

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 25 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 21.07.2021 με ΓΑΚ 1465/22.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στον ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά της «ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης «...» (εφεξής παρεμβαίνουσα), που εδρεύει στα ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 02.08.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 931/2021/06.07.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... (απόσπασμα πρακτικού Νο 15/06.07.2021) κατά το μέρος που έκρινε σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και κατακύρωσε σε αυτήν και τις δύο Ομάδες του διαγωνισμού

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... ποσού €11.439,00.

Αριθμός απόφασης: 1491/2021

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 122139/17.06.2020 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονική ανοιχτή διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, άνω των ορίων, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχων για το έργο «ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ» στο πλαίσιο υλοποίησης του Ε.Π. ΕΒΥΣ του ΤΕΒΑ 2014-2020 της Περιφέρειας ..., συνολικού προϋπολογισμού 2.287.747,29 € (χωρίς ΦΠΑ). Συγκεκριμένα, το αντικείμενο της σύμβασης αφορούσε την προμήθεια τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής του Τ.Ε.Β.Α. 2014-2020 στο πλαίσιο του Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (Τ.Ε.Β.Α.), με σκοπό τη διανομή τους στους ωφελούμενους του Προγράμματος στην Περιφέρεια Τα προς προμήθεια είδη περιελήφθησαν σε δύο Ομάδες και συγκεκριμένα, την Ομάδα Α, η οποία αφορούσε τα είδη βασικής υλικής συνδρομής, με προϋπολογισθείσα δαπάνη 758.717,55 € (χωρίς ΦΠΑ) και την Ομάδα Β, η οποία αφορούσε τα είδη παντοπωλείου, με προϋπολογισθείσα δαπάνη 1.529.029,74 € (χωρίς ΦΠΑ). Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό είχαν δικαίωμα να υποβάλουν προσφορά είτε για το σύνολο των ειδών της Ομάδας Α ή της Ομάδας Β είτε για το σύνολο των ειδών και των δυο Ομάδων. Προσφορές για μέρος των ειδών, ορίστηκε ότι δεν γίνονται δεκτές και απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Ο εν λόγω διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

3. Επειδή, η προσφεύγουσα συμμετείχε στον ως άνω διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορές τόσο για τα προϊόντα της Ομάδας Α, όσο και για τα προϊόντα της Ομάδας Β του διαγωνισμού, μαζί με άλλους δέκα οικονομικούς φορείς. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, την άσκηση προδικαστικών προσφορών και αιτήσεων αναστολής κρίθηκαν σύμφωνες με τους όρους της διακήρυξης, κατά σειρά μειοδοσίας, η προσφορά της παρεμβαίνουσας και εν συνεχεία της προσφεύγουσας. Η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 931/2021/06.07.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα πρακτικού Νο 15/06.07.2021) ενέκρινε τα από 19.05.2021 και από 08.06.2021 πρακτικά της επιτροπής διαγωνισμού και μεταξύ άλλων, αποφάσισε την κατακύρωση και των δύο ομάδων του διαγωνισμού στην παρεμβαινουσα.

Αριθμός απόφασης: 1491/2021

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, η οποία κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες στις 12.07.2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 21.07.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό με παραδεκτή προσφορά και προσδοκά να αναδειχθεί ανάδοχος στα δύο τμήματα του διαγωνισμού.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 22.07.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου 232209/05.08.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 05.08.2021.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 22.07.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 02.08.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος για τα δύο τμήματα του διαγωνισμού.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της

Αριθμός απόφασης: 1491/2021

διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί διότι προς πλήρωση των κριτηρίων που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια δήλωσε ότι στηρίζεται στην εταιρεία «...», πλην όμως δεν προσκόμισε, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης προς απόδειξη ότι θα διαθέτει την εν λόγω επάρκεια, έγγραφη δέσμευση, ως απαιτείται από τη διακήρυξη, στην οποία να δηλώνεται ότι οι ανωτέρω φορείς είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής: Το άρθρο 2.2.6 «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» της διακήρυξης ορίζει ότι: *«Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (παρ. 2.2.5), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς (άρθρο 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016). Δύναται, επίσης, να στηρίζονται και στις ικανότητες του/των υπεργολάβων, στους οποίους προτίθενται να αναθέσουν την εκτέλεση ομάδας/ομάδων της υπό ανάθεσης σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης».*

Σύμφωνα με το ανωτέρω άρθρο της Διακήρυξης, ο υποψήφιος οικονομικός φορέας που στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου οφείλει να δεσμευθεί εγγράφως

Αριθμός απόφασης: 1491/2021

τόσο αυτός όσο και η εταιρεία στην οποία στηρίζεται, αφενός ότι έχουν στην διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους και αφετέρου ότι είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Η παρεμβαίνουσα προς πλήρωση των ως άνω άρθρων της Διακήρυξης δήλωσε ότι στηρίζεται στην χρηματοοικονομική επάρκεια της εταιρείας «...» και κατέθεσε τα αρχεία «4. ΥΔ ΑΠΟΔΟΧΗΣ ΔΑΝΕΙΑΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ sg και 3. ΥΔ ΠΑΡΟΧΗΣ ΔΑΝΕΙΑΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ..._signed». Στις προαναφερθείσες υπεύθυνες δηλώσεις όμως δεν αναφέρεται ότι οι δύο φορείς είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης όπως απαιτείται από το άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης. Οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής ότι δεν είναι απαραίτητη η έγγραφη δέσμευση όπου θα δηλώνεται η από κοινού εκτέλεση της σύμβασης επειδή αυτό είναι ευνόητο δεδομένο, κρίνονται αβάσιμοι διότι το άρθρο 2.2.6 απαιτεί το γεγονός αυτό να βεβαιώνεται. Κατόπιν των ανωτέρω ο υπό κρίση πρώτος λόγος είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα υπέβαλε προσφορά και για τις δύο (2) Ομάδες του διαγωνισμού και επομένως όφειλε, να προσκομίσει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, βεβαίωση του Επιμελητηρίου από την οποία να προκύπτει αφενός, η εγγραφή του σε αυτό και αφετέρου, το ειδικό επάγγελμα, το οποίο να αντιστοιχεί στα απαριθμούμενα στη διακήρυξη είδη και των δύο Ομάδων του διαγωνισμού. Το προσκομισθέν από την παρεμβαίνουσα πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου δεν περιλαμβάνει ως ειδικό επάγγελμα αυτό που αντιστοιχεί στο αντικείμενο της Ομάδας Α του διαγωνισμού, δηλαδή, της εμπορίας των απαριθμούμενων στη διακήρυξη ειδών βασικής υλικής συνδρομής και συγκεκριμένα την εμπορία σχολικών τσαντών και καλλυντικών, όπως οδοντόκρεμα και σαμπουάν.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο της κρινόμενης προσφυγής: Όσον αφορά την απόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής σχετικά με την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας δια της εγγραφής στο οικείο Επιμελητήριο με αναφορά στο ειδικό επάγγελμα της επίμαχης διακήρυξης από την πλευρά της παρεμβαίνουσας πρέπει να σημειωθεί ότι στο

Αριθμός απόφασης: 1491/2021

πιστοποιητικό του Εμπορικού Επιμελητηρίου της παρεμβαίνουσας αναφέρεται ότι η τελευταία διατηρεί και ασκεί δραστηριότητα παντοπωλείου, super market, χονδρικού και λιανικού εμπορίου γαλακτοκομικών, φρούτων και λαχανικών μαζί με τις διευθύνσεις στα Ιωάννινα των δραστηριοτήτων του, όπου στις δραστηριότητες παντοπωλείου και super market συμπεριλαμβάνεται και η εμπορία ειδών ΒΥΣ (σαμπουάν, χαρτικά, απορρυπαντικά, γραφική ύλη κλπ) γενικά προς το Δημόσιο, Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου, Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης, νοσοκομεία, δημοτικά κλπ κοινωφελή ή όχι ιδρύματα και καταστήματα. Επομένως προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα ασκεί την απαιτούμενη από την διακήρυξη εμπορική δραστηριότητα και ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 931/2021/06.07.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα πρακτικού Νο 15/06.07.2021), σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε στις 14 Σεπτεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1491/2021

Ο Πρόεδρος

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο Γραμματέας

ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ