σχέση με όσα ο ίδιος ο οικονομικός φορέας προτείνει με την προσφορά του και τα έγγραφά της. Εφόσον η αναθέτουσα θεωρούσε ότι η εκ των εγγράφων αυτών προκύπτουσα μη εμπλοκή άλλου προσωπικού πλην αυτοπροσώπως του παρεμβαίνοντος στην εκτέλεση των οικείων εργασιών ήταν πρακτικά ιδιαίτερα δυσχερής ή αδύνατη, εναπόκειται στην ίδια να τον καλέσει για διευκρινίσεις, εφόσον δε ο ίδιος δήλωνε ότι θα εμπλακούν και άλλα πρόσωπα, τυχόν αποτελούντα μισθωτούς ή μη, θα έπρεπε να τον αποκλείσει λόγω μη προσκόμισης των βιβλιαρίων υγείας τους κατά τα απαιτούμενα στον όρο 2.4.3.2.6 (τον οποίο δεν επικαλείται ο προσφεύγων στον οικείο ισχυρισμό του, αναφερόμενος μόνο στον όρο 2.4.3.2.5 που αφορά την κατάσταση προσωπικού). Ούτε όμως η ΑΕΠΠ δύναται να προβεί στα ανωτέρω ως πράξεις αξιολόγησης προσφορών ούτε ο προσφεύγων επικαλείται ή αποδεικνύει οτιδήποτε σχετικό ούτε αναφέρει στον οικείο ισχυρισμό τυχόν αμφισβήτηση περί του ότι ο παρεμβαίνων είναι αδύνατον να εκτελέσει αυτοπρόσωπα την προσφορά του, αλλά επικαλείται αποκλειστικά ότι δεν προσκομίστηκε κατάσταση προσωπικού χωρίς να ισχυρίζεται ότι θα απασχοληθεί τέτοιο προσωπικό έστω και ανεξαρτήτως σχέσης εργασίας.

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

Συνεπώς, η ΑΕΠΠ δεν δύναται να υπεισέλθει στα ως άνω ζητήματα και να ερμηνεύσει την προσφορά του παρεμβαίνοντος ως υποκρύπτουσα την απασχόληση προσωπικού, πράγμα που δεν προκύπτει ούτε από τα έγγραφα της προσφοράς του. Επομένως, απορριπτέος τυγχάνει ο τέταρτος λόγος περί μη προσκόμισης κατάστασης προσωπικού, η οποία προφανώς δεν απαιτείτο (παρά μόνο το οικείο βιβλιάριο υγείας), εφόσον ο οικονομικός φορέας υποβάλλει προσφορά με βάση την οποία αυτοπρόσωπα ως φυσικό πρόσωπο θα εκτελέσει τη σύμβαση και θα εμπλακεί μόνο ο ίδιος στην παρασκευή και διανομή φαγητού. Σύμφωνα, όμως, και με την ανωτέρω σκ. 10 και κατ' αποδοχή του πέμπτου λόγου της προσφυγής, ούτως ή άλλως, μη νομίμως εκρίθη ο παρεμβαίνων αποδεκτός από την αναθέτουσα, αφού και μόνη της η παράβαση των όρων που αφορά ο πέμπτος λόγος, αρκούσε ούτως ή άλλως για τον αποκλεισμό της προσφοράς του, όπως ρητά συνομολογεί και η ίδια η αναθέτουσα στο έγγραφο Απόψεών της, επικαλούμενη ότι και ο παρεμβαίνων πρέπει να αποκλειστεί γιατί δεν πληροί τους όρους του διαγωνισμού. Κατ' αποτέλεσμα, πρέπει σε κάθε περίπτωση να γίνει δεκτό το δεύτερο σκέλος της προσφυγής, ήτοι όσον αφορά την εκ της προσβαλλομένης, αποδοχή του παρεμβαίνοντος, η δε προσβαλλομένη πρέπει να ακυρωθεί κατά το αντίστοιχο μέρος της.

13. Επειδή, συνεπεία όλων των ανωτέρω, η Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και συγκεκριμένα όσον αφορά το δεύτερο σκέλος της προσφυγής, ήτοι αυτό με το οποίο ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της αποδοχής του έτερου διαγωνιζομένου και παρεμβαίνοντος. Να γίνει δεκτή εν μέρει η Παρέμβαση καθ' ο μέρος αφορά το ως άνω απορριφθέν πρώτο σκέλος της προσφυγής, ήτοι αυτό με το οποίο ο προσφεύγων αμφισβήτησε τον αποκλεισμό του. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου και παρεμβαίνοντος.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 760,00 ευρώ.

Αριθμός Απόφασης: 1103/ 2018

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την Απόφαση 349/16-10-2018 της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....».

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου, ποσού 760,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26-11-2018 και εκδόθηκε την 13-12-2018.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ