

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 13 Νοεμβρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 6-10-2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1439/9-10-2020 προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 της ένωσης εταιριών «...» και το διακριτικό τίτλο «...», νόμιμα εκπροσωπούμενη.

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό ... διακήρυξη διεθνούς δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΕΙΔΩΝ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ ΤΗΣ ΠΡΑΞΗΣ «ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ 2018-2019 ΤΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΣΥΜΠΡΑΞΗΣ ... (ΚΩΔ. ...), ΤΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΣΥΜΠΡΑΞΗΣ ... (ΚΩΔ. ...) ΚΑΙ ΤΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΣΥΜΠΡΑΞΗΣ ... (ΚΩΔ. ...) ΣΤΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΤΟΥ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΙΑΚΟΥ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΟΣ «ΕΠΙΣΙΤΙΣΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ» ΤΟΥ ΤΑΜΕΙΟΥ ΒΟΗΘΕΙΑΣ ΠΡΟΣ ΤΟΥΣ ΑΠΟΡΟΥΣ (ΤΕΒΑ)

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

2014-2020», ως και οι συμπροσβαλλόμενες Διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής με αρ. πρωτ. ..., ..., ..., ..., ... και ... κατά τους προσβαλλόμενους όρους, άλλως να ακυρωθεί η παραπάνω διακήρυξη και οι ως άνω Διευκρινίσεις, κατά τους προσβαλλόμενους όρους και να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή για να λάβουν χώρα τα νόμιμα.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (τρία ηλεκτρονικά παράβολα αυτόματης δέσμευσης με κωδικούς ..., ... και ...), ποσού 5.000,00€ έκαστο, ήτοι ολικής αξίας 15.000€, το οποίο ανέρχεται στο ανώτερο προβλεπόμενο ύψος, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι το αναλογικό ποσοστό (0,5%) επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης υπερβαίνει το πιο πάνω καταβληθέν ποσό.

2. Επειδή, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1439/9-10-2020 προδικαστική προσφυγή εισήχθη προς εξέταση ενώπιον του 5ου Κλιμακίου, δυνάμει της με αρ. 1718/9-10-2020 Πράξης του Προέδρου αυτού, με την οποία επιπλέον ορίστηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής.

3. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ. ... διακήρυξη προκήρυξε διεθνή δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση της σύμβασης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΕΙΔΩΝ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ ΤΗΣ ΠΡΑΞΗΣ «ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ 2018-2019 ΤΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΣΥΜΠΡΑΞΗΣ ... (ΚΩΔ. ...), ΤΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΣΥΜΠΡΑΞΗΣ ... (ΚΩΔ. ...) ΚΑΙ ΤΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΣΥΜΠΡΑΞΗΣ ... (ΚΩΔ. ...) ΣΤΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΤΟΥ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΙΑΚΟΥ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΟΣ «ΕΠΙΣΤΙΤΙΣΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ» ΤΟΥ ΤΑΜΕΙΟΥ ΒΟΗΘΕΙΑΣ ΠΡΟΣ ΤΟΥΣ ΑΠΟΡΟΥΣ (ΤΕΒΑ) 2014-2020», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 16.685.144,78€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Κατά τον όρο 1.3. της διακήρυξης, η σύμβαση αφορά σε ένα ολοκληρωμένο έργο το οποίο περιλαμβάνει την προμήθεια και διανομή τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής για τους δικαιούχους ΤΕΒΑ της ... και συγκεκριμένα των Κοινωνικών Συμπράξεων των ..., ... και Το έργο υλοποιείται στο πλαίσιο του Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής που χρηματοδοτείται από το Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους απόρους (ΤΕΒΑ/ FEAD). Αντικείμενο της σύμβασης αποτελεί η εφαρμογή ενός ολοκληρωμένου και κεντρικά συντονισμένου προγράμματος διαχείρισης διανομών των υπό προμήθεια ειδών και αγαθών, το οποίο θα επιτρέπει, μεταξύ άλλων, την αποτελεσματική ταυτόχρονη εξυπηρέτηση των ωφελουμένων ΤΕΒΑ στο σύνολο της ... στις τρεις Περιφερειακές Ενότητες, τον καλύτερο συντονισμό των Κοινωνικών Εταίρων - μελών των Κοινωνικών Συμπράξεων, την τήρηση του χρονοδιαγράμματος όπως περιγράφεται στις εγκεκριμένες Πράξεις, τη δυνατότητα άμεσης προσαρμογής του προγραμματισμού της Αναθέτουσας Αρχής στην αντιμετώπιση ειδικών συνθηκών όπως για παράδειγμα μειωμένη προσέλευση ωφελουμένων σε έναν ή περισσότερους εκ των εταίρων της Κοινωνικής Σύμπραξης, κ.α. Ειδικότερα, στο αντικείμενο της σύμβασης περιλαμβάνεται: α) η προμήθεια των ανωτέρω ειδών (τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής) σύμφωνα με τους όρους και τις προδιαγραφές της παρούσας, β) η ομαδοποίηση των συσκευασιών σε 2η συσκευασία ανάλογα με τις ζώνες θερμοκρασίας διατήρησης και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των προϊόντων, γ) η

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

μεταφορά αυτών σε χαρτοκιβώτια ή τελάρα μίας χρήσης, δ) η εκφόρτωση, και παράδοσή τους με κατάλληλα οχήματα στους χώρους διανομής, ε) η τοποθέτηση αυτών ταξινομημένων ανά κατηγορία δέματος εντός των χώρων διανομής του προγράμματος και η υποβοήθηση των αρμόδιων υπαλλήλων στο έργο της διανομής, στ) η φόρτωση, μεταφορά, εκφόρτωση και φύλαξη όλων των δεμάτων που δεν παρέλαβαν οι ωφελούμενοι από τον χώρο διανομής προς κατάλληλη αποθήκη για τις ανάγκες του ΤΕΒΑ προκειμένου να διανεμηθούν στους ωφελούμενους σε επόμενη διανομή όπως τα ανωτέρω αναλυτικώς αναφέρονται στη Διακήρυξη και στο Παράρτημα Α αυτής και στον Οδηγό Εφαρμογής του ΤΕΒΑ όπως τροποποιήθηκε και ισχύει. Ειδικά τα τρόφιμα σε ψύξη θα διέπονται από διαδικασία αναδιανομής και προώθησης προς σημεία διαφορετικού Κοινωνικού Εταίρου εντός της ίδιας Κοινωνικής Σύμπραξης και σε περίπτωση που αυτό δεν καθίσταται εφικτό, θα προωθούνται αυθημερόν σε δομές που θα υποδεικνύουν τα στελέχη της Αναθέτουσας Αρχής και οι υπεύθυνοι των Κοινωνικών Συμπράξεων σε συνεργασία με την Αρχή Διαχείρισης του Η εκτέλεση της προμήθειας θα λάβει χώρα στη χωρική περιφέρεια και εντός των διοικητικών ορίων των ως άνω ... σε συνεργασία με τους Εταίρους κάθε Κοινωνικής Σύμπραξης, προς τον σκοπό επιτόπου διανομής σε αδύναμους οικονομικά ωφελούμενους «πακέτων» με τρόφιμα και είδη βασικής υλικής συνδρομής ανάλογων με τις ανάγκες τους και με κρίσιμους προσδιοριστικούς παραμέτρους την συντονισμένη και κεντρικά ελεγχόμενη διαχείριση του όλου προγράμματος από την ..., προκειμένου να διασφαλιστεί η ταχύτητα, η αποτελεσματικότητα, η ευελιξία και η προσαρμοστικότητα άμεσης ανταπόκρισης στις ανά περίπτωση εμφανιζόμενες ανάγκες και συνθήκες του έργου, όπως, επίσης, και η τακτική, βέλτιστη, ταχεία και αποτελεσματική εξυπηρέτηση των ωφελουμένων αλλά και η επίτευξη βέλτιστου συντονισμού, οργάνωσης και συνεργασίας μεταξύ Αναθέτουσας Αρχής, Αναδόχου, Κοινωνικών Εταίρων, μελών των Κ.Σ. και βεβαίως της Αρχής Διαχείρισης του

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

.... Το Έργο δημοπρατείται ενιαία, καθώς η Αναθέτουσα Αρχή αποσκοπεί στην προμήθεια όχι απλώς τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής, αλλά και στην παροχή μιας ολοκληρωμένης υπηρεσίας που ενοποιεί την ενδιάμεση/προσωρινή αποθήκευση, πακετοποίηση, τη μεταφορά σε σημεία διανομής για τη διανομή σε ωφελούμενους, μαζί με την επιστροφή και αναδιανομή αδιαθέτων, όπου απαιτείται, διατηρώντας το δικαίωμα της αναδιοργάνωσης προμήθειας και αναδιανομής των νωπών προϊόντων προς διαφορετικούς Κοινωνικούς Εταίρους σε περιπτώσεις μειωμένης προσέλευσης δικαιούχων, με τη διαδικασία της κυλιόμενης εναλλασσόμενης αναδιανομής. Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε, σύμφωνα με τον όρο 2.3 της διακήρυξης, η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (είτε χαμηλότερη τιμή είτε μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης) για το σύνολο των ποσοτήτων. Προκήρυξη του ως άνω διαγωνισμού απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης αρχικά την 1-9-2020 και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 4-9-2020 με Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) ... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, κατόπιν της με αρ.... απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, ορίστηκε στις 15-10-2020 και ώρα 15.00. Με την υπ' αρ. Α238/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ ανεστάλη η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και στις διατάξεις του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, εν όψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας η κρινόμενη διαφορά διέπεται

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί καταρχήν εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. γ' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε μεν στο ΚΗΜΗΔΗΣ στις 4-9-2020, οι συμπροσβαλλόμενες, όμως, διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής, οι οποίες δεν είναι επιβεβαιωτικού και μόνον χαρακτήρα, όπως καταδεικνύεται κατωτέρω κατά την εξέταση εκάστου των λόγων προσφυγής, αναρτήθηκαν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 1-10-2020, οπότε και έκτοτε συνάγεται πλήρης γνώση των όρων της διακήρυξης, η δε εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε στις 6-10-2020.

6. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας ένωσης στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι, κατά δήλωσή της, έχει εύλογο ενδιαφέρον, αλλά και εκ του νόμου και της διακήρυξης καταρχήν δικαίωμα για συμμετοχή της στο συγκεκριμένο διαγωνισμό και προτίθεται να συμμετέχει σε αυτόν για το σύνολο των ειδών της προμήθειας, τη συνολική ποσότητα κάθε είδους και για το σύνολο των ..., όπως απαιτεί και η ίδια η Διακήρυξη, πλην όμως η συμμετοχή της είτε αποκλείεται εξ αρχής από κάποιους όρους, είτε από άλλους πάλι καθίσταται η υποβολή σύμφωνης με τη διακήρυξη και ορθής προσφοράς ιδιαίτερος δυσχερής έως πρακτικά αδύνατη, όπως κατωτέρω κατά την εξέταση εκάστου λόγου προσφυγής ειδικότερα αναλύεται.

7. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της ανωτέρω διακήρυξης και δη κατά των όρων 2.2.6.1 που αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, 2.2.6.1. Α2, 2.2.6.2. Α3, των επ' αυτών δοθεισών διευκρινίσεων αρ. πρωτ. ...,, ..., ..., ... και Επίσης, προβάλλει λόγο

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

παραβίασης της αρχής της μυστικότητας και της τυπικότητας, καθώς και ασάφειες των όρων της διακήρυξης που ενισχύθηκαν από τις δοθείσες διευκρινίσεις. Συγκεκριμένα: **1)** στην ως άνω Διακήρυξη και δη στην παράγραφο 2.2.6.1 A2, που αφορά την Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, περιλαμβάνεται, κατά την προσφεύγουσα, όρος μη νόμιμος. Ειδικότερα, στην ως άνω παράγραφο αναφέρεται ότι «*Ειδικά για τα τρόφιμα σε ψύξη, (απαιτούνται) σύμβαση ή συμβάσεις και βεβαίωση ή βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, με αντισυμβαλλόμενο δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, από τις οποίες να προκύπτει πως ο υποψήφιος ανάδοχος έχει ολοκληρώσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2017-2018-2019) και έως την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσης, την παράδοση ποσότητας τουλάχιστον ίσης ή μεγαλύτερης από την αναφερόμενη στην παρούσα διακήρυξη: α) νωπών κρεάτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης υπό κενό αέρος (vacuum) και σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης, β) νωπών τυροκομικών σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης υπό κενό αέρος (vacuum) ή σε περιέκτες τύπου taper και σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης, και γ) νωπών φρούτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης τοποθετημένων σε διάτρητο περιέκτη ή σε δίχτυ, ή σε κουπάκι και σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης*». Σχετικά με την ανωτέρω παράγραφο και τις απαιτήσεις αυτής, η εταιρεία «...», μέλος της προσφεύγουσας ένωσης, υπέβαλε προς την Αναθέτουσα Αρχή, στις 23-9-2020, το εξής ερώτημα «*Στην παράγραφο 2.2.6.1 A2) αναφέρεται ότι «Ειδικά για τα τρόφιμα σε ψύξη, σύμβαση ή συμβάσεις και βεβαίωση ή βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, με αντισυμβαλλόμενο δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, από τις οποίες να προκύπτει πως ο υποψήφιος ανάδοχος έχει ολοκληρώσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2017-2018-2019) και έως την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσης, την παράδοση ποσότητας τουλάχιστον ίσης ή μεγαλύτερης από την*

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

αναφερόμενη στην παρούσα διακήρυξη: α) νωπών κρεάτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης υπό κενό αέρος (*vacuum*) και σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης, β) νωπών τυροκομικών σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης υπό κενό αέρος (*vacuum*) ή σε περιέκτες τύπου *tapet* κα ισε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης, και γ) νωπών φρούτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης τοποθετημένων σε διάτρητο περιέκτη ή σε δίχτυ, ή σε κουπάκι και σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης». Παρακαλούμε να μας διευκρινίσετε τι εννοείτε με τον όρο «σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης». Εννοείται το συνολικό βάρος που προκύπτει από την ποσότητα του είδους σε συνδυασμό με την συσκευασία ή κάτι άλλο; Καθώς η απαίτηση ,πιθανόν, αναφοράς στις συμβάσεις, συσκευασιών με συγκεκριμένο βάρος, είναι πρακτικά αδύνατο να καλυφθεί, αφού ο κάθε πελάτης, είτε ιδιωτικός είτε δημόσιος φορέας, παραγγέλνει διαφορετικού βάρους συσκευασίες ανάλογα με τις ανάγκες του και εν τέλει το βάρος δεν εξυπηρετεί σε τίποτα την απόδειξη ικανότητας του φορέα να παραδίδει προμήθειες με τον ορθό τρόπο». Επί του ανωτέρω ερωτήματος η αναθέτουσα αρχή απάντησε με το αρ. πρωτ. ... έγγραφό της, στις 1/10/2020, το οποίο η προσφεύγουσα προσβάλλει, ως εξής: «Σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» και το Παράρτημα Α «Αντικείμενο Προμήθειας-Τεχνικές Προδιαγραφές» της Διακήρυξης με ΑΑ ΕΣΗΔΗΣ ... και για την πλήρη αποσαφήνιση των προδιαγραφών, παραθέτουμε τα αποδεκτά βάρη των προϊόντων τα οποία περιλαμβάνονται στα ζητούμενα στην εν λόγω Διακήρυξη με ΑΑ ΕΣΗΔΗΣ ..., αλλά και σε πληθώρα λοιπών παρόμοιων πρόσφατων διακηρύξεων.

1. Βόειο 1kg, $\pm 10\%$, σε συσκευασία υπό κενό αέρος (*vacuum*).

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

2. Χοιρινό 1kg/500g, $\pm 10\%$, σε συσκευασία υπό κενό αέρος (vacuum).
3. Φέτα ΠΟΠ 1kg/500g/400g, $\pm 10\%$, σε συσκευασία υπό κενό αέρος ή τάπερ.
4. Γραβιέρα ΠΟΠ 500g/300g/250g, $\pm 10\%$, σε συσκευασία υπό κενό αέρος.
5. Τυρί ημίσκληρο 1kg/500g/400g, $\pm 10\%$, σε συσκευασία υπό κενό αέρος.
6. Ακτινίδια 1kg, $\pm 10\%$, σε αεριζόμενο πλαστικό κουπάκι.
7. Μήλα 2kg/1kg, $\pm 10\%$, σε αεριζόμενο πλαστικό περιέκτη.
8. Μπανάνες 2kg/1kg, $\pm 10\%$, σε αεριζόμενο πλαστικό περιέκτη.
9. Αχλάδια 2kg/1kg, $\pm 10\%$, σε αεριζόμενο πλαστικό περιέκτη.
10. Πορτοκάλια 2kg/1kg, $\pm 10\%$, σε διχτάκι.».

Παρόλο που με την ανωτέρω διευκρίνιση η Αναθέτουσα Αρχή διευρύνει στην ουσία τα αποδεκτά βάρη ανά προϊόν, σε αντίθεση πάντως και όχι σύμφωνα με την Διακήρυξη και το Παράρτημα Α αυτής, αφού στις Τεχνικές Προδιαγραφές των προϊόντων ορίζονται συγκεκριμένα βάρη (πχ. για το νωπό χοιρινό κρέας προβλέπεται καθαρό βάρος κάθε τεμαχίου $500 \pm 10\%$ γραμμάρια μόνο, για τη Φέτα ΠΟΠ 450 γρ. μόνο, για το τυρί γραβιέρα ΠΟΠ 250 γρ. μόνο, για Μήλα και Πορτοκάλια 2 κιλά μόνο κ.ο.κ.), η συμμετοχή της ωστόσο στον ανωτέρω διαγωνισμό, καθίσταται, εξ αυτού του όρου και απαίτησης ανέφικτη. Και τούτο διότι, σύμφωνα με την ανωτέρω Παράγραφο «*Ειδικά για τα τρόφιμα σε ψύξη, (απαιτούνται) σύμβαση ή συμβάσεις και βεβαίωση ή βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, με αντισυμβαλλόμενο δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, από τις οποίες να προκύπτει πως ο υποψήφιος ανάδοχος έχει ολοκληρώσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2017-2018-2019) και έως την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσης, την παράδοση ποσότητας τουλάχιστον ίσης ή μεγαλύτερης από την αναφερόμενη στην παρούσα διακήρυξη*». Οι ποσότητες δε που απαιτείται συγκεκριμένα να αποδείξει ότι παρέδωσε, σε συνδυασμό με τις αποδεκτές συσκευασίες και βάρη, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ανέρχονται σε 422.574 κιλά συσκευασίας vacuum, όσον αφορά τα νωπά κρέατα, σε 615.372 τεμάχια

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

συσκευασίας vacuum και τάπερ, όσον αφορά τα νωπά τυροκομικά και σε 1.248.498 κιλά συσκευασίας διχτάκι-κουπάκι-πλαστικός περιέκτης, όσον αφορά τα νωπά φρούτα, κάτι που θα μπορούσε να αποδείξει εάν δεν υπήρχε αυτός ο αδικαιολόγητος, κατά την προσφεύγουσα, περιορισμός στα βάρη που θέτει η Αναθέτουσα. Προς επίρρωση του ισχυρισμού της αυτού προβάλλει ότι η συμμετέχουσα στην προσφεύγουσα ένωση εταιρία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» πραγματοποιεί παραδόσεις κρεάτων σε συσκευασίες vacuum από 300γρ έως και 50 κιλών νωπών κρεάτων και παρασκευασμάτων ανάλογα με την επιθυμία των πελατών της, αλλά ο περιορισμός της απόδειξης παράδοσης, της απαιτούμενης ποσότητας, με βάση μόνο τα βάρη της διακήρυξης, καθιστά απαγορευτική την συμμετοχή της στο διαγωνισμό, καθώς η συγκέντρωση και απόδειξη παράδοσης, εντός της τελευταίας τριετίας, μιας τόσο μεγάλης ποσότητας, ήτοι των 422.574 κιλών κρέατος, με την επίκληση συσκευασιών μόνο του ενός ή μισού κιλού, καθίσταται πρακτικά αδύνατη. Περαιτέρω δε, η τιμολόγηση των προϊόντων γίνεται συνολικά σε κιλά χωρίς να διευκρινίζεται αν π.χ. μία ποσότητα 15 κιλών έχει παραδοθεί σε συσκευασίες vacuum 1 κιλού και άρα δεν υπάρχει τρόπος να αποδειχθεί, ούτε καν από τις Συμβάσεις της. Επιπλέον υπάρχουν στις παραδόσεις της συναφή προϊόντα (όπως ορίζει η διακήρυξη), όπως το κοτόπουλο, που εκ της νομοθεσίας δεν συσκευάζονται σε vacuum και δεν παραδίδονται πάντα (όταν είναι ολόκληρα) σε μισού ή ενός κιλού συσκευασίες. Τα ίδια ακριβώς ισχύουν και για τις άλλες δύο συμμετέχουσες στην προσφεύγουσα ένωση εταιρείες. Συγκεκριμένα, η εταιρία «...», καλείται να αποδείξει παραδόσεις τουλάχιστον 1.248.498 κιλών νωπών φρούτων σε συσκευασίας όμως μόνο διχτάκι-κουπάκι-πλαστικός περιέκτης των δύο ή ενός κιλού, όσον αφορά τα νωπά φρούτα, ενώ η εταιρεία «...» καλείται να αποδείξει παραδόσεις τουλάχιστον 615.372 τεμαχίων νωπών τυροκομικών μόνο σε συσκευασίας vacuum και τάπερ του 1kg/500g/400g/300g/250g. Αξίζει δε να σημειωθεί ότι η εταιρεία «...», ως εταιρεία δραστηριοποιούμενη στο

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

λιανικό εμπόριο, προκειμένου να αποδείξει τις παραπάνω παραδόσεις θα πρέπει να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, πλην όμως η στήριξη αυτή και οι δυνατότητες που θα προσφέρει θα είναι εύλογα πολύ πιο περιορισμένη, ακριβώς γιατί θα πρέπει και ο παρέχων στήριξη τρίτος οικονομικός φορέας να εισφέρει υπέρ του προσφέροντα παραδόσεις μόνο με τους παραπάνω περιορισμούς. Περαιτέρω, ο παραπάνω περιορισμός όχι μόνο καταλήγει ευθέως στον αποκλεισμό κατά τα λοιπά κατάλληλων μετεχόντων, αλλά επιδρά και εμμέσως στον ανταγωνισμό που θα επιτευχθεί. Εύλογο είναι λοιπόν το ερώτημα που γεννάται, ένας οικονομικός φορέας θεωρείται ότι έχει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητά να εκτελεί προσήκουσες παραδόσεις, που είναι και ο επιδιωκόμενος σκοπός της Αναθέτουσας, μόνο εφόσον οι συσκευασίες των προϊόντων που παραδίδονται είναι 1 κιλού, ενώ αν είναι π.χ. 5 κιλών δεν αποδεικνύεται αυτή του η ικανότητα; Εκ των ανωτέρω συνάγεται σαφώς ότι ο περιορισμός αυτός που θέτει η Αναθέτουσα Αρχή, παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, δεδομένου ότι σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει οριστεί και είναι κατάλληλος, αναγκαίος και πρόσφορος για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού της Αναθέτουσας, ήτοι ατού της απόδειξης ότι ο οικονομικός φορέας έχει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να προβαίνει σε προσήκουσες παραδόσεις των προϊόντων, ή ότι τέθηκε για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον. Με άλλα λόγια, κατά την προσφεύγουσα, το παραπάνω κριτήριο επιλογής ειδικώς ως προς τον όρο περί του ως άνω ζητουμένου αριθμού προηγούμενων παραδόσεων των προϊόντων σε ψύξη «σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης», προκύπτει ως μη πρόσφορο, αναγκαίο, ανάλογο και κατάλληλο για το θεμιτό σκοπό της συμμετοχής έμπειρων και τεχνικώς επαρκών επιχειρήσεων, δυνάμενων να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις που απορρέουν από το μέγεθος και ιδίως την απαίτηση τεχνικής δεξιότητας της εν λόγω σύμβασης και της

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

κατηγορίας των υπό προμήθεια αγαθών, ενώ αποκλείει αδικαιολόγητα τη δική της συμμετοχή στον διαγωνισμό. **2)** Με το αρ. πρωτ. ..., έγγραφο παροχής διευκρινίσεων- απαντήσεων της Αναθέτουσας Αρχής επί της επίμαχης Διακήρυξης, η τελευταία εισάγει όρο, ο οποίος ουδόλως προβλεπόταν εξαρχής στην εν λόγω Διακήρυξη, και μάλιστα όρο δυσμενή και παράνομο που βλάπτει τα συμφέροντα της, ως η προσφεύγουσα ένωση ισχυρίζεται, καθώς καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή της στον Διαγωνισμό. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.6.1 της Διακήρυξης και όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν εκτελέσει δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών τροφίμων, ενώ τα δικαιολογητικά που πρέπει να υποβληθούν προς απόδειξη αυτού του όρου είναι «Προς απόδειξη των ανωτέρω, οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους, επί ποινή αποκλεισμού, τα ακόλουθα δικαιολογητικά: A-1) Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία περιλαμβάνεται κατάλογος ειδών, σύμφωνα με το παρακάτω υπόδειγμα: Σύμβαση (Αριθμός & Ημερομηνία): α/α Είδος Μονάδα Ποσότητα 1 Π.χ. κρέμα δημητριακών, κρέμα ρυζάλευρο, κλπ. Π.χ. κιλό, τεμάχια, συσκευασίες, κλπ. 2 3 4 10 A-2) Αντίγραφο των εν λόγω συμβάσεων A-3) 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). Η εταιρεία μέλος της «...» υπέβαλε στις 16-9-2020, σχετικό ερώτημα προς την Αναθέτουσα Αρχή, που έχει ως εξής: *«ΕΡΩΤΗΜΑ 1. Σύμφωνα με την παρ. 2.2.6.1 της Διακήρυξης και όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι οικονομικοί φορείς*

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

απαιτείται να έχουν εκτελέσει δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών τροφίμων, ενώ παρακάτω προσδιορίζονται τα δικαιολογητικά που πρέπει να υποβληθούν προς απόδειξη αυτού του όρου. Ειδικότερα όσον αφορά την εκτέλεση προμηθειών με αντισυμβαλλόμενο ιδιωτικό φορέα παρακαλώ διευκρινίστε τα ακόλουθα: Σύμφωνα με τη διακήρυξη (σελ. 40, Α-3) απαιτείται, μεταξύ άλλων, βεβαίωση εκδοθείσα και θεωρηθείσα από τον ιδιωτικό φορέα. Τι εννοείτε με τον όρο «θεωρηθείσα»; Επιπλέον, η ανωτέρω βεβαίωση θα πρέπει να συνοδεύεται από παραστατικά, ήτοι δελτία αποστολής και τιμολόγια. Δεδομένου του μεγάλου όγκου των εν λόγω παραστατικών, ειδικά όταν πρόκειται για καθημερινές παραδόσεις, είναι εφικτή, εναλλακτικά, η προσκόμιση υπογεγραμμένων εκτυπώσεων από το λογιστικό σύστημα του οικονομικού φορέα, όπου αποτυπώνονται αναλυτικά οι παραδόσεις ανά ημέρα και πελάτη, σε είδος και σε χρήμα. Επίσης απαιτούνται αντίγραφα των σχετικών συμβάσεων (σελ. 40, Α-2), ενώ ως γνωστόν όταν πρόκειται για ιδιωτικούς φορείς δεν υπογράφονται συμβάσεις μεταξύ τους και άρα η προσκόμιση ενός τέτοιου δικαιολογητικού είναι εφικτή μόνο σε περίπτωση σύμβασης με Δημόσια Αρχή. Συνεπώς, τι δικαιολογητικό θα πρέπει να προσκομιστεί αντί αντιγράφων συμβάσεων, στις περιπτώσεις παραδόσεων-προμηθειών σε ιδιωτικούς φορείς;». Η απάντηση που δόθηκε σχετικώς από την Αναθέτουσα Αρχή, με το υπ' αριθμ. ... έγγραφό της, το οποίο προσβάλλει, έχει ως εξής: «ΑΠΑΝΤΗΣΗ 1. Σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.6 «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» της Διακήρυξης με ΑΑ ΕΣΗΔΗΣ ..., η βεβαίωση θα πρέπει να φέρει την υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου του ιδιωτικού φορέα, σφραγίδα του νομικού προσώπου και να συνοδεύεται από τα αντίστοιχα παραστατικά (δελτία αποστολής και τιμολόγια), ενώ τα αντίστοιχα αντίγραφα συμβάσεων ή συμφωνητικών θα πρέπει να είναι θεωρημένα από την αρμόδια εφορία». Ενώ λοιπόν η Διακήρυξη απαιτεί, μεταξύ άλλων, την υποβολή αντιγράφων συμβάσεων, προς απόδειξη της εκτέλεσης δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεων

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

προμηθειών τροφίμων, χωρίς να γίνεται ουδεμία αναφορά στην υποχρέωση θεώρησής τους από την Εφορία, η Αναθέτουσα, επ' ευκαιρία του ερωτήματος της προσφεύγουσας και ενώ ο όρος «θεωρηθείσα» αναφέρεται σαφώς στις βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης των ιδιωτικών φορέων, εισήγαγε, το πρώτον με το έγγραφο των διευκρινίσεων της, αυτήν την όλως παράνομη και βλαπτική γι' αυτήν απαίτηση, καθώς δεν την πληροί και δεν υποχρεούται να την πληροί, ως ισχυρίζεται. Συγκεκριμένα, όσον αφορά τη θεώρηση από την αρμόδια ΔΟΥ, των συμφωνητικών που υπογράφονται μεταξύ ιδιωτών, λεκτέα τα εξής: Σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 16, του άρθρου 8, του Ν. 1882/1990, *«Συμφωνητικά που καταρτίζονται μεταξύ επιτηδευματιών ή τρίτων για οποιοδήποτε συναλλαγή θεωρούνται ... από την αρμόδια Δ.Ο.Υ. άλλως είναι ανίσχυρα και δεν έχουν κανένα έννομο αποτέλεσμα»*. Πλην όμως με την υπ' αριθμ. 1698/2001 απόφαση του Αρείου Πάγου κρίθηκε, ότι τα συμφωνητικά που υπογράφονται μεταξύ επιτηδευματιών ή τρίτων είναι ισχυρά και νόμιμα και αποτελούν νόμιμα αποδεικτικά μέσα, ακόμα και αν δεν υποβληθούν για θεώρηση στην αρμόδια Δ.Ο.Υ. Ουσιαστικά, το ανώτατο δικαστήριο δέχθηκε ότι το ανίσχυρο των συμφωνητικών αυτών που καθιερώνει η φορολογική νομοθεσία (εφόσον δεν θεωρηθούν από τη ΔΟΥ εντός 10ημέρου από την υπογραφή τους) ισχύει μόνο έναντι της Φορολογικής Αρχής, χωρίς να επηρεάζεται το κύρος τους έναντι των συμβαλλομένων ιδιωτών. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, ο περιορισμός αυτός που επιχειρεί να εισάγει η Αναθέτουσα Αρχή στο κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού, αποκλείει αδικαιολόγητα τη δική της συμμετοχή στον διαγωνισμό.

3) Στην ως άνω Διακήρυξη, και συγκεκριμένα στην παράγραφο 2.2.6.1 Α3, που αφορά την Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, περιλαμβάνεται όρος, ο οποίος, κατ' αυτήν, καθιστά υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό και το περιεχόμενο του οποίου κείται σε ευθεία αντίθεση με τα οριζόμενα ανωτέρω και στη διάταξη της παρ. 1 του Άρθρου 18 του ν. 4412/2016. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.6.1 της Διακήρυξης

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

και όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν εκτελέσει δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών τροφίμων, ενώ παρακάτω προσδιορίζονται τα δικαιολογητικά που πρέπει να υποβληθούν προς απόδειξη αυτού του όρου, μεταξύ των οποίων και: Α-3) Βεβαίωση από την Αναθέτουσα Αρχή: • 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). Η εταιρεία μέλος της προσφεύγουσας ένωσης «...», υπέβαλε στις 16-9-2020, σχετικό ερώτημα προς την Αναθέτουσα Αρχή, που έχει ως εξής: *«ΕΡΩΤΗΜΑ 1. Σύμφωνα με την παρ. 2.2.6.1 της Διακήρυξης και όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν εκτελέσει δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών τροφίμων, ενώ παρακάτω προσδιορίζονται τα δικαιολογητικά που πρέπει να υποβληθούν προς απόδειξη αυτού του όρου. Ειδικότερα όσον αφορά την εκτέλεση προμηθειών με αντισυμβαλλόμενο ιδιωτικό φορέα παρακαλώ διευκρινίστε τα ακόλουθα: Σύμφωνα με τη διακήρυξη (σελ. 40, Α-3) απαιτείται, μεταξύ άλλων, βεβαίωση εκδοθείσα και θεωρηθείσα από τον ιδιωτικό φορέα. Τι εννοείτε με τον όρο «θεωρηθείσα»; Επιπλέον, η ανωτέρω βεβαίωση θα πρέπει να συνοδεύεται από παραστατικά, ήτοι δελτία αποστολής και τιμολόγια. Δεδομένου του μεγάλου όγκου των εν λόγω παραστατικών, ειδικά όταν πρόκειται για καθημερινές παραδόσεις, είναι εφικτή, εναλλακτικά, η προσκόμιση υπογεγραμμένων εκτυπώσεων από το λογιστικό σύστημα του οικονομικού φορέα, όπου αποτυπώνονται αναλυτικά οι παραδόσεις ανά ημέρα και πελάτη, σε είδος και σε χρήμα.»*. Η απάντηση που δόθηκε σχετικώς από την Αναθέτουσα Αρχή, με το υπ' αριθμ. ... έγγραφό της, το οποίο η προσφεύγουσα προσβάλλει, έχει ως εξής: *«ΑΠΑΝΤΗΣΗ 1. Σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.6 «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» της Διακήρυξης με ΑΑ ΕΣΗΔΗΣ ..., η*

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

βεβαίωση θα πρέπει να φέρει την υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου του ιδιωτικού φορέα, σφραγίδα του νομικού προσώπου και να συνοδεύεται από τα αντίστοιχα παραστατικά (δελτία αποστολής και τιμολόγια), ενώ τα αντίστοιχα αντίγραφα συμβάσεων ή συμφωνητικών θα πρέπει να είναι θεωρημένα από την αρμόδια εφορία». Με την ανωτέρω απαίτηση, ήτοι της προσκόμισης όλων των δελτίων αποστολής και τιμολογίων για τις αντίστοιχες παραδόσεις που καλείται να αποδείξει, κατά την προσφεύγουσα, η Αναθέτουσα Αρχή καθιστά τη συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό υπερβολικά δυσχερή, αν όχι ανέφικτη. Και τούτο διότι απαιτείται η συγκέντρωση τεραστίου όγκου δικαιολογητικών (υπολογίζει ότι συνολικά και για τις τρεις εταιρείες θα απαιτηθούν από 3.000-5.000 τιμολόγια, χωρίς να λάβει υπόψη και τα δελτία αποστολής που κάποιες εταιρείες τα εκδίδουν χωριστά, ενώ ενδεικτικά και προς επίρρωση των ισχυρισμών της η προσφεύγουσα υπέβαλε στην ΑΕΠΠ σχετικές λογιστικές καταστάσεις που αφορούν ένα μέρος από τα τιμολόγια που θα χρειαστούν, ως αυτή προβάλλει), λαμβανομένων υπόψη των καθημερινών παραδόσεων σε συνδυασμό και με τις ιδιαίτερα αυξημένες ποσότητες παραδόσεων που πρέπει να αποδείξει σύμφωνα με τα παραπάνω και τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, το οποίο είναι ανέφικτο ή υπερβολικά δυσχερές να γίνει, διότι απαιτεί πάρα πολύ χρόνο και κόπο, στην δε περίπτωση που στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου, όπως η εταιρεία «...» αυτό είναι παντελώς αδύνατο, καθώς γίνεται αντιληπτό ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας δεν θα αποδεχθεί κάτι τέτοιο. Κατά δε την κοινή πείρα και λογική είναι απίθανο η Αναθέτουσα Αρχή να ελέγξει έναν τόσο μεγάλο όγκο δικαιολογητικών, με αποτέλεσμα να καθίσταται αλυσιτελής η προσκόμισή τους. Επιπλέον, κατά την προσφεύγουσα, πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι ένας τόσο μεγάλος όγκος δικαιολογητικών, να είναι ενδεχομένως αν όχι μετά βεβαιότητας και τεχνικά αδύνατον να φορτωθεί στο σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ, καθιστώντας και εξ αυτού του λόγου αδύνατη την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της. Η απαίτηση αυτή δε, παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας και

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

ειδικότερα το προσήκον μέτρο, με την έννοια ότι η Αναθέτουσα Αρχή, ενώ θα μπορούσε να επιλέξει τον περιορισμό αυτόν που θα είναι μεν αποτελεσματικός για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού της και συγχρόνως δε ο ηπιότερος ως προς τις δυσμενείς συνέπειες για το θιγόμενο δικαίωμα, μεταξύ των ισοδύναμων σε αποτελεσματικότητα μέσων, εντούτοις δεν το έπραξε. Εν προκειμένω, αν και θα μπορούσε η Αναθέτουσα Αρχή να επιλέξει ως απαίτηση για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των οικονομικών φορέων να προβαίνουν σε προσήκουσες παραδόσεις, όσον αφορά συγκεκριμένα τις συμβάσεις με ιδιωτικούς φορείς, αντί των Τιμολογίων και Δελτίων Αποστολής, την προσκόμιση καταστάσεων, νομίμως υπογεγραμμένων, εκδιδόμενων από τα συστήματα Διαχείρισης των Επιχειρήσεων, μέσω των οποίων εκδίδονται τα Παραστατικά (Τιμολόγια και Δελτία Αποστολής), όπου εκεί αναγράφονται ο αριθμός τιμολογίου ή και Δελτίου Αποστολής, ο πελάτης, το είδος και η ποσότητα, εντούτοις δεν το έπραξε. Εν κατακλείδι, κατά την προσφεύγουσα, η «αρχή της αναλογικότητας», η οποία κατατείνει στην εκλογίκευση των επαχθών παρεμβάσεων της κρατικής εξουσίας στα ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα του ανθρώπου και του πολίτη, παραβιάζεται σε κάθε περίπτωση, όπως και εν προκειμένω, με τον προσβαλλόμενο όρο-απαίτηση που θέτει η Αναθέτουσα, επειδή δεν είναι: α)πρόσφορος για την επίτευξη του σκοπού που επιδιώκεται με αυτόν (ήτοι αυτού της απόδειξης ότι ο οικονομικός φορέας έχει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να προβαίνει σε προσήκουσες παραδόσεις των προϊόντων, β) αναγκαίος για την επίτευξη του εν λόγω σκοπού, με την έννοια ότι το αυτό αποτέλεσμα δεν μπορεί να επιτευχθεί με ένα ανώδυνο ή ηπιότερο μέσο (σύμφωνα με τα εκτεθέντα παραπάνω) και γ) αναλογικός εν στενή έννοια, δηλαδή να τελεί σε εσωτερική αλληλουχία προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, ώστε η αναμενόμενη ωφέλεια να μην είναι ποιοτικά και ποσοτικά κατώτερη από τη βλάβη που προκαλείται (ήτοι αυτής του αποκλεισμού της από τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό) (ΑΠ5/2013). Προς

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

επίρρωσιν δε των ισχυρισμών της η προσφεύγουσα υπέβαλε τα υπ' αριθμ. ... και ... έγγραφα διευκρινίσεων της Αναθέτουσας Αρχής προς άλλους οικονομικούς φορείς, οι οποίοι επικαλούνται τα ίδια ακριβώς με αυτήν, ως προς τη δυσκολία προσκόμισης των εν λόγω δικαιολογητικών (ερωτήσεις και απαντήσεις 1B ΚΑΙ 6 αντίστοιχα). Σημειωτέον δε ότι οι διευκρινίσεις που δόθηκαν με το ανωτέρω ... έγγραφο της Αναθέτουσας αφορούν, σύμφωνα με τους συστημικούς αριθμούς που αναφέρεται εντός, δύο διαφορετικούς διαγωνισμούς και κοινοποιήθηκαν σε δύο διαφορετικούς ηλεκτρονικούς τόπους διαγωνισμού. Τέλος, η ανωτέρω απαίτηση παραβιάζει και την αρχή της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των οικονομικών φορέων, υπό την έννοια ότι οικονομικοί φορείς που έχουν συμβάσεις με δημόσιους φορείς μπορούν να αποδείξουν ευχερώς, χωρίς καμία δυσκολία, τα ζητούμενα, ενώ οι οικονομικοί φορείς που έχουν συμβάσεις μόνο με ιδιωτικούς φορείς, όπως η προσφεύγουσα, να κινδυνεύει με αποκλεισμό από τη συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία, λόγω μεγάλης δυσχέρειας στη συγκέντρωση των απαιτούμενων δικαιολογητικών. Συνεπώς, η ανωτέρω απαίτηση, δυσχεραίνει υπέρμετρα σε σημείο που να αποκλείει αδικαιολόγητα τη δική της συμμετοχή στον διαγωνισμό. **4) Μη τήρηση προβλεπόμενης διαδικασίας - Παραβίαση της αρχής μυστικότητας.** Στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού εντάσσονται και οι διευκρινήσεις που παρέχονται από την Αναθέτουσα Αρχή στους διαγωνιζόμενους με την έκδοση σχετικής πράξης παροχής διευκρινήσεων, η οποία εκδίδεται πριν από την υποβολή προσφορών και αφορά τα σημεία των όρων διακήρυξης ή των τεχνικών προδιαγραφών κλπ που χρήζουν περαιτέρω επεξηγήσεων. Για την παροχή διευκρινήσεων εκδίδεται μια ενιαία Πράξη Παροχής Διευκρινίσεων, η οποία απευθύνεται γενικά προς όλους τους ενδιαφερόμενους και παρέχει προς όλους συμπληρωματικές πληροφορίες και επεξηγήσεις επί των όρων της διακήρυξης και η οποία αναρτάται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Εφόσον εκδοθεί Πράξη Παροχής

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

Διευκρινήσεων, αυτή αποτελεί εκτελεστή πράξη και υπόκειται σε προσφυγή. Εφ' όσον δε δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινήσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. Στην υπό κρίση περίπτωση, σε αντίθεση με την προβλεπόμενη διαδικασία, εκδόθηκαν πολλές επιμέρους πράξεις παροχής εξηγήσεων, αντί για μια ενιαία. Τις Πράξεις αυτές, η Αναθέτουσα Αρχή τις απηύθυνε ειδικά, προς συγκεκριμένο έκαστο των ενδιαφερομένων που είχαν απευθύνει σχετική αίτηση για την παροχή διευκρινήσεων αντί να απευθύνονται γενικά προς κάθε ενδιαφερόμενο. Επιπλέον οι πράξεις αυτές, αναρτήθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή στον ηλεκτρονικό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ . Με τις ως άνω ενέργειες της η Αναθέτουσα αρχή παραβίασε την αρχή της τυπικότητας και νομιμότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς. Η αρχή της τυπικότητας, επιβάλλει την τήρηση της προβλεπόμενης από τον νόμο διαδικασίας, χωρίς παρεκκλίσεις από αναθέτουσα αρχή ή από τους υποψηφίους. Στην υπό κρίση περίπτωση ωστόσο, η Αναθέτουσα Αρχή, παρέκκλιε από την προβλεπόμενη διαδικασία, αφού εξέδωσε πολλές πράξεις τις οποίες μάλιστα, απηύθυνε συγκεκριμένα και ονομαστικά προς τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς. Με τον τρόπο αυτό ωστόσο, γνωστοποίησε σε όλους τα στοιχεία συγκεκριμένων οικονομικών φορέων που ήθελαν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό. Κατά την προβλεπόμενη από τον νόμο διαδικασία, τα στοιχεία των συμμετεχόντων αναρτώνται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (και επομένως γίνονται γνωστά σε όλους), μετά από την κατάθεση των δικαιολογητικών και των οικονομικών προσφορών. Η γνώση των λοιπών ανθυποψηφίων, προ της υποβολής της οικονομικής προσφοράς, είναι δυνατόν να οδηγήσει σε στρεβλώσεις του ελεύθερου ανταγωνισμού, αφού οι ενδιαφερόμενοι μπορούν να προχωρήσουν σε αθέμιτες συμφωνίες για τις οικονομικές προσφορές. **5) Ασάφεια όρων διακήρυξης.** Οι αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, που ρυθμίζουν την διενέργεια δημόσιων διαγωνισμών,

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

επιτάσσουν να καθορίζονται σαφώς στην διακήρυξη οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής στα διαγωνισμούς. Κατά τις διατάξεις άρθρου 53 του ν. 4412/2016 οι όροι της διακήρυξης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. Η ασάφεια των όρων της Διακήρυξης συνιστά πλημμέλεια που επάγεται ακυρότητα της διακήρυξης και της διαγωνιστικής διαδικασίας που διεξήχθη με βάση αυτή οδηγεί στη ακύρωση του αφού σε κάθε περίπτωση τροποποίησης της διακήρυξης αυτεπαγγέλτως ή κατόπιν αποδοχής προσφυγής διαγωνιζόμενου, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να μταιώσει τον διαγωνισμό και να επαναλάβει την διαδικασία. Από την πληθώρα διευκρινίσεων που ζητήθηκαν, αλλά και από τις ασάφειες που παρέμειναν και ενισχύθηκαν από τις αντικρουόμενες απαντήσεις της αναθέτουσας αρχής (ενδεικτικά αναφέρει η προσφεύγουσα: 252425/16422, απάντηση 1, όπου οι προδιαγραφές δεν συμπίπτουν με τα ζητούμενα είδη π.χ. τοματοχυμός με προδιαγραφές τοματοπελτέ, 252804/16476, απάντηση 3 όπου η ερώτηση αφορούσε το ημίσκληρο τυρί και η απάντηση το τυρί ΦΕΤΑ ΠΟΠ, -252454/16426, απάντηση 11, όπου το έγγραφο που γίνεται αποδεκτό από την αναθέτουσα, αφορά μόνο χλωροκαθαριστικά και όχι βιοκτόνες χλωρίνες όπως ορίζει η τεχνική προδιαγραφή για τις οποίες απαιτείται αρ. εγκρ. ΕΟΦ σύμφωνα με τον καν. ΕΕ 528/2012 και την 4616/52519/2016 ΚΥΑ) καθίσταται πρόδηλο ότι όχι μόνο η διακήρυξη ήταν ασαφής και αόριστη, αλλά και ότι με την παροχή διευκρινίσεων δεν κατέστη σε πολλά σημεία σαφής, με αποτέλεσμα να εμποδίζεται η συμμετοχή της και των άλλων ενδιαφερομένων, καθώς και η υποβολή άρθριας προσφοράς εκ μέρους της και φυσικά επίσης των άλλων ενδιαφερομένων .

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. ... έγγραφο απόψεών της προς την ΑΕΠΠ για την απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής προέβαλε τα ακόλουθα: Η ... μετά από επίσημα αναρτημένη διαβούλευση 15 ημερών προχώρησε στην προσβαλλόμενη

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

διακήρυξη. Αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών: 09/10/2020 ημέρα Παρασκευή και ώρα 15:00. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μετά την παράταση που δόθηκε με την αριθμ.... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής. Από τα παραπάνω στοιχεία προκύπτει ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ήταν η 15/10/2020 και όχι η 09/10/2020 που επικαλούνται οι προσφεύγουσες εταιρείες, καθώς με την υπ. αριθμ. ... (ΑΔΑ: ...) απόφαση της ΟΕ για λόγους διασφάλισης του ανταγωνισμού και προστασίας του δημοσίου συμφέροντος δόθηκε σχετική παράταση στην καταληκτική ημερομηνία και επιπρόσθετες διευκρινήσεις. **1)** Εκπρόθεσμο της προσφυγής. Η αναθέτουσα αρχή, επικαλούμενη το άρθρο 361 του ν.4412/2016 και το άρθρο 4 του π.δ. 39/2017, προβάλλει ότι η άσκηση προδικαστικής προσφυγής από τον ενδιαφερόμενο ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. αποτελεί απαραίτητη διαδικαστική προϋπόθεση για το παραδεκτό της αιτήσεως προδικαστικής προσφυγής (πρβλ. ΕΑ 27/2017 σκ. 9 κ.ά.) και πρέπει να ασκείται εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας από την επομένη της κοινοποίησης της βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης, σε περίπτωση που η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή με τηλεομοιοτυπία ή από την επομένη της ημέρας κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος έλαβε πλήρη γνώση αυτής. Ειδικώς, στην περίπτωση προσβολής όρων προκήρυξης, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να ασκείται εντός δέκα ημερών από την πλήρη γνώση αυτής εκ μέρους του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα, δεν μπορεί, όμως, να ασκηθεί εν πάση περιπτώσει μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευση αυτής στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., διότι μετά την πάροδο της εν λόγω προθεσμίας τεκμαίρεται πλήρης γνώση της προκήρυξης εκ μέρους των ενδιαφερομένων να μετάσχουν στο διαγωνισμό οικονομικών φορέων. Τα αυτά ως άνω έχουν κριθεί με την υπ' αρ. (βλ. ad hoc ΕΑ ΣΤΕ 56/2020 σκ.7, ΑΝ 109/2019 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας και την υπ' αρ. 164/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ...

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

(Τμ. ...). Ως έχει παγίως κριθεί, μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή, και δύνανται να προσβληθούν με την προδικαστική προσφυγή του Ν. 4412/2016 με την οποία θεωρείται εμπροθέσμως συμπροσβαλλομένη ως πλημμελής και η διακήρυξη (πρβλ. Ε.Α. 45/2008, 952/2007, 474/2005, 532/2004). Στην περίπτωση όμως αυτή για να κριθούν οι διευκρινήσεις αυτές ως εκτελεστές διοικητικές πράξεις θα πρέπει ο προσφεύγων να προβάλλει και η Αρχή να διαπιστώσει την ύπαρξη ουσιώδους ασάφειας όρων της διακήρυξης τέτοιας σημασίας που να ασκεί επιρροή στο συμμετοχή ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα στο διαγωνισμό σε τρόπο ώστε χωρίς την παροχή των διευκρινήσεων αυτών να παρεμποδίζεται η σύνταξη και η υποβολή προσφοράς (βλ. ΑΕΠΠ 1055/2018, σελ. 20-23). Υπό την ανωτέρω δε προϋπόθεση οι προβαλλόμενοι λόγοι προσφυγής κατά της διακήρυξης θα συνδέονται αποκλειστικά και μόνο με τους συγκεκριμένους όρους και δεν θα επεκτείνονται σε άλλους οι οποίοι δεν αμφισβητήθηκαν ως το προβλεπόμενο απώτερο σημείο γνώσης. Αντιστοίχως, η απάντηση της αναθέτουσας αρχής επί αιτήματος παροχής διευκρινήσεων για σαφή όρο της διακήρυξης στην οποία απλώς επαναλαμβάνονται οι ρυθμίσεις της διακήρυξης, ουδεμία μεταβολή επιφέρει στον νομικό κόσμο και δεν υπόκειται ως πράξη μη εκτελεστή σε προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 426/2011) αλλά συνιστά επιβεβαιωτική πράξη στην οποία το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του που επαναλαμβάνεται στη νέα πράξη (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ υπ' αριθμ. 5/2018). Διαφορετική ερμηνεία θα παρείχε το δικαίωμα σε εν δυνάμει ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, που όμως δεν είναι σε θέση από τεχνικής ή χρηματοοικονομικής άποψης να υποβάλλουν προσφορά να παρελκύουν την διαδικασία με συνεχή διευκρινιστικά ερωτήματα επί σαφών όρων της διακήρυξης επιδιώκοντας να παρεκτείνουν την προθεσμία προσβολής όρων της διακήρυξης και καθυστερώντας εξ αυτού του λόγου την πρόοδο του

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

διαγωνισμού με προφανή βλάβη για το δημόσιο συμφέρον. Περαιτέρω, από δικονομική σκοπιά, όταν η προσβαλλόμενη πράξη είναι αμιγώς επιβεβαιωτική προγενέστερης πράξης, υπό την ανωτέρω έννοια, η προσφυγή είναι παραδεκτή μόνον υπό την προϋπόθεση ότι η επιβεβαιούμενη πράξη προσβλήθηκε εμπροθέσμως (βλ. ΑΕΠΠ 215/2019 σκέψεις 55, 56). Η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 4-9-2020. Με τις παρεχόμενες διευκρινίσεις επί ερωτήσεων ενδιαφερομένων, επιβεβαιώθηκαν οι όροι της διακήρυξης και δε μεταβλήθηκε η ουσία αυτών, εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ώστε ούτε πόρρωθεν μπορεί να θεωρηθούν ως Πράξεις της Αναθέτουσας Αρχής και δη με εκτελεστικό χαρακτήρα που επιδέχονται προσβολή τους με προσφυγή, χωρίς να παραβιάζεται με κανένα τρόπο η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, ενώ ως προς το περιεχόμενο αυτών είναι απολύτως σαφείς ώστε να μην τίθεται ζήτημα ερμηνείας κατά τρόπο υποκειμενικό. Κάθε αντίθετη ερμηνεία καταστρατηγεί και επιμηκύνει απαραδέκτως τις εκ του Νόμου τιθέμενες προθεσμίες. Εν προκειμένω η προθεσμία άσκησης της υπό κρίση προσφυγής έληξε, σε κάθε περίπτωση, στις 29-9-2020, δηλαδή δεκαπέντε (15) ημέρες μετά τις 19-9-2020, ήτοι τη δέκατη πέμπτη ημέρα από την επομένη της ανάρτησης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ) και πάντως όχι πέραν της 21-9-2020 (υπό την εκδοχή ότι δεν θα μπορούσε να συναχθεί τεκμήριο γνώσης σε εξαιρετέα ημέρα, καθώς η 19-9-2020 ήταν ημέρα Σάββατο), είναι προφανές ότι η δεκαήμερη προθεσμία για την εμπρόθεσμη άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της υπ' αριθ. ... διακήρυξης της ..., παρήλθε την 29-9-2020 ή, άλλως, την 1-10-2020. Όμως, η υπό κρίση προσφυγή υποβλήθηκε μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ στις 6-10-2020 δηλαδή μετά την, κατά τα προαναφερθέντα, λήξη της προθεσμίας των δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. Περαιτέρω δε η προσφεύγουσα ένωση οικονομικών φορέων ισχυρίζεται ότι συμπροσβάλλει με την προσφυγή της και τα με αριθμ. πρωτ. ..., ..., ..., ..., ... και

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

... έγγραφα παροχής διευκρινίσεων-απαντήσεων της Αναθέτουσας Αρχής με τα οποία απαντήθηκαν ερωτήματα για παροχή διευκρινίσεων που εστάλησαν από αυτήν. Πλην όμως στην προσφυγή της δεν προβάλλει και δεν αποδεικνύει ότι οι διευκρινήσεις που ζητήθηκαν οφείλονται σε ουσιώδεις ασάφειες όρων της διακήρυξης τέτοιας φύσεως που να παρεμποδίζουν τη δυνατότητά της να υποβάλλει προσφορά στο διαγωνισμό ούτε επιπρόσθετα, ως απαιτείται, ότι οι διευκρινήσεις που παρασχέθηκαν μετέβαλλαν ουσιωδώς το κανονιστικό περιεχόμενο της Διακήρυξης. Συνεπώς, δεν ισχυρίζεται και δεν αποδεικνύει ότι τα ανωτέρω απαντητικά έγγραφα έχουν το χαρακτήρα εκτελεστής διοικητικής πράξης κατά τη έννοια που εκτέθηκε. Με δεδομένο δε ότι, όπως εκτίθεται στις παρούσες απόψεις μας κατά την αντίκρουση κάθε επιμέρους λόγου και αναφορικά με καθένα από τα έγγραφα αυτά, οι διευκρινιστικές απαντήσεις που παρασχέθηκαν δεν μετέβαλλαν το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης αλλά οι απαντήσεις αυτές αποτέλεσαν, επί της ουσίας, επανάληψη των όρων της διακήρυξης και ως εκ τούτου στερούνται εκτελεστότητας. Συνακόλουθα δε, η γνώση αναφορικά με το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης επήλθε με την δημοσίευσή της στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. και ουδεμία μεταβολή αυτής επήλθε οπότε ισχύει η κατά ανώτατο όριο 15νήμερη προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής, η οποία είχε παρέλθει κατά την άσκηση της κρινόμενης. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη λόγω εκπρόθεσμης άσκησης αυτής, κατά παράβαση του άρθρου 361 παρ. 1 περ. γ' του ν. 4412/2016 και του άρθρου 4 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 39/2017 [Βλ. adhoc τη με αριθμό 9/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ σε επταμελή σύνθεση σκέψεις 9-10]. **2)** Έλλειψη εννόμου συμφέροντος - Ανυπαρξία βλάβης. Το έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής του άρθρου 365 του Ν 4112/2016 πρέπει να είναι προσωπικό (ατομικό), άμεσο και ενεστώς (παρόν), υπό την έννοια ότι το προβαλλόμενο και επικαλούμενο έννομο συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό, ενώ δεν αρκεί η επίκληση παρανομίας ή παράβασης διατάξεων που διέπουν τους διαγωνισμούς του Δημοσίου. Όμως οι προσφεύγουσες εταιρίες - επικαλούμενες Ένωση Εταιριών μεταξύ των κατ' άρθρο. 19 του Ν. 4112/2016, δεν προβάλλουν κατά τρόπο ειδικό και ορισμένο τους λόγους που θεωρούν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη τους βλάπτει, αλλά συλλήβδην και όλως αντιφατικά αναφέρουν στο οικείο Κεφάλαιο (υπό στοιχείο Γ σελ. 6 επ.) ότι προτίθενται να συμμετέχουν στο διαγωνισμό για το σύνολο των ειδών προμήθειας, αλλά η συμμετοχή τους κωλύεται από το γεγονός ότι η προμήθεια δεν διαιρείται σε τμήματα και επειδή έχουν ετοιμάσει ένα μέρος του φακέλου το συμφέρον τους είναι άμεσο και ενεστώς. Ουσιαστικά δηλαδή προσάπτουν στο διαγωνισμό την «πλημμέλεια» ότι οι ίδιοι δεν συγκεντρώνουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής τους. Με τον τρόπο αυτό οι αιτούσες δεν προβάλλουν και πολύ περισσότερο δεν αποδεικνύουν κατά τρόπο ειδικό και ορισμένο τους λόγους που θεωρούν ότι η διακήρυξη τους βλάπτει και παράνομα τους αποκλείει ή καθιστά ιδιαίτερα δυσχερή τη συμμετοχής τους στη διαδικασία. Αναλυτικότερα: Για την παραδεκτή άσκηση κάθε ένδικου βοηθήματος και μέσου απαιτείται η συνδρομή στο πρόσωπο του αιτούντος / προσφεύγοντος, εννόμου συμφέροντος, υπό την έννοια της ωφέλειας, υλικής ή ηθικής που αυτός θα έχει από την ακύρωση της πράξης ή από την αναστολή της εκτέλεσής της, όπως στην προκειμένη περίπτωση. Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο και προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Ειδικότερα, το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και επιπλέον ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

βέβαιο ότι θα επέλθει κατά τον χρόνο άσκησης του ένδικου βοηθήματος και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση του ένδικου βοηθήματος καθώς και κατά την εξέταση αυτού. Συνεπώς, πρέπει να υπάρχει συρροή των κάτωθι στοιχείων: α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης, ήτοι μία ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη, άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη, άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύνομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Ακολούθως, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς. Ο αιτών - προσφέρων πρέπει να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση ένδικου βοηθήματος. Το δε βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει, και τούτο προαποδεικτικώς, ο αιτών. Ειδικότερα, όσον αφορά στην αίτηση ακύρωσης ή την αίτηση αναστολής κατά της διακήρυξης, ο αιτών πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό και, σε κάθε περίπτωση, δεν αρκεί η απλή επίκληση παρανομίας ή παράβασης διατάξεων που διέπουν τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων. Η αιτούσα (Ένωση Εταιρειών) στην προδικαστική προσφυγή της ενώπιον της ΑΕΠΠ, δεν προβάλλει με ειδικό και ορισμένο τρόπο τους λόγους που θεωρεί ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη την βλάπτει, την αποκλείει παράνομα ή καθιστά

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

αδύνατη τη συμμετοχή της στη διαδικασία. Αντιθέτως, αμφισβητεί με γενικό τρόπο τη νομιμότητα συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, επικαλούμενη το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη. Σε κάθε περίπτωση, το επικαλούμενο έννομο συμφέρον της δεν ήταν ενεστώς τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση και εξέταση της αίτησης, καθώς, η αιτούσα δεν υπέβαλε προσφορά στην εκκρεμή διαγωνιστική διαδικασία, τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, της οποίας αμφισβητεί. Τέλος, κατά την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας «εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση έργου ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της σχετικής διακηρύξεως ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που ν' αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Τα ανωτέρω ισχύουν, πολύ περισσότερο, εάν η προθεσμία για την κατάθεση προσφοράς λήξει, πριν εκδικασθεί η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων και ο αιτών δεν έχει λάβει μέρος (με επιφύλαξη) στο διαγωνισμό, οπότε το έννομο συμφέρον του διατηρείται μόνον εφ' όσον έχει προβάλει κατά τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό ή ότι την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή ορισμένες, προβαλλόμενες με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, πλημμέλειες της διακήρυξης. Όλοι οι παρατιθέμενοι στην προσφυγή ισχυρισμοί που προβάλουν με την προδικαστική προσφυγή οι προσφεύγουσες, δεν είναι ικανοί να θεμελιώσουν το ειδικό έννομο συμφέρον που απαιτείται να έχει, ως μη μετασχούσα στον διαγωνισμό, για την προσβολή όρων της διακήρυξης. Τούτο διότι αρκούνται στην επίκληση της παρανομίας και ασάφειας

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

των πληττόμενων με την προσφυγή της όρων της διακήρυξης και δεν προσδιορίζουν, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η ασάφεια ή η παρανομία των όρων αυτών καθιστά αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή την έστω με επιφύλαξη υποβολή εκ μέρους της προσφοράς. Τέτοιους δε ισχυρισμούς δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστούν τα αναφερόμενα στην προδικαστική της προσφυγή περί του κινδύνου που διατρέχει να μην υποβάλει ανταγωνιστική οικονομική προσφορά λόγω της ασάφειας και παρανομίας των πληττόμενων, κατά τα ανωτέρω, όρων της διακήρυξης, λαμβανομένου υπόψη και του ότι η θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών, που ο φορέας κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών του και οι οποίες από τη φύση τους περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι ενδεχομένως να συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές. Κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως, καθόσον: • Η αιτούσα δεν επικαλείται, όπως αναλύθηκε ανωτέρω, βλάβη από τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης. • Είναι αδύνατο να συναχθεί από την φύση των προσβαλλόμενων όρων, ότι αυτοί απέκλειαν ή κατέστησαν ιδιαιτέρως δυσχερή τη συμμετοχή των προσφευγόντων εταιριών οι οποίες μάλιστα ήδη δρουν ως Ένωση προσώπων, στον διαγωνισμό με επιφύλαξη και • Όπως αναλύθηκε ανωτέρω, οι προσφεύγουσες, δεν επικαλούνται με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό ότι, οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, απέκλεισαν παρανόμως τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό με επιφύλαξη ή κατέστησαν τη συμμετοχή της ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή. Είναι συνεπώς και για το λόγο αυτό, που ελέγχεται σε κάθε περίπτωση αυτεπαγγέλτως από την Αρχή, η κρινόμενη προσφυγή απορριπτέα ως απαράδεκτη. **3)** Όσον αφορά το δημόσιο συμφέρον: Το Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

(TEBA) υποστηρίζει τη διανομή τροφίμων και βασικών υλικών αγαθών, η οποία συνδυάζεται με συνοδευτικά μέτρα που στοχεύουν στην κοινωνική ενσωμάτωση των ωφελούμενων και υλοποιείται στο σύνολο της χώρας. Το TEBA συμβάλλει στην επίτευξη του στόχου για την ανακούφιση των χειρότερων μορφών φτώχειας, προάγει την κοινωνική συνοχή, ενισχύει την κοινωνική ενσωμάτωση και ως εκ τούτου συνεισφέρει στον στόχο της εξάλειψης της φτώχειας και συγκεκριμένα στη μείωση του αριθμού των ατόμων που διατρέχουν κίνδυνο φτώχειας και κοινωνικού αποκλεισμού. Το πεδίο εφαρμογής του TEBA εξειδικεύεται στην Ελλάδα μέσω του Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής (...), το οποίο εγκρίθηκε την 15η Δεκεμβρίου 2014 και θα υλοποιηθεί στο σύνολο της χώρας. Η ανωτέρω προμήθεια τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής αφορά σε άπορα άτομα και κυρίως οικογένειες απόρων με παιδιά (με ιδιαίτερη έμφαση σε μονογονεϊκές / πολυμελείς οικογένειες). Άτομα και οικογένειες που διαβιούν σε ολόκληρη την Ελληνική Επικράτεια σε συνθήκες ακραίας φτώχειας που πληρούν τα κριτήρια της υπ' αριθμ. Δ23/οικ.17108/875/10.04.2017 Απόφασης της Αναπληρώτριας Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης & Κοινωνικής Αλληλεγγύης (ΦΕΚ Β' 1474/28.04.2017) «Καθορισμός όρων και προϋποθέσεων ένταξης ωφελούμενων Επιχειρησιακού Προγράμματος «Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής για το Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (TEBA/FEAD)» και συμπεριλαμβάνονται στην πλατφόρμα του ΚΕΑ στον Πίνακα Ωφελουμένων καθώς και άστεγοι, που εξυπηρετούνται από αντίστοιχες δομές φιλοξενίας αστέγων (π.χ. κέντρα ημέρας, συσσίτια αστέγων κτλ). Για τα έτη 2018-2019 οι ανωτέρω προμήθειες τροφίμων και βασικής υλικής συνδρομής διενεργούνται αποκεντρωμένα, από τους Επικεφαλής Εταίρους/ Δικαιούχους των Κοινωνικών Συμπράξεων, μέσω διαγωνισμών, με εφαρμογή της ισχύουσας εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας περί προμηθειών. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, ο εν λόγω διαγωνισμός αφορά την

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

προμήθεια τροφίμων και βασικής υλικής συνδρομής για τα έτη 2018 και 2019. Πρέπει να σημειωθεί ότι ο προηγούμενος διαγωνισμός που αφορούσε μεγάλο τμήμα του εξεταζόμενου διαγωνισμού (κατηγορία Τρόφιμα) καθυστέρησε υπερβολικά λόγω δικαστικών ενεργειών και ήδη είναι καθυστερημένο επί διετία το πρόγραμμα από το οποίο θα ωφεληθούν άποροι συμπολίτες. 4) Επί των λόγων προσφυγής: Η αναθέτουσα αρχή, επικαλούμενη το άρθρο 75 του ν.4412/2016, καθώς και το περιγραφόμενο Αντικείμενο της Προμήθειας που περιλαμβάνεται στη διακήρυξη στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της, προβάλλει ότι για την επιτυχή εκτέλεση της σύμβασης θα εφαρμοστεί ένα κεντρικά συντονιζόμενο από την ... πρόγραμμα διανομών των προϊόντων απευθείας στους δικαιούχους, στις επιμέρους Περιφερειακές Ενότητες αυτής. Σκοπός της αναθέτουσας αρχής είναι να λαμβάνει χώρα κοινή διανομή, συγχρονισμένες επιμέρους μεταφορές, αναδιανομές και πακετοποίηση, με προσαρμογή, κατά την εκτέλεση, όσον αφορά τις εξάντλησης των αποθεμάτων και της απορρόφησής τους από το κοινό. Για να επιτευχθεί ο σκοπός αυτός απαιτείται διαρκής συνεργασία της αναθέτουσας αρχής με τους κοινωνικούς εταίρους και φορείς, με αποτέλεσμα η υλοποίηση της σύμβασης να απαιτεί κοινή και ενιαία εποπτεία της Περιφέρειας, που θα διασφαλίσει, μεταξύ άλλων, το συντονισμό των επιμέρους διανομών, τη λειτουργία κοινής κεντρικής δικτυωμένης εφοδιαστικής δομής, το διαρκή αναπρογραμματισμό μεταξύ διανομών σε διάφορα σημεία της ..., την ανακυκλοφορία των νωπών αδιάθετων και οριστικά αδιάθετων προϊόντων σε κεντρικό επίπεδο Περιφέρειας, με τη χρήση κοινής κεντρικής αποθήκης, που θα λειτουργεί ως «κόμβος» για την κεντρική διακίνηση, καθώς και την αναδιάθεση των αδιάθετων προϊόντων προς κοινωνικούς σκοπούς (συσσίτια). Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η ενδεχόμενη υποδιαίρεση της σύμβασης σε τμήματα ανά ..., και η εμπλοκή περισσότερων δυσχερώς συντονιζόμενων μεταξύ τους αναδοχών, θα έθεταν σε κίνδυνο την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, καθώς τα αρμόδια όργανα της

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

αναθέτουσας αρχής δεν θα μπορούσαν να συντονίσουν αποτελεσματικά την εκτέλεση των επιμέρους τμημάτων της σύμβασης από τους διάφορους αναδόχους. Για παράδειγμα, η ύπαρξη περισσότερων αναδόχων, διαφορετικών ανά ..., θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να αναδιανείμει τα νωπά αδιάθετα και οριστικά αδιάθετα προϊόντα μόνο εντός των ορίων της ... που θα εξυπηρετούσε ο κάθε ανάδοχος, δεδομένου ότι κανείς ανάδοχος δεν θα αναλάμβανε την υγειονομική ευθύνη αναδιανομής προϊόντος που έχει προμηθεύσει ο ανάδοχος άλλης Επιπλέον, η μη υποδιαίρεση της σύμβασης δεν παραβιάζει την αρχή της οικονομικότητας, καθώς οι υποψήφιοι θα διαμορφώσουν το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης, έχοντας υπόψη τους, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη, ότι σε περίπτωση που τους ανατεθεί η σύμβαση, θα αναλάβουν το σύνολο της προμήθειας. Ως εκ τούτου, δεν είναι βέβαιο ότι οι υποψήφιοι θα προσέφεραν τα ίδια ποσοστά έκπτωσης, σε περίπτωση που η διακήρυξη προέβλεπε τη δυνατότητα συμμετοχής μόνο για επιμέρους Περιφερειακές Ενότητες. Εξ άλλου, η μη υποδιαίρεση της σύμβασης δεν θα εμποδίσει εν τοις πράγμασι την ανάπτυξη ανταγωνισμού, δεδομένου ότι στην προγενέστερη διαγωνιστική διαδικασία για το ανάλογο αντικείμενο συμμετείχαν τουλάχιστον έξι (6) οικονομικοί φορείς. Περαιτέρω, όλοι οι ενδιαφερόμενοι, που τυχόν δεν πληρούν οι ίδιοι τις απαιτήσεις του άρθρου της διακήρυξης ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (όρος 2.2.6), έχουν τη δυνατότητα να στηριχθούν σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8 της διακήρυξης, στην ικανότητα τρίτων, ώστε δεν κωλύονται στη συμμετοχή τους. Η μη υποδιαίρεση της ελεγχόμενης σύμβασης σε περισσότερα τμήματα κείται εντός των ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής και παρίσταται αιτιολογημένη, οι δε σχετικοί λόγοι προκύπτουν από τα έγγραφα αυτής και ιδίως από τα άρθρα 1.3 και 2.2.6.5., καθώς και από το Παράρτημα Α της οικείας διακήρυξης, στα οποία γίνεται εκτενέστατη περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

τις ανωτέρω ρυθμίσεις, αλλά και από το σύνολο της διακήρυξης, το αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια και διανομή, υπό μορφή πακέτων, τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής σε αδύναμους οικονομικά ωφελούμενους εντός της Περιφέρειας Δεδομένου ότι πρόκειται για εκτεταμένη εδαφική περιφέρεια, για μεγάλο όγκο διανεμόμενων προϊόντων και μεγάλο αριθμό ωφελούμενων, είναι αναγκαίο να υπάρχει κεντρικός συντονισμός, παρακολούθηση και έλεγχος των διανομών από την αιτούσα ..., ώστε να παρέχεται επιτυχώς και ταχέως μια ολοκληρωμένη υπηρεσία, που θα ενοποιεί την προμήθεια, την ενδιάμεση αποθήκευση, την πακετοποίηση, τη μεταφορά σε σημεία διανομής και τη διανομή απευθείας σε ωφελούμενους των προϊόντων, τη διανομή τους κατ' οίκον σε νοικοκυριά που έχουν μέλη με «ειδικές ανάγκες» και την επιστροφή και αναδιανομή αδιάθετων προϊόντων. Για το λόγο αυτό έχει προβλεφθεί η χρήση κοινής κεντρικής αποθήκης, που θα λειτουργεί ως «κόμβος» για την κεντρική διακίνηση. Επιπρόσθετα, η ... πρέπει να μπορεί να ελέγχει σε κεντρικό επίπεδο συνολικού έργου και ανά ..., τις παραγγελίες, τις απορροφήσεις και τις παραδόσεις των οικείων ποσοτήτων και τις αξίες τους. Οι ως άνω παράγοντες καθιστούν αναγκαία την ενοποιημένη ανάθεση και εκτέλεση του συνολικού συμβατικού αντικειμένου, δεδομένου ότι για την επιτυχή υλοποίησή του απαιτείται κεντρικός έλεγχος και συντονισμός. Και τούτο, διότι η ύπαρξη περισσότερων αναδόχων θα δυσχέραινε εξαιρετικά την επιτυχή υλοποίηση του έργου, καθώς η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να συντονίσει την εκτέλεση των επιμέρους τμημάτων της σύμβασης από τρεις (3) διαφορετικούς αναδόχους (έναν ανά ...), αντί ενός, όπως εν προκειμένω. Σε περίπτωση δε μη εύρυθμης λειτουργίας της κεντρικής αποθήκης, η οποία θα ήταν κοινή για όλους τους αναδόχους. Θα ήταν πολύ δύσκολη η ανεύρεση και απόδοση ευθυνών μεταξύ τους. Επιπλέον, αν υπήρχαν περισσότεροι ανάδοχοι. Θα ήταν εξαιρετικά δύσκολη, αν όχι αδύνατη, η προβλεπόμενη στη διακήρυξη αναδιάθεση αδιάθετων προϊόντων μεταξύ των ... ή προς κοινωνικούς σκοπούς (συσσίτια

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

Εκκλησίας κ.λπ.). Και τούτο, διότι δυσχερώς ένας ανάδοχος θα αναλάμβανε την υγειονομική ευθύνη αναδιανομής προϊόντων στην ... ευθύνης του τα οποία θα είχε προμηθεύσει ανάδοχος άλλης ..., λαμβανομένου υπόψη ότι μεταξύ των διανεμόμενων αγαθών περιλαμβάνονται προϊόντα νωπά και ευαλλοίωτα. Κατόπιν αυτών, εκτιμώμενης της υπό ελεγχόμενης διακήρυξης βάσει των ιδιαιτεροτήτων αυτής και των αναγκών, που πρόκειται να ικανοποιήσει, συντρέχουν οι εκ των ενδεικτικά αναφερομένων, λόγοι του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ για τη μη υποδιαίρεση της σύμβασης, ήτοι το ενδεχόμενο να γίνει η εκτέλεση αυτής υπερβολικά δύσκολη από τεχνικής απόψεως ή ακριβή ή η ανάγκη να συντονιστούν οι διάφοροι εργολάβοι να θέσει σε σοβαρό κίνδυνο την ορθή εκτέλεση αυτής και, ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή κινήθηκε εντός των ορίων της διακριτικής της ευχέρειας και αιτιολόγησε επαρκώς τη μη υποδιαίρεση αυτής σε τμήματα. [ΕΣ 1245/2020]. Συνεπώς ο ισχυρισμός των προσφευγόντων εταιριών ότι κωλύονται να συμμετέχουν επειδή η Προμήθεια δεν διαιρείται σε τμήματα, πέραν της αντιφατικότητας, αφού σε άλλα σημεία δηλώνουν ότι έχουν πρόθεση και δυνατότητα να μετέχουν - δεν είναι αβάσιμος και οι όροι της Διακήρυξης είναι απολύτως νόμιμοι. Περαιτέρω, σύμφωνα με την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., τα κριτήρια επιλογής τα οποία υποχρεούται εκ του Νόμου να θέσει η Αναθέτουσα Αρχή πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, ενώ, για να διαπιστωθεί αυτό, θα πρέπει να γίνεται αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του. Η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. παραπέμπει και στις Γενικές Οδηγίες για τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σύμφωνα με την οποία τα κριτήρια πρέπει να συνάδουν με τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής των διακρίσεων, να είναι αναλογικά προς το μέγεθος και τη φύση της σύμβασης, να καθορίζονται λαμβάνοντας υπόψη τις ειδικές ανάγκες κάθε διαδικασίας σύναψης σύμβασης, να είναι συναφή με τη συγκεκριμένη σύμβαση που πρόκειται να ανατεθεί και να σχεδιάζονται κατά

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

τρόπο ώστε να μην αποτρέπεται η συμμετοχή οικονομικών φορέων, οι οποίοι έχουν τη δυνατότητα να αποτελέσουν αποδοτικούς και αποτελεσματικούς αναδόχους (Κατευθυντήρια Οδηγία 13, Απόφαση 303/2015). Όλα τα κριτήρια του επιλέχθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή είναι απολύτως ανάλογα με το ιδιαίτερα μέγεθος και το πολύπλοκο αντικείμενο της Προμήθειας, συναφή και πρόσφορα για την ομαλή εκτέλεση αυτών, ενώ αποδεικνύεται ενδιαφέρον ικανού αριθμού φορέων (από τα ερωτήματα που έχουν τεθεί από υποψήφιους προσφέροντες στον συστημικό αριθμό του διαγωνισμού), ώστε δεν μπορεί να γίνει λόγος για παρακώλυση του ανταγωνισμού. Συνακόλουθα οι όροι της Διακήρυξης είναι απολύτως νόμιμοι. **4.1)** Ως προς τον πρώτο Λόγο της Προσφυγής: Ο όρος 2.2.6.1 της διακήρυξης είναι, κατά την αναθέτουσα αρχή, κατ' αρχήν απόλυτα σύμφωνος με την υποχρέωση της αναθέτουσας να περιγράψει με ακρίβεια τα προς προμήθεια είδη και τις τεχνικές προδιαγραφές αυτών μεταξύ των οποίων αναμφισβήτητα στην εν λόγω σύμβασης είναι η συσκευασία, που συνδέονται αιτιωδώς με το αντικείμενο της Σύμβασης (προμήθεια, πακετοποίηση και διανομή στους ωφελούμενους). Αντίθετα, μια τέτοια Σύμβαση που θα παρέλειπε να θέσει ως κριτήριο τις τεχνικές προδιαγραφές και την προηγούμενη εμπειρία θα ήταν ευθέως αντίθετη προς το Νόμο. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου αλλά και πραγματικού αντικειμένου της προμήθειας που περιγράφονται ανωτέρω, βρίσκεται εντός των ορίων της ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει ως κριτήριο τεχνικής επάρκειας την εκτέλεση ομοίων συμβάσεων, ώστε να αξιολογηθεί η εμπειρία και η δυνατότητα εκτέλεσης της σύμβασης και δε ζητούνται άσχετες ιδιότητες με το αντικείμενο. Εκπληρώνεται δηλαδή ακριβώς η επιταγή του Νόμου (παρ. 4 α. 75 Ν 4112/2016) για τη δυνατότητα της Αναθέτουσας Αρχής να αποδείξουν οι ενδιαφερόμενοι ότι έχουν τις απαραίτητες συστάσεις για παρόμοιες συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί στο παρελθόν, ώστε εκπληρώνεται το κριτήριο της εμπειρίας και τεχνογνωσίας για τη σύνθετη αυτή και με ιδιαιτερότητες Σύμβαση.

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

Έτι περαιτέρω είναι τελείως διαφορετικό αντικείμενο η προμήθεια, πακετοποίηση και διανομή συσκευασιών μικρών συσκευασιών και ποσοτήτων, διότι στην αντίθετη περίπτωση καθίσταται αδύνατη η διανομή στους ωφελούμενους απόρους που συχνά δεν έχουν καν μεταφορικό μέσο, ποσοτήτων και συσκευασιών που δεν είναι δυνατόν να μπορούν να πακετοποιηθούν, να διανεμηθούν αλλά και να συντηρηθούν (όσον αφορά στα τρόφιμα ψυχρού αλλά και ξηρού φορτίου), και συναντώνται στο χονδρικό εμπόριο (κιβώτια μπανανών των οποίων το βάρος καθενός είναι περίπου 20 κιλά και χρησιμοποιούνται στο χονδρεμπόριο, ή πχ. πεντάκιλες συσκευασίες ρυζιού και κρέατος, οι οποίες συνδυαστικά με τα λοιπά προϊόντα ΔΕΝ είναι δυνατόν να πακετοποιηθούν και να διανεμηθούν σε ωφελούμενους απόρους). Άλλωστε η προσβαλλόμενη διακήρυξη έχει ένα ιδιαίτερα περίπλοκο αντικείμενο, με τη παράδοση πολλών και διαφορετικών ειδών, σε μεγάλο αριθμό σημείων (που δεν είναι αποθήκες & ψυγεία), τα οποία έχει ορίσει η ... και οι κοινωνικοί εταίροι, σε σύντομο σχετικά χρονικό διάστημα σε συνεννόηση με τους φορείς, ώστε αμέσως μετά την παράδοση να διανέμονται από τους Κοινωνικούς Εταίρους σε μεγάλο αριθμό τους τελικά ωφελούμενων, ώστε δεν πρόκειται για παράδοση τροφίμων με παραλήπτη έναν ή μικρό αριθμό προσώπων, σε αποθήκες παραλαβής επαγγελματιών χονδρικού εμπορίου, ή αλυσίδων σουπερμάρκετ, σε σχέση με την παράδοση στους Κοινωνικούς Φορείς οι οποίοι προβαίνουν σε άμεση διανομή, και για το λόγο αυτό ζητείται η ανάλογο και πρόσφορη για την επιτυχή εκτέλεση, εμπειρία που αποδεικνύεται με ασφάλεια δικαίου από την εκτέλεση όμοιων συμβάσεων. Πόρρω απέχει από την πραγματικότητα ο ισχυρισμός ότι εξ αιτίας του όρου αυτού, περιορίζεται η συμμετοχή μικρομεσαίων επιχειρήσεων από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό των μικρομεσαίων επιχειρήσεων. Κάθε διαγωνισμός άλλωστε έχει τις δικές του απαιτήσεις, ενώ από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ότι κωλύεται γενικά η συμμετοχή στον εν λόγω διαγωνισμό. Άλλωστε με την υπό κρίση προσφυγή της

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

η προσφεύγουσα ένωση εταιριών επικαλείται παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, κατά το μέρος που το ανωτέρω κριτήριο επιλογής «... *περί του ως άνω ζητούμενου αριθμού προηγούμενων παραδόσεων των προϊόντων σε ψύξη "σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης"*, προκύπτει ως μη πρόσφορο, αναγκαίο, ανάλογο και κατάλληλο για το θεμιτό σκοπό της συμμετοχής έμπειρων και τεχνικώς επαρκών επιχειρήσεων, δυνάμενων να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις που απορρέουν από το μέγεθος και ιδίως την απαίτηση τεχνικής δεξιότητας της εν λόγω σύμβασης και της κατηγορίας των υπό προμήθεια αγαθών, ενώ αποκλείει αδικαιολόγητα τη δική μας συμμετοχή στον διαγωνισμό». Με δεδομένο, όμως, ότι όπως συνομολογεί η προσφεύγουσα ένωση (σελ. 14 της προσφυγής), με τη δοθείσα διευκρίνιση «*η αναθέτουσα Αρχή διευθύνει στην ουσία τα αποδεκτά βάρη ανά προϊόν*», είναι φανερό ότι η θέση της δεν έχει καταστεί επαχθέστερη με την ως άνω διευκρίνιση, ώστε να στοιχειοθετείται έννομο συμφέρον της να την πλήξει με την ασκηθείσα προσφυγή. Από την άλλη πλευρά, καθίσταται πρόδηλο ότι η προσφεύγουσα, υπό το πρόσχημα της προσβολής της δοθείσας διευκρίνισης, στρέφεται στην πραγματικότητα εναντίον του ανωτέρω παρατεθέντος όρου της διακήρυξης, πλην όμως εκπροθέσμως και γι' αυτό απαραδέκτως, σύμφωνα με όσα αναλυτικά έχουμε εκθέσει πιο πάνω. Συνεπώς, ο σχετικός λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος κατά πρώτον ως απαραδέκτως προβαλλόμενος. Ανεξάρτητα όμως από τα παραπάνω, η αναθέτουσα Αρχή διαθέτει ευρεία διακριτική ευχέρεια να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, εξειδικεύοντας τα κριτήρια επιλογής που προβλέπονται στο νόμο και θεσπίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε εξειδίκευση και θέσπιση με τη διακήρυξη των όρων που κρίνει πρόσφορους και αναγκαίους για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι δυσχεραίνει ενδεχομένως τη συμμετοχή ενδιαφερομένων, οι οποίοι επικαλούνται αδυναμία ανταπόκρισης σε ορισμένο κριτήριο επιλογής. Ως εκ τούτου, λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα και το μέγεθος του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, καθίσταται πρόδηλο ότι η θέσπιση του υπό εξέταση κριτηρίου ποιοτικής επιλογής παρίσταται απολύτως εύλογη και αναγκαία για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων αναδόχων να πραγματοποιήσουν παραδόσεις προϊόντων ανάλογης ποσότητας με αυτήν που ζητείται για την παρούσα σύμβαση, και μάλιστα για βάρη συσκευασίας αντίστοιχα με τα προβλεπόμενα στη διακήρυξη. Τούτο, διότι δεν ενδιαφέρει απλώς αν ο υποψήφιος ανάδοχος έχει παραδώσει αντίστοιχες ποσότητες, αδιακρίτως συσκευασίας, αφού το στοιχείο ως προς οποίο αξιολογείται επιπροσθέτως η τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα, είναι να έχει υλοποιήσει επιτυχώς παραδόσεις προϊόντων (νωπών κρεάτων, τυροκομικών και φρούτων) υπό συνθήκες όμοιες προς αυτές της προκείμενης σύμβασης, δηλαδή σε τυποποιημένες συσκευασίες και σε βάρη ανάλογα προς αυτά που προσδιορίζονται με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Όσον αφορά στα είδη, τα προϊόντα επιλέχθηκαν μετά από σχετική έρευνα της Περιφέρειας, ολοκληρωμένη διαβούλευση και την έκφραση θετικής γνώμης επί του σχεδίου της διακήρυξης (συμπεριλαμβανομένων των ειδών) από την Διαχειριστική Αρχή του Προγράμματος με τα υπ' αριθμ. 607/304 2020, 608/30-4-2020, 609/30 4 2020 και 1033/31-07-2020 έγγραφα της Διαχειριστικής Αρχής. Μόλις απομένει να σημειωθεί εδώ, ότι δεν υπάρχει καμία, μα καμία Διακήρυξη ΤΕΒΑ πανελληνίως που να μην προβλέπει τα ίδια κριτήρια για την επιλογή των αναδόχων με επουσιώδεις διαφοροποιήσεις. Με τις διευκρινίσεις η Αναθέτουσα Αρχή ουδόλως διαφοροποίησε τους όρους της διακήρυξης ώστε ο σχετικός λόγος είναι απαράδεκτος ως εκπρόθεσμος και κατά το απολύτως σύνηθες, όρισε απόκλιση + 10% στις συσκευασίες που αναφέρονται στη διακήρυξη, σύμφωνα με σχετικές διακηρύξεις. Συνακόλουθα προς τα άνω είναι απολύτως

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

δικαιολογημένες οι αναφερόμενες τεχνικές προδιαγραφές και συσκευασίες, συνδεόμενες αιτιωδώς με το φυσικό αντικείμενο της Προμήθειας, αλλά και απολύτως ανάλογες προς αυτό και ιδίως εντελώς πρόσφορες για την επιτυχή εκτέλεση αυτού. **4.2)** Ως προς το δεύτερο λόγο της Προσφυγής: Όσον αφορά στη σχετική διευκρίνιση για την ύπαρξη συμβάσεων θεωρημένων, αφενός μεν δεν τροποποιείται όρος της Σύμβασης διότι πρόκειται για εκ του Νόμου υποχρέωση, ώστε ο σχετικός λόγος, απαραδέκτως και εκπροθέσμως προβάλλεται, αφετέρου ορώμενος εξ επόψεως του αντικειμένου και του μεγέθους της σύμβασης, δεν παρίσταται δυσανάλογος προς τον επιδιωκόμενο σκοπό αυτής, που είναι η προμήθεια, πακετοποίηση και διανομή μεγάλου αριθμού και όγκου προϊόντων, σε διαφορετικές περιοχές της εκτεταμένης εδαφικής περιφέρειας της Περιφέρειας Για το λόγο αυτό, η αναθέτουσα αρχή ευλόγως ζητεί να προσκομισθούν τα σχετικά έγγραφα προκειμένου να γνωρίζει εξ αρχής αν ο υποψήφιος θα έχει την εμπειρία, την τεχνογνωσία και την αξιοπιστία ώστε να εκπληρωθεί το φυσικό αντικείμενο της Σύμβασης. Η κατάθεση σχετικών Συμβάσεων με οικονομικό αντικείμενο είναι εκ του Νόμου υποχρέωση των επιτηδευματιών με βάση το φορολογικό νόμο, - οι διατάξεις του ΚΠολΔ σχετικά με τα αποδεικτικά μέσα στην πολιτική δίκη δεν εφαρμόζονται εν προκειμένω - , αλλά και σε τέτοιου μεγέθους συμβάσεις, πρόκειται και για συνήθη πρακτική. Πρέπει λοιπόν και ο λόγος αυτός της προσφυγής να απορριφθεί, προεχόντως ως απαράδεκτος αλλά και ως μη νόμιμος και αβάσιμος. **4.3)** Ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής: Ο όρος 2.2.6.1 της διακήρυξης, είναι όπως αναφέρεται ανωτέρω απόλυτα σύμφωνος με το άρθρο 75 του Ν. 44112/2016 και ειδικότερα όσον αφορά στο κριτήριο της οικονομικής και επαγγελματικής επάρκειας, χωρίς να γίνονται διακρίσεις και να αποκλείεται κανείς ενδιαφερόμενος, ενώ η σχετική διακήρυξη ουδόλως μετέβαλε τον όρο της διακήρυξης ώστε απαραδέκτως προβάλλεται. Έτσι οι ενδιαφερόμενοι μπορούν να αποδεικνύουν ότι εκπληρώνουν τα κριτήρια και ειδικότερα την

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

εμπειρία και τεχνογνωσία για το φυσικό αντικείμενο της Προμήθειας με την προσκόμιση σχετικών φορολογικών παραστατικών από την οποία να αποδεικνύονται ότι εκπληρώνονται τα τιθέμενα κριτήρια, τα οποία και βρίσκονται εντός της διακριτικής της ευχέρειας. Εξάλλου, με το υπ' αριθ. πρωτοκ. ... έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας Αρχής, ορίσθηκε ότι *«η βεβαίωση θα πρέπει να φέρει την υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου του ιδιωτικού φορέα, σφραγίδα του νομικού προσώπου και να συνοδεύεται από τα αντίστοιχα παραστατικά (δελτία αποστολής και τιμολόγια)»*. Η σύναψη και εκτέλεση ομοειδών Συμβάσεων ΤΕΒΑ είναι απολύτως εύλογο να μπορούν να αποδειχθούν από τις Συμβάσεις και τις Βεβαιώσεις των Δημοσίων Φορέων οι οποίες έχουν δημοσιότητα έναντι όλων, ώστε η διαφοροποίηση ως προς τον τρόπο απόδειξης της πλήρωσης του συγκεκριμένου κριτηρίου, ανάλογα με το εάν οι συμβάσεις έχουν συναφθεί με φορείς του δημόσιου ή του ιδιωτικού τομέα, δεν παρίσταται αδικαιολόγητη, ούτε τελεί σε αντίθεση προς την αρχή της ίσης μεταχείρισης, όπως αβάσιμα προβάλλουν οι προσφεύγουσες εταιρίες, καθώς η διαδικασία σύναψης και εκτέλεσης των συμβάσεων προμηθειών με τους φορείς του δημόσιου τομέα, λαμβάνει χώρα υπό όρους δημοσιότητας και διαφάνειας, κατά τρόπο ώστε να μην καταλείπεται αμφιβολία για το είδος των προϊόντων και τις ποσότητες που παραδόθηκαν, ενώ το αντίστοιχο δεν ισχύει για τις επιχειρήσεις του ιδιωτικού τομέα, και επομένως είναι ουσιώδες η εκπλήρωση του κριτηρίου να αποδεικνύεται με την προσκόμιση των σχετικών παραστατικών (δελτίων αποστολής και τιμολογίου) από τα οποία προκύπτει η παράδοση των ποσοτήτων που έχουν δηλωθεί. Σε ότι αφορά τις Συμβάσεις μεταξύ ιδιωτών, αν η Αναθέτουσα Αρχή προέβλεπε ότι όμως απαιτούνταν σχετικώς μόνον κατάσταση, δεν θα διασφαλιζόταν εξίσου η αναθέτουσα αρχή. Και τούτο, διότι το γεγονός των πωλήσεων των ειδών, θα αποδεικνυόταν ενδεχομένως μόνο μετά την ανακήρυξή του ως μειοδότη, όταν πλέον θα είχε αποκτήσει πρόσβαση στα οικονομικά στοιχεία των προσφορών των λοιπών

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

διαγωνιζομένων, ενώ θα είχε ήδη παρέλθει ικανός χρόνος. Εξ ετέρου η Αναθέτουσα Αρχή δεν μπορεί να προβλέψει τον αριθμό των παραστατικών που πρέπει ή μπορεί να προσκομίσει σε ηλεκτρονική μορφή ο κάθε υποψήφιος, και σκοπός της είναι να διασφαλισθεί ότι εκπληρώνονται τα κριτήρια και οι τεχνικές προδιαγραφές ως έχουν τεθεί. Ήτοι δηλ., εν προκειμένω, προέχει η προστασία του δημοσίου συμφέροντος με την επιλογή του οικονομικού φορέα που αποδεδειγμένα καλύπτει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, έναντι της διευκόλυνσης των συμμετεχόντων στην συλλογή των αποδεικτικών εγγράφων (φορολογικών παραστατικών), τα οποία σε κάθε περίπτωση οφείλουν να τα έχουν στην κατοχή τους. Παρά ταύτα, λαμβάνοντας υπόψη το μέγεθος του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου του υπό κρίση διαγωνισμού, γίνεται εύκολα αντιληπτή η αντιστοίχως αυξημένη υποχρέωση της αναθέτουσας Αρχής να διασφαλίσει ότι η κατακύρωση θα γίνει σε οικονομικό φορέα δυνάμενο να ανταποκριθεί πλήρως και επαρκώς στις ανάγκες εκτέλεσης της προκείμενης σύμβασης, με τη θέσπιση κριτηρίων επιλογής αυξημένης βαρύτητας, τα οποία, ευλόγως, συνεπάγονται ανάλογο όγκο εργασίας, από πλευράς των αποδεικτικών εγγράφων που πρέπει να υποβληθούν, για την προσήκουσα υποβολή προσφοράς εκ μέρους των υποψηφίων αναδόχων. Ως εκ τούτου, καθίσταται πρόδηλο ότι η απαίτηση του άρθρου 2.2.6.1 της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία θεσπίσθηκε υποχρέωση των υποψηφίων αναδόχων να προσκομίσουν, εκτός άλλων, και το σύνολο των παραστατικών (τιμολογίων και δελτίων αποστολής) των εκ μέρους τους διενεργηθεισών παραδόσεων σε ιδιωτικούς φορείς, ειδών αντιστοίχων προς αυτά της υπό ανάθεση σύμβασης, είναι απολύτως πρόσφορη, συναφής και ανάλογη προς το αντικείμενο της σύμβασης. Με άλλες λέξεις, η απαίτηση περί προσκόμισης μεγάλου όγκου παραστατικών, δε δύναται να θεωρηθεί από μόνη της ότι καθιστά δυσχερή ή/ και ανέφικτη τη συμμετοχή στον υπό κρίση διαγωνισμό, δοθέντος ότι πρόκειται για έναν όρο, ο οποίος θεσπίσθηκε προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

υποψηφίων αναδόχων να αναλάβουν την εκτέλεση ενός ιδιαίτερα απαιτητικού και πολυσύνθετου έργου. Ανεξάρτητα όμως από τα παραπάνω, και εν προκειμένω η προσφεύγουσα, υπό το πρόσχημα της προσβολής της δοθείσας διευκρίνισης, στρέφεται στην πραγματικότητα εναντίον του ανωτέρω όρου της παρ. 2.2.6.2 Α-3 της διακήρυξης, πλην όμως εκπροθέσμως και γι' αυτό απαραδέκτως, καθώς η επίμαχη απαίτηση δεν έχει μεταβληθεί κατά το μέρος αυτό. Συνακόλουθα, ο ανωτέρω όρος είναι νόμιμος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί, προεχόντως ως απαράδεκτος αλλά και ως μη νόμιμος και αβάσιμος. **4.4)** Όσον αφορά στον τέταρτο λόγο της προσφυγής: Ανεξάρτητα της αοριστίας του συγκεκριμένου όρου και της προφανούς έλλειψης εννόμου συμφέροντος για την προβολή του αφού ουδόλως προκύπτει άμεση και ενεστώτα βλάβη των προσφευγόντων εταιριών, αλλά αναφέρονται σε υποθετικές μελλοντικές καταστάσεις, ο συγκεκριμένος όρος και καταφανώς αβάσιμος. Η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε άμεσα και προς διευκόλυνση των ενδιαφερόμενων, σε όλα τα ερωτήματα που της υποβλήθηκαν χωρίς να μπορεί να γνωρίζει αν θα υποβληθούν και άλλα και όλες οι απαντήσεις αναρτήθηκαν στο ΕΣΗΔΗΣ για να λάβουν γνώση όλοι οι ενδιαφερόμενοι, όπως άλλωστε συνομολογείται στην προσφυγή, ενώ η δήθεν πιθανή στρέβλωση του ανταγωνισμού, είναι εντελώς αλυσιτελής. Εξ άλλου η προσφεύγουσα ένωση εταιριών, όπως η ίδια συνομολογεί, έλαβε γνώση όλων των εκδοθέντων εγγράφων παροχής διευκρινίσεων εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής, και επομένως δεν στερήθηκε τη δυνατότητα άσκησης των δικαιωμάτων της, κατά το μέρος που αφορούσαν όχι μόνον την επαρκή πληροφόρησή της, προκειμένου να διαμορφώσει κατάλληλα την προσφορά της, αλλά και τη δυνατότητα επίκαιρης προσβολής των διευκρινίσεων, κατά το μέρος του θεωρούσε ότι εισήγαγαν βλαπτικούς για τα συμφέροντά της όρους. Εξ ετέρου και πριν την κατάρτιση της διακήρυξης και μετά την εισήγηση των αρμοδίων Υπηρεσιών της Αναθέτουσας Αρχής, προηγήθηκε διαβούλευση όπου ενδιαφερόμενοι

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

οικονομικοί φορείς υπέβαλαν τις απόψεις τους. Συνεπώς οι αιτιάσεις περί δήθεν πλημμέλειας στο σημείο αυτό είναι παντελώς αβάσιμες, ενώ και ο λόγος αυτός εμπρόθεσμα και ως τούτου απαράδεκτα προτείνεται. 4.5) Όσον αφορά στο πέμπτο λόγο της προσφυγής: Ανεξάρτητα της αοριστίας του συγκεκριμένου όρου και της προφανούς έλλειψης εννόμου συμφέροντος για την προβολή του αφού ουδόλως προκύπτει άμεση και ενεστώτα βλάβη των προσφευγόντων εταιριών, αλλά αναφέρεται ασαφώς η παρεμπόδιση αυτών στη συμμετοχή τους, ο συγκεκριμένος όρος και καταφανώς αβάσιμος. Εξάλλου, η επίκληση ελάχιστων περιπτώσεων, στις οποίες, ενδεχομένως, δεν έχουν διευκρινιστεί επακριβώς οι απαιτήσεις της αναθέτουσας Αρχής, δεν συνιστά πλημμέλεια, η οποία θα δικαιολογούσε την άνευ ετέρου ακύρωση της διακήρυξης, εφόσον η αναθέτουσα Αρχή δεν έχει φεισθεί της παροχής διευκρινίσεων και επομένως, οποιαδήποτε εκ παραδρομής εσφαλμένη πληροφορία μπορούσε ευχερώς να διορθωθεί. Αξίζει να σημειώσουμε ότι με τις υπ' αριθ. πρωτ. 258775/16755/7-10-2020 διευκρινίσεις της αναθέτουσας Αρχής έχουν ήδη αποσαφηνιστεί το μη ουσιώδες θέμα των προδιαγραφών του τοματοχυμού, στις οποίες αναφέρεται η προσφεύγουσα, ενώ, κατά τα λοιπά, οι ισχυρισμοί της προσφυγής είναι απολύτως αβάσιμοι, καθώς ουδεμία αοριστία προκαλείται από τις αναφερόμενες στην προσφυγή διευκρινίσεις. Πληθώρα ομοειδών συμβάσεων κρίθηκαν απολύτως νόμιμες και εκτελέστηκαν επιτυχώς από άλλες Αναθέτουσες Αρχές σε όλη την Ελλάδα, ενώ σχετικά με τις δοθείσες διευκρινήσεις, ουδόλως μετέβαλαν το περιεχόμενο των όρων της διακήρυξης. Συνακόλουθα, ο ανωτέρω όρος είναι νόμιμος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί, προεχόντως ως απαράδεκτος αλλά και ως μη νόμιμος και αβάσιμος. Από τα παραπάνω προκύπτει το προδήλως αβάσιμο και απαράδεκτο της υπό κρίση προσφυγής και τους ως άνω επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, θα πρέπει να απορριφθεί.

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

9. Επειδή, η προσφεύγουσα ένωση με το παραδεκτώς και εμπροθέσμως υποβληθέν στις 3-11-2020 μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ Υπόμνημά της, προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής προέβαλε τα εξής: Κατά την προσφεύγουσα, καταρχήν, το ανωτέρω έγγραφο δεν φέρει τα χαρακτηριστικά μιας διοικητικής πράξης, σύμφωνα τις διατάξεις του άρθρου 16 παρ. 1 του ν. 2690/1999 (ΚΔΔιαδ/σίας), οι οποίες ορίζουν ότι «*Η διοικητική πράξη είναι έγγραφη, αναφέρει την εκδούσα αρχή και τις εφαρμοζόμενες διατάξεις, φέρει δε χρονολογία, καθώς και υπογραφή του αρμόδιου οργάνου. Στην ατομική διοικητική πράξη αναφέρεται, επίσης, η τυχόν δυνατότητα άσκησης της, κατ' άρθρο 25, ειδικής διοικητικής, ή ενδικοφανούς, προσφυγής, γίνεται δε μνεία του αρμόδιου για την εξέτασή της οργάνου, της προθεσμίας, καθώς και των συνεπειών παράλειψης της άσκησης της. Προσφυγή που ασκείται σύμφωνα με τις προαναφερόμενες πληροφορίες της υπηρεσίας δεν μπορεί να παραγάγει συνέπειες σε βάρος του προσφεύγοντος. Η παράλειψη αναφοράς των εφαρμοζόμενων διατάξεων, καθώς και των κατά τη δεύτερη περίοδο στοιχείων, δεν επάγεται ακυρότητα της πράξης*». Η διοικητική πράξη αποκτά την υπόστασή της, αρχίζει δηλαδή να υπάρχει στον νομικό κόσμο, με την έκδοσή της. Και αυτό διότι εξ ορισμού έκδοση της πράξης σημαίνει την αφετηρία της νομικής της ύπαρξης, καθώς νομολογία και θεωρία διδάσκουν ότι με την έκδοσή της η πράξη έχει «τελειωθεί» και αρχίζει άνευ ετέρου να υφίσταται στον νομικό κόσμο. Η διοικητική πράξη εκδίδεται όταν αποκτήσει όλα τα εξωτερικά στοιχεία που απαιτεί ο νόμος προκειμένου να είναι διατυπωμένη με βέβαιο τρόπο η ρύθμιση στην οποία αποσκοπεί η διοίκηση. Τα εξωτερικά αυτά στοιχεία, τα οποία πρέπει να συντρέχουν, προκειμένου να γίνει δεκτό ότι η διοικητική πράξη εκδόθηκε και υπάρχει νομικά, έχουν καθοριστεί από μακρού χρόνου νομολογιακά, καταγράφονται δε πλέον στο άρθρο 16 παρ. 1 του ΚΔΔιαδ. Πρόκειται για τους λεγόμενους συστατικούς τύπους, οι οποίοι είναι, καταρχήν για όλες τις κατηγορίες των διοικητικών πράξεων, ο έγγραφος

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

τύπος, η χρονολόγηση, η υπογραφή της πράξης, καθώς και η αναφορά επ' αυτής της διοικητικής αρχής που την εξέδωσε. Όπως είναι προφανές, εάν τα συστατικά αυτά στοιχεία δεν συντρέχουν, η διοικητική πράξη δεν έχει εκδοθεί και δεν υφίσταται από νομική άποψη, αλλά είναι απλώς είτε ένα «σχέδιο», όταν δεν αποδεικνύεται με υπογραφή και χρονολόγηση ότι έχει οριστικοποιηθεί η βούληση της διοίκησης, είτε ένα «κέλυφος» διοικητικής πράξης, όταν η υπογραφείσα πράξη δεν έχει υποβληθεί στον συστατικό τύπο της δημοσίευσης. Εν προκειμένω, το ανωτέρω έγγραφο, που φέρεται να περιέχει τις απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής επί της προσφυγής δεν αναφέρει ούτε την εκδούσα αρχή, ούτε φέρει χρονολογία και πολύ περισσότερο υπογραφή του αρμόδιου οργάνου, στοιχεία συστατικά μιας διοικητικής πράξης και συνεπώς συνιστά απλώς ένα «σχέδιο». Ανεξάρτητα από τα παραπάνω και εφόσον υποτεθεί ότι το παραπάνω έγγραφο όντως περιέχει τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: **1)** Ως προς το εμπρόθεσμο της προσφυγής: Εν προκειμένω οι παρεχόμενες από την Αναθέτουσα διευκρινίσεις επί των ερωτημάτων που της έθεσε η προσφεύγουσα, δεν συνιστούν επ' ουδενί επιβεβαιωτικές απλά πράξεις μη έχουσες εκτελεστό χαρακτήρα, καθώς τόσο από το περιεχόμενο όσο και τη διατύπωσή τους (π.χ. η χρήση από την Αναθέτουσα της φράσης «για την πλήρη αποσαφήνιση των προδιαγραφών»), εναργώς συνάγεται ότι όχι μόνο δεν επαναλαμβάνουν απλά τις ρυθμίσεις της οικείας Διακήρυξης, αλλά αποσαφηνίζουν, συμπληρώνουν και σε πολλές περιπτώσεις εισάγουν και νέα δεδομένα, επιχειρώντας να τροποποιήσουν τους όρους της, απορριπτομένοι ως αβάσιμοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της Αναθέτουσας. Εξάλλου, το ότι οι συγκεκριμένοι όροι έχρηζαν διευκρινίσεων επιρρωνύεται και από το πλήθος των ερωτημάτων διευκρινίσεων που υποβλήθηκαν και από άλλους οικονομικούς φορείς, κάποια από τα οποία συμπίπτουν με αυτά της προσφεύγουσα, ως αυτή ισχυρίζεται, και συνεπώς και άλλοι οικονομικοί φορείς δεν ήταν σε θέση να κατανοήσουν το ακριβές νόημα

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

και περιεχόμενο των επίμαχων όρων (πρβλ. π.χ. τα υπ' αριθμ. ... και ... έγγραφα της Αναθέτουσας, ερώτημα και απάντηση 2Εα και 8α, αντίστοιχα). Ο δε ισχυρισμός της Αναθέτουσας ότι «ειδικώς στην περίπτωση προσβολής όρων προκήρυξης, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να ασκείται εντός δέκα ημερών από την πλήρη γνώση αυτής εκ μέρους του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα, δεν μπορεί, όμως να ασκηθεί εν πάσει περιπτώσει μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευση αυτής στο Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ, διότι μετά την πάροδο της εν λόγω προθεσμίας τεκμαίρεται πλήρης γνώση της προκήρυξης εκ μέρους των ενδιαφερομένων να μετάσχουν στο διαγωνισμό οικονομικών φορέων», ήτοι ότι η 15νθήμερη προθεσμία αποτελεί το ανώτατο όριο άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής και άρα η προθεσμία άσκησης της υπό κρίση προσφυγής έληξε σε κάθε περίπτωση, στις 21-9-2020, ερείδεται στην υπ' αριθμ. 9/2020 απόφαση της επταμελούς σύνθεσης της Αρχής Σας, η οποία όμως κρίθηκε, ως προς το σημείο αυτό, ως μη νόμιμη με την υπ' αριθμ ΕΑΣΤΕ 56/2020 απόφαση, σκ. 6-7. Εν κατακλείδι, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι εμπροθέσμως άσκησε την επίμαχη Προσφυγή της, κατά της ανωτέρω Διακήρυξης, δεδομένου ότι η πλήρης γνώση από αυτήν του περιεχομένου των όρων της επήλθε στις 1/10/2020, ήτοι όταν η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ τις διευκρινίσεις επί των ερωτημάτων που της έθεσε, απορριπτομένοι ως αβάσιμοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της Αναθέτουσας. **2)** Ως προς το έννομο συμφέρον: Οι βασικές αιτιάσεις της προσφεύγουσας, ως αυτή προβάλλει, συνοδεύονται με ειδικούς ισχυρισμούς, με επίκληση, μάλιστα, συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών ότι εκ των προσβαλλόμενων όρων της επίμαχης διακήρυξης είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή της στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος της το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας της να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Ήτοι η βλάβη της, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος,

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

προσδιορίζεται ειδικώς στην προσφυγή της, επικαλούμενοι τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος της από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος της για άσκηση προσφυγής. Υπό την έννοια αυτή, το έννομο συμφέρον της είναι προσωπικό (ατομικό), άμεσο και ενεστώς (παρόν), όχι απλά ενδεχόμενο, ούτε είναι γενικό, αλλά προκύπτει από ορισμένη ατομική βλάβη των προσφευγόντων, την οποία υφιστάται λόγω της ειδικής νομικής κατάστασης (ως ευλόγως ενδιαφερομένων να συμμετέχουν στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία) στην οποία βρίσκονται σε σχέση προς τις προσβαλλόμενες πράξεις. Κατά την προσφεύγουσα ένωση, οι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας ότι η προσφεύγουσα δεν προέβαλε και πολύ περισσότερο δεν απέδειξε κατά τρόπο ειδικό και ορισμένο τους λόγους που θεωρεί ότι η διακήρυξη τη βλάπτει και παράνομα την αποκλείει ή καθιστά ιδιαίτερα δυσχερή τη συμμετοχή της στη διαδικασία, ή ότι αμφισβητεί με γενικό τρόπο τη νομιμότητα συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, επικαλούμενη το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη, είναι παντελώς αόριστοι, αβάσιμοι και ανυποστήρικτοι. Ομοίως παντελώς αβάσιμοι είναι και οι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας ότι συλλήβδην και όλως αντιφατικά αναφέρει στο οικείο Κεφάλαιο (υπό στοιχείο Γ σελ. 6 επ.) ότι η προσφεύγουσα προτίθεται να συμμετέχει στο διαγωνισμό για το σύνολο των ειδών προμήθειας, αλλά η συμμετοχή της κωλύεται από το γεγονός ότι η προμήθεια δεν διαιρείται σε τμήματα, καθώς σε κανένα σημείο της προσφυγής δεν διατείνεται κάτι τέτοιο, ήτοι ότι η συμμετοχή της κωλύεται από το γεγονός ότι η προμήθεια δεν διαιρείται σε τμήματα και πολύ περισσότερο αφού δεν προσέβαλε τον συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης. Αντίθετα, αναφέρει σε διάφορα σημεία της προσφυγής της ότι *«αποτελούμε Ένωση Εταιρειών, το κάθε δε μέλος-εταιρεία αυτής δραστηριοποιείται σε μέρος του φυσικού αντικειμένου και όλοι μαζί αθροιστικά στο σύνολο του φυσικού αντικειμένου του εν λόγω διαγωνισμού, και άρα, προδήλως συνιστούμε ενδιαφερόμενο προς συμμετοχή στον προκείμενο διαγωνισμό, προς τον σκοπό*

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

εξάλλου αυτόν, αποκλειστικά, συστήθηκε η εν λόγω Ένωση Εταιρειών» «Επομένως, έχουμε εύλογο ενδιαφέρον, αλλά και εκ του νόμου και της διακήρυξης καταρχήν δικαίωμα για συμμετοχή μας στον συγκεκριμένο διαγωνισμό και προτιθέμεθα να συμμετέχουμε σε αυτόν για το σύνολο των ειδών της προμήθειας, τη συνολική ποσότητα κάθε είδους και για το σύνολο των ..., όπως απαιτεί και η ίδια η Διακήρυξη, πλην όμως η συμμετοχή μας είτε αποκλείεται εξ αρχής από κάποιους όρους, είτε από άλλους πάλι (εννοείται από λόγους άσχετους με το γεγονός ότι η διακήρυξη δεν υποδιαιρείται σε τμήματα), καθίσταται η υποβολή σύμφωνης με τη διακήρυξη και ορθής προσφοράς ιδιαιτέρως δυσχερής έως πρακτικά αδύνατη, πληρώντας την αντίστοιχη προϋπόθεση θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντός μας» (σελ. 8)...«Πλην όμως, ενώ πληρούμε κάθε άλλη προϋπόθεση, τεχνική προδιαγραφή, κριτήριο ποιοτικής επιλογής και γενικά κάθε άλλο όρο της διακήρυξης, οι συγκεκριμένοι όροι που παρακάτω προσβάλλουμε (ήτοι στο Μέρος II της προσφυγής μας, σελ. 10 επ.), μας αποκλείουν εξ αρχής και εκ των προτέρων από τη συμμετοχή μας στον εν λόγω Διαγωνισμό. Έτσι, ως εξ αρχής αποκλειόμενοι από την τελέσφορη συμμετοχή μας στον διαγωνισμό και από οποιαδήποτε πιθανότητά μας να αναλάβουμε την παραπάνω δημόσια σύμβαση, όσον αφορά το σύνολο των υπό προμήθεια ειδών, αφού η προμήθεια δεν διαιρείται σε Τμήματα και οφείλουμε, επί ποινή αποκλεισμού, να υποβάλλουμε προσφορά για το σύνολο των ειδών (στο σημείο αυτό και σε πλήρη αλληλουχία με τα όσα εκθέτουμε παραπάνω, απλώς επισημαίνουμε το γεγονός ότι η διακήρυξη δεν υποδιαιρείται σε τμήματα και ότι η βλάβη μας συνίσταται στο γεγονός ότι οι προσβαλλόμενοι όροι μας στερούν εξ αρχής της δυνατότητας ανάληψης της εν λόγω σύμβασης στο σύνολό της και όχι ότι αποκλείεται η συμμετοχή μας στο διαγωνισμό εξαιτίας της μη υποδιαίρεσης της προμήθειας σε τμήματα-εξάλλου για τον λόγο αυτόν συστήσαμε την παρούσα Ένωση εταιρειών), αλλά συγχρόνως και παρεμποδιζόμενοι ιδιαιτέρως στη σύνταξη ορθής προσφοράς, αφού αυτή είναι

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

αδύνατη δεδομένων των όρων της διαδικασίας, παρότι προτιθέμεθα να υποβάλουμε προσφορά και να συμμετέχουμε στον συγκεκριμένο Διαγωνισμό, επομένως το έννομο συμφέρον μας είναι άμεσο, προσωπικό και ενεστώς, για την προσβολή των συγκεκριμένων πλημμελειών της διακήρυξης, όπως αναλυτικά θα εκθέσουμε παρακάτω (ήτοι στο Μέρος II της προσφυγής μας, σελ. 10 επ.)». Εν κατακλείδι, όπως εναργώς γίνεται αντιληπτό από την επισκόπηση της προσφυγής, στο Κεφάλαιο Γ σελ. 6 επ., γίνεται καταρχήν παράθεση του γενικού κανονιστικού πλαισίου για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος, καθώς και ο προσδιορισμός της ειδικής έννομης σχέσης που τη συνδέει με τις προσβαλλόμενες πράξεις, ήτοι ως ενδιαφερόμενης μεν να συμμετέχει στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, έχουσα άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, αλλά αποκλεισμένης δυνάμει όρων της διακήρυξης, ενώ περαιτέρω στο μέρος II, όπου αναφέρονται ένας προς έναν οι λόγοι της προσφυγής και οι όροι ακριβώς που προσβάλλονται με αυτήν, προσδιορίζεται ειδικώς η βλάβη που υφίσταται, λόγω της ύπαρξης των συγκεκριμένων όρων, οι οποίοι αποκλείουν ή δυσχεραίνουν αδικαιολόγητα τη δική της συμμετοχή στο διαγωνισμό, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντός της για την άσκηση της προσφυγής της. Οι δε ισχυρισμοί της Αναθέτουσας όσον αφορά τη μη συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό με επιφύλαξη, προβάλλονται αλυσιτελώς, καθώς η προθεσμία υποβολής προσφορών ανεστάλη με την υπ' αριθμ. Α238/2020 απόφαση της Αρχής Σας, ήδη πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. **3)** Ως προς τους λόγους δημοσίου συμφέροντος: Ομοίως αλυσιτελώς προβάλλονται από την αναθέτουσα οι λόγοι δημοσίου συμφέροντος που κωλύουν την ευδοκίμηση της αίτησης αναστολής για τον ίδιο πιο πάνω λόγο, σε κάθε δε περίπτωση λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣΤΕ 840/2008). Άλλωστε, το δημόσιο συμφέρον δεν αποτελεί λόγο αρνητικής προϋπόθεσης, αλλά παράγοντα προς στάθμιση. Η δημόσια σύμβαση αποτελεί από μόνη της δημόσιο συμφέρον, άρα η άμεση ολοκλήρωση της διαδικασίας είναι δημόσιο συμφέρον και κατά συνέπεια τέτοιος λόγος δημοσίου συμφέροντος δεν είναι αποδεκτός. Η Οδηγία προστατεύει το ιδιωτικό συμφέρον του διαγωνιζόμενου με τη στάθμιση δημοσίου συμφέροντος διαφορετικού από την απλή άμεση εκτέλεση της σύμβασης. Συνεπώς παρέπεται με σαφήνεια ότι μόνο πολύ επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος μπορούν να δικαιολογήσουν στάθμιση σε βάρος του ιδιώτη, η οποία ελέγχεται *ad hoc*. Επί παραδείγματι, τέτοια περίπτωση μπορεί να είναι διαγωνισμός για προμήθεια βιβλίων ενόψει εξετάσεων που άμεσα αρχίζουν, ή διαγωνισμός για την εκτέλεση ψεκασμών προς καταπολέμηση των κουνουπιών το συγκεκριμένο γρονικό σημείο που τα έντομα πολλαπλασιάζονται (είναι σαφές ότι στην προκειμένη περίπτωση δεν συντρέχει τέτοιος επιτακτικός λόγος δημοσίου συμφέροντος), ενώ, ως έχει κριθεί, η ανάγκη ολοκλήρωσης του διαγωνισμού διότι θα χαθεί η χρηματοδότηση, δεν αποτελεί επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος (ΣΤΕ ΕπΑν 496/1998) (ΑΕΙ 111 Α 510 /2019). **4)** Επί των λόγων της προσφυγής: Η προσφεύγουσα, επικαλούμενη το άρθρο 75 του Ν. 4412/16, το Μέρος ΙΙ («Τεχνική ικανότητα») του Παραρτήματος ΧΙΙ («Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής») του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, την Αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), το άρθρο 80 του Ν. 4412/2017 (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφοι 1 και 5 υποστηρίζει τα εξής ειδικότερα: **4.1)** Ως προς τον 1 λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής: Με βάση τις ανωτέρω διατάξεις και αναφορικά με τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας, λεκτέα τα εξής: Η υποχρέωση της αναθέτουσας

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

να περιγράψει με ακρίβεια τα προς προμήθεια είδη και τις τεχνικές προδιαγραφές αυτών, πραγματώνεται με το τεύχος των τεχνικών προδιαγραφών που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παρούσας διακήρυξης και αφορά ακριβώς τα προς προμήθεια είδη. Είναι προδήλως αβάσιμος λοιπόν ο ισχυρισμός της αναθέτουσας ότι *«μια τέτοια Σύμβαση που θα παρέλειπε να θέσει ως κριτήριο τις τεχνικές προδιαγραφές και την προηγούμενη εμπειρία θα ήταν ευθέως αντίθετη προς το Νόμο»*, αφού σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν (άρα έχουν διακριτική ευχέρεια) και δεν υποχρεούνται 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, πολλώ δε μάλλον όταν οι απαιτήσεις που θέτουν θα πρέπει να ζητείται και να μπορούν να αποδεικνύονται μόνο με τα αποδεικτικά μέσα που περιοριστικά ορίζει ο νόμος, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις. Επιπλέον, από τις ανωτέρω διατάξεις ευχερώς συνάγεται ότι ουδόλως καταλείπεται στους αναθέτοντες φορείς η διακριτική ευχέρεια να απαιτούν την προηγούμενη εκτέλεση ομοίων συμβάσεων για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των οικονομικών φορέων, όσον αφορά συμβάσεις προμηθειών, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα. Το Ελεγκτικό Συνέδριο έκρινε (ΕΣ Τμ. VI 2402/2010) ότι ναι μεν, εφόσον οι προϋποθέσεις οικονομικού και τεχνικού περιεχομένου που πρέπει να πληρούν οι υποψήφιοι δεν απαριθμούνται στο νόμο περιοριστικά, καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή ευρεία διακριτική ευχέρεια να θέσει η ίδια τα κριτήρια επιλογής που προτίθεται να εφαρμόσει, αυτά, όμως, πρέπει να συνδέονται στενά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας, να είναι δεκτικά αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης και να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους ενδιαφερόμενους, χωρίς να ευνοούν ορισμένες επιχειρήσεις, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού. Ειδικότερα δε, με τον ισχυρισμό της η

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

αναθέτουσα ότι «ζητείται η ανάλογη και πρόσφορη για την επιτυχή εκτέλεση εμπειρία που αποδεικνύεται με ασφάλεια δικαίου από την εκτέλεση όμοιων συμβάσεων», συνομολογεί στην πραγματικότητα ότι η συγκεκριμένη απαίτηση που έθεσε στην επίμαχη διακήρυξη και την οποία προσβάλλουμε με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ευνοεί οικονομικούς φορείς που έχουν εκτελέσει κατά το παρελθόν συμβάσεις ΤΕΒΑ, δεδομένου ότι μόνο με τέτοιου είδους συμβάσεις είναι δυνατόν να εκπληρώνεται και να αποδεικνύεται αυτός ο όρος, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της ελεύθερης ανάπτυξης του ανταγωνισμού. Περαιτέρω, αβάσιμα προβάλλονται εν προκειμένω οι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας ότι *«είναι τελείως διαφορετικό αντικείμενο η προμήθεια, πακετοποίηση και διανομή μικρών συσκευασιών και ποσοτήτων διότι στην αντίθετη περίπτωση είναι αδύνατη η διανομή στους ωφελούμενους απόρους»*, καθώς η πακετοποίηση εμπεριέχεται στην έννοια της διανομής, σύμφωνα και με την παρ. 2.2.6.1. Β της οικείας διακήρυξης, όπου ρητά ορίζεται ότι *«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 ή η απευθείας διανομή σε πακέτα στους ωφελούμενους όπως αναφέρθηκε προηγουμένως»*, πλην όμως η ικανότητα ενός οικονομικού φορέα να προβαίνει σε διανομές με την ανωτέρω έννοια, τίθεται ως διακριτό κριτήριο επιλογής της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στην παρ. 2.2.6.1.Β, προς απόδειξη της οποίας οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να προσκομίσουν τα δικαιολογητικά που προβλέπονται εκεί (υπό στοιχεία Β-1, Β-2 και Β-3 της παρ. 2.2.6.1. Β, σελ 41 της διακήρυξης). Αντίθετα η προσφεύγουσα με την προσφυγή της στρέφεται κατά του όρου-περιορισμού που εμπεριέχεται στην παρ.2.2.6.1Α2 και αφορά τα αποδεκτά βάρη σε σχέση με τις προηγούμενες παραδόσεις των προϊόντων και αποσκοπεί στην απόδειξη της ικανότητας ενός οικονομικού φορέα να προβαίνει σε προσήκουσες παραδόσεις και μόνο, ως στοιχείο που εμπεριέχεται σε μια

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

σύμβαση προμήθειας. Έτι περαιτέρω, το αβάσιμο των σχετικών ισχυρισμών της αναθέτουσας επιρρωνύεται και από το γεγονός ότι υπάρχουν συσκευασίες π.χ. ημίσκληρου τυριού ή Φέτας ΠΟΠ και σε άλλα μικρά βάρη, όπως για παράδειγμα τυρί ημίσκληρο σε συσκευασία υπό κενό αέρος (vacuum) 200gr, Φέτα ΠΟΠ σε συσκευασία υπό κενό αέρος (vacuum) 200gr, 150gr κ.ο.κ , τα οποία όμως δεν εντάσσονται στα αποδεκτά βάρη που θέτει η αναθέτουσα, αφού τα βάρη αυτά δεν εμπίπτουν ούτε στην αποδεκτή απόκλιση του $\pm 10\%$ (πρβλ. ..., ..., ...). Αναληθώς και αβασίμως προβάλλονται επίσης οι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας ότι με τη δοθείσα διευκρίνιση και λόγω της διεύρυνσης των αποδεκτών βαρών ανά προϊόν δεν έχει καταστεί η θέση της επαχθέστερη, ώστε να στοιχειοθετεί έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής της, αφού σαφώς επικαλείται και αποδεικνύει στην προσφυγή της, ως αυτή ισχυρίζεται, ότι παρόλη αυτή τη διεύρυνση, η συμμετοχή της και πάλι καθίσταται εξ αυτού του όρου και απαίτησης ανέφικτη, επειδή καταρχήν καλείται να αποδείξει ότι παρέδωσε πολύ μεγάλες ποσότητες των συγκεκριμένων προϊόντων, με την επίκληση συσκευασιών μόνο πολύ μικρού βάρους και επειδή κατά δεύτερον και ανεξάρτητα από τα προηγούμενα, δεν υπάρχει τρόπος να αποδειχθεί κάτι τέτοιο, ούτε καν από τις Συμβάσεις της, αφού η τιμολόγηση των προϊόντων γίνεται συνολικά σε κιλά χωρίς να διευκρινίζεται αν π.χ. μία ποσότητα 15 κιλών έχει παραδοθεί σε συσκευασίες vacuum 1 κιλού κλπ, κάτι που θα μπορούσε ευχερώς να αποδείξει εάν δεν υπήρχε αυτός ο αδικαιολόγητος περιορισμός στα βάρη που θέτει η Αναθέτουσα, οι δε συμβάσεις που έχει συνάψει με τους πελάτες της, του ιδιωτικού καταρχήν τομέα, δεν περιέχουν τέτοια στοιχεία, αφού ο κάθε πελάτης παραγγέλνει κάθε φορά διαφορετικού βάρους συσκευασίες ανάλογα με τις ανάγκες του, οι οποίες δεν είναι δυνατόν να προβλεφθούν εκ των προτέρων και να αποτελέσουν το περιεχόμενο μιας σύμβασης. Ακόμα όμως και συμβάσεις που η δεύτερη εκ της προσφεύγουσας ένωσης εταιρεία έχει συνάψει και εκτελεί με δημόσιους φορείς (π.χ. Νοσοκομεία, Στρατός) δεν

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

περιέχουν τέτοια στοιχεία (πρβλ. ΑΔΑ ... ΑΔΑΜ .../ ΑΔΑΜ .../ .../ ΑΔΑΜ ...). Αναληθής και αβάσιμος είναι επίσης ο ισχυρισμός της αναθέτουσας ότι «δεν υπάρχει καμία, μα καμία Διακήρυξη ΤΕΒΑ πανελληνίως που να μην προβλέπει τα ίδια κριτήρια για την επιλογή των αναδόχων με επουσιώδεις διαφοροποιήσεις», προς αντίκρουση δε του ισχυρισμού αυτού η προσφεύγουσα επικαλείται τέσσερις (4) τουλάχιστον διακηρύξεις ΤΕΒΑ άλλων φορέων : ΤΕΒΑ ...-..., ΤΕΒΑ ... -..., ΤΕΒΑ, ΤΕΒΑ ...- ... στις οποίες σημειωτέον, σε κάποιες δεν απαιτείται καν απόδειξη χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής -επαγγελματικής ικανότητας και σε όσες απαιτείται δεν περιλαμβάνει. Τέλος, εμπροθέσμως προσβάλλει τον συγκεκριμένο όρο, καθώς οι εν θέματι διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνουν απλά το περιεχόμενο του, αλλά το αποσαφηνίζουν, επηρεάζοντας τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς της. Εξάλλου, το ότι ο συγκεκριμένος όρος έχρηζε διευκρινίσεων ώστε να είναι σε θέση να κατανοήσει το ακριβές νόημά του και να συντάξει άρτια και προσήκουσα προσφορά, επιρρωνύεται και από το γεγονός ότι και άλλοι οικονομικοί φορείς ζήτησαν διευκρινίσεις για τον ίδιο ως άνω όρο και συνεπώς και άλλοι οικονομικοί φορείς δεν ήταν σε θέση να κατανοήσουν το ακριβές νόημα και περιεχόμενο του (πρβλ. π.χ. τα υπ' αριθμ. ... (προς ...) και ... (προς ...) έγγραφα της Αναθέτουσας, ερώτημα και απάντηση 2Εα και 8Α αντίστοιχα, καθώς και το υπ' αριθμ. ... έγγραφο παροχής διευκρινίσεων (προς ...), το οποίο εκδόθηκε και αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την 7-10-2020, ήτοι μία ημέρα μετά την άσκηση της προσφυγής της προσφεύγουσας, ερώτημα και απάντηση 1).

4.2) Ως προς τον 2 λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής: Η για πρώτη φορά αναφορά στο επίμαχο «διευκρινιστικό» έγγραφο με αρ. πρωτ. ... της Αναθέτουσας, περί της υποχρέωσης ύπαρξης θεωρημένων από την Εφορία συμβάσεων, προδήλως αποτελεί ουσιώδη τροποποίηση της αρχικής διακήρυξης ως προς την υποχρέωση αυτή, καθώς αποτελεί νέο, συμπληρωματικό στοιχείο, το οποίο,

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

αρχικά, δεν απαιτούνταν από τη διακήρυξη, απορριπτόμενοι ως αβάσιμοι οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας, ο δε ισχυρισμός της ότι πρόκειται για εκ του νόμου υποχρέωση και ότι ζητείται για να γνωρίζει εξαρχής αν ο υποψήφιος θα έχει την εμπειρία, την τεχνογνωσία και την αξιοπιστία ώστε να εκπληρωθεί το φυσικό αντικείμενο της Σύμβασης, αβασίμως ομοίως προβάλλεται, με βάση και την υπ' αριθμ. 1698/2001 απόφαση του Αρείου Πάγου, λαμβανομένου επίσης υπόψη και του άρθρου 80 του Ν. 4412/2017, σύμφωνα με το οποίο, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο αυτό και στο άρθρο 82, η δε τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' και μόνο. Κατά την προσφεύγουσα, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος προσβάλλει τον επίμαχο όρο που επιχειρεί να εισάγει η αναθέτουσα, το πρώτον, με το ανωτέρω έγγραφο. Η αναθέτουσα διαλαμβάνει τους σχετικούς με τον εν λόγω όρο ισχυρισμούς της στο επίμαχο έγγραφο με τις απόψεις της, παρόλο που είχε προηγηθεί το υπ' αριθμ. ... έγγραφό της περί παροχής διευκρινίσεων (προς ...), το οποίο εκδόθηκε και αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την 7-10-2020, ήτοι μία ημέρα μετά την άσκηση της προσφυγής της προσφεύγουσας και το οποίο αναφορικά με τον συγκεκριμένο όρο έχει ως εξής: *«ΕΡΩΤΗΣΗ 7 4.Υπ'αριθμ. Πρωτ. ... Έγγραφο (...) «Απάντηση 1» Σύμφωνα με την απάντησή σας ζητάτε υποχρεωτικά την προσκόμιση συμβάσεων οι οποίες έχουν κατατεθεί στην εφορία. Ωστόσο, η συγκεκριμένη απαίτηση της κατάθεσης στην εφορία δεν περιλαμβάνεται σε κανένα εδάφιο της διακήρυξης και εισάγεται πρώτη φορά στις απαντήσεις σας. Επιπλέον, στο υπάρχον νομικό πλαίσιο που διέπει τα συμφωνητικά και τις συμβάσεις δεν υπάρχει καμία υποχρέωση κατάθεσής τους. Παρακαλώ διευκρινίστε αν η συγκεκριμένη απαίτηση προστέθηκε εκ παραδρομής ή αν πρόκειται για τροποποίηση όρου της*

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

διακήρυξης.». «ΑΠΑΝΤΗΣΗ - ΔΙΕΥΚΡΙΝΗΣΗ ΕΡΩΤΗΣΗΣ 7 • Βάση της διακήρυξης :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). Εάν είναι ιδιωτικός φορέας ο υποψήφιος ανάδοχος οφείλει να καταθέσει 1. Βεβαίωση εκδοθείσα και θεωρείσα από τον Ιδιωτικό Φορέα, η οποία αναφέρει το ποσοστό παράδοσης των ειδών καθώς επίσης και ότι αυτά παραδόθηκαν επιτυχώς και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Σύμβασης. • Παραστατικά υλοποίησης της Σύμβασης σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Σύμβασης, η οποία συνοδεύεται από παραστατικά (δελτίο αποστολής και τιμολόγιο). Η αναφορά σε «προσκόμιση συμβάσεων οι οποίες έχουν κατατεθεί στην εφορία» έρχεται ως στοιχείο νομιμότητας διότι δεδομένου ότι οι συμβάσεις μεταξύ ιδιωτικών φορέων στις οποίες αναφέρονται οικονομικοί όροι, κατατίθενται υποχρεωτικά στην εφορία μέσα από τη διαδικασία του Πίνακα Συμβάσεων του TAXINET, ενώ αυτές που δεν εμπεριέχουν οικονομικούς όρους δύναται να μην κατατίθενται (Ν. 1882/1990, άρθρο 8 παρ. 16). Ωστόσο προς αποφυγή παρερμηνειών ισχύουν τα αναφερόμενα στη διακήρυξη». Είναι προφανές, λοιπόν, κατά την προσφεύγουσα, ότι η αναθέτουσα εξακολουθεί να φάσκει και να αντιφάσκει και να επετείνει την ανασφάλεια δικαίου, με τις αντιφάσεις, ασάφειες και πλημμέλειές της. **4.3)** Ως προς τον 3 λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής: Κατά την προσφεύγουσα, όλοι οι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας που αφορούν την απαίτηση περί της προσκόμισης των σχετικών τιμολογίων και δελτίων αποστολής ως αποδεικτικά στοιχεία για την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, είναι αβάσιμοι ως ερειδόμενοι επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι η συγκεκριμένη απαίτηση είναι σύμφωνη με το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016. Και τούτο διότι το άρθρο 75 κείται σε άμεση συνάρτηση με το άρθρο 80 το οποίο ορίζει ότι «οι αναθέτουσες αρχές δεν

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82.» [...] 5.[...] Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α». Έτσι, ενώ η αναθέτουσα διατείνεται ότι τα εν λόγω δικαιολογητικά προβλέφθηκαν από την ίδια προς διασφάλιση ότι η κατακύρωση θα γίνει σε οικονομικό φορέα δυνάμενο να ανταποκριθεί πλήρως και επαρκώς στις ανάγκες εκτέλεσης της προκείμενης σύμβασης, εντούτοις ο ίδιος ο νομοθέτης δεν τα προβλέπει στα περιοριστικώς απαριθμούμενα αποδεικτικά μέσα του άρθρου 80 σε συνδυασμό με το Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/16, καθώς βούλησή του είναι, σύμφωνα με την Αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), η αύξηση της αποδοτικότητας των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες, όπως αναφέρθηκε και παραπάνω. Σε κάθε περίπτωση, αφού η αναθέτουσα εισήγαγε τα εν λόγω δικαιολογητικά στο πλαίσιο του διαγωνισμού, όφειλε τουλάχιστον να αποδεχτεί ότι στην έννοια τους υπάγονται και οι καταστάσεις που αναφέρουμε τόσο η προσφεύγουσα όσο και άλλοι υποψήφιοι στα έγγραφα ερωτήματά τους περί παροχής διευκρινίσεων, αφού έθεσαν υπόψη τις δυσκολίες που συνεπάγεται μια τέτοια απαίτηση - πολύ δε περισσότερο αφού ζητείται στο στάδιο υποβολής της προσφοράς και δημιουργεί υπέρμετρο βάρος εκ των προτέρων χωρίς να είναι σίγουρο ότι θα αναληφθεί η σύμβαση- ώστε να μην παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού σε βάρος της. Σύμφωνα δε με την ενωσιακή νομολογία (πρβλ. ΓεΔΕΕ της 24ης Μαρτίου 2017, Τ-117/15, Εσθονία κατά Επιτροπής, πρβλ. σχόλιο V. Michel, Europe mai 2017, n° 170), αν μια πράξη συνιστά απάντηση σε αίτηση με την οποία προβάλλονται νέα ουσιώδη στοιχεία, τα οποία είτε δεν

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

υπήρχαν κατά τον χρόνο έκδοσης της προγενέστερης πράξης, είτε υπήρχαν μεν κατά την έκδοση της προγενέστερης πράξης, αλλά για οποιονδήποτε λόγο, περιλαμβανομένης της έλλειψης επιμέλειας του εκδότη της πράξης αυτής, δεν ελήφθησαν υπόψη κατά την έκδοσή της και ζητείται με την αίτηση να ληφθούν υπόψη, η πράξη αυτή δεν μπορεί να θεωρηθεί αμιγώς επιβεβαιωτική και παραδεκτώς προσβάλλεται με προσφυγή ακύρωσης. Ένα στοιχείο χαρακτηρίζεται δε ως ουσιώδες, όταν είναι ικανό να μεταβάλει ουσιωδώς τη νομική κατάσταση που ελήφθη υπόψη από τους εκδότες της προγενέστερης πράξης, όπως συμβαίνει, μεταξύ άλλων, στην περίπτωση στοιχείου που εγείρει αμφιβολίες ως προς τη βασιμότητα της λύσης που υιοθετήθηκε με την επίμαχη πράξη. Εν προκειμένω, όπως και η ίδια η αναθέτουσα διαλαμβάνει στις απόψεις της, δεν μπορούσε να προβλέψει εξ αρχής τον αριθμό των παραστατικών που πρέπει ή μπορεί να προσκομίσει σε ηλεκτρονική μορφή ο κάθε υποψήφιος, με τα έγγραφα όμως τόσο το δικό της όσο και των άλλων υποψηφίων που επικαλείται στην προσφυγή της, της τέθηκαν υπόψη τα ουσιώδη αυτά στοιχεία, με αποτέλεσμα τα διευκρινιστικά, απαντητικά έγγραφα της να μην αποτελούν αμιγώς επιβεβαιωτικές πράξεις ούτε ως προς τον όρο αυτόν, ο οποίος εμπροθέσμως συνεπώς προσβάλλεται με την προσφυγή μας, απορριπτόμενου ως αβάσιμου του σχετικού ισχυρισμού της αναθέτουσας. 4.4) Ως προς τον 4 λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής: Το γεγονός ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση γνώση όλων των εκδοθέντων από την αναθέτουσα εγγράφων παροχής διευκρινίσεων, ουδεμία σχέση έχει και δεν αίρει τις πλημμέλειες που επισημαίνει η προσφεύγουσα με τον λόγο αυτόν της προσφυγής της, όσον αφορά κυρίως την παραβίαση της αρχής της μυστικότητας και κατ' επέκταση της αρχής της νομιμότητας και τυπικότητας που πρέπει να διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς, αφού θέτει εν αμφιβόλλω την αξιοπιστία της όλης διαδικασίας, δεδομένου ότι η γνώση των λοιπών ανθυποψηφίων, προ της υποβολής της οικονομικής προσφοράς, είναι δυνατόν

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

να οδηγήσει σε στρεβλώσεις του ελεύθερου ανταγωνισμού, αφού οι ενδιαφερόμενοι μπορούν να προχωρήσουν σε αθέμιτες συμφωνίες για τις οικονομικές προσφορές τους, με συνέπεια να μην υπάρχει κανένα εχέγγυο ότι κάτι τέτοιο δεν θα αποβεί εις βάρος της. 4.5) Ως προς τον 5 λόγο της Προδικαστικής Προσφυγής: Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά του υπό προμήθεια είδους αποτελούν ουσιώδεις όρους της διακήρυξης, ενώ έτι περαιτέρω ουσιώδεις θεωρούνται οποιοσδήποτε τροποποιήσεις που τις αφορούν. Εν προκειμένω και όσον αφορά ειδικά το είδος χλωρίνη που απαιτείται από τη διακήρυξη, η αναθέτουσα με το υπ' αριθμ. 252454/16426/1-10-2020 έγγραφό της (προς ...), απάντηση 11, αναφέρει ότι: *«Διευκρινίζεται πως η άδεια κυκλοφορίας του είδους ΧΛΩΡΙΝΗ από το Εθνικό Μητρώο Χημικών Προϊόντων, είναι αποδεκτή»* πλην όμως το έγγραφο αυτό που γίνεται αποδεκτό από την αναθέτουσα, αφορά μόνο χλωροκαθαριστικά και όχι βιοκτόνες χλωρίνες όπως ορίζει η τεχνική προδιαγραφή για τις οποίες απαιτείται αρ. εγκρ. ΕΟΦ σύμφωνα με τον καν. ΕΕ 528/2012 και την 4616/52519/2016 ΚΥΑ. Η ανωτέρω ασάφεια διατηρήθηκε και με το υπ' αριθμ ... έγγραφό της το οποίο αναφέρει σχετικά: *«ΑΠΑΝΤΗΣΗ - ΔΙΕΥΚΡΙΝΗΣΗ ΕΡΩΤΗΣΗΣ 10 Καθίστανται αποδεκτά και τα δύο είδη αδειών κυκλοφορίας, αρκεί αυτές, σε ότι αφορά την έκδοσή τους, να είναι κείμενη προς τις νομοθετικές διατάξεις που τις διέπουν, καθόσον αμφότερες οι άδειες δίνουν το δικαίωμα εμπορίας των συγκεκριμένων προϊόντων και χρήση τους από το καταναλωτικό κοινό»*, πλην όμως η κάθε άδεια αφορά σε διαφορετικά προϊόντα, με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά το καθένα, εισάγοντας στην πραγματικότητα ουσιώδη τροποποίηση βασικών όρων της διακήρυξης. Αυτό θα έχει ως αποτέλεσμα να υποβληθούν μη συγκρίσιμες μεταξύ τους προσφορές, καθώς τα χλωροκαθαριστικά είναι σαφώς πιο φθηνά προϊόντα σε σχέση με τις χλωρίνες και περαιτέρω δημιουργεί ανασφάλεια, καθώς δεν καθίσταται σαφές εάν υποβάλλοντας προσφορά για ένα τέτοιο προϊόν, ήτοι χλωροκαθαριστικό,

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

κινδυνεύει να απορριφθεί η προσφορά της, καθώς αν και γίνεται αποδεκτή από την αναθέτουσα η παραπάνω άδεια (που αφορά μόνο τα χλωροκαθαριστικά), εντούτοις δεν θα πληροί τις υπόλοιπες τεχνικές προδιαγραφές (πχ. να είναι βιοκτόνο και απολυμαντικό) που θέτει η διακήρυξη και που μόνο το προϊόν χλωρίνη τις πληροί.

10. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

11. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

12. Επειδή, όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι οι κατατεθείσες απόψεις της αναθέτουσας αρχής συνιστούν «απλώς ένα σχέδιο», αφού δεν αναφέρουν ούτε την εκδούσα αρχή, ούτε φέρει χρονολογία και πολύ περισσότερο υπογραφή του αρμόδιου οργάνου, στοιχεία συστατικά μιας διοικητικής πράξης, ισχυρισμό τον οποίο υπέβαλε δια του ως άνω Υπομνήματός της, αυτός κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος. Συγκεκριμένα, κατά την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν.4412/2016 η αναθέτουσα αρχή διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί της προσφυγής. Εν προκειμένω, ως εκτέθηκε και στη σκέψη 8 της παρούσας, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. ... έγγραφό της διαβίβασε στην ΑΕΠΠ τις σχετικές απόψεις της υπογεγραμμένες από τον Προϊστάμενο Διεύθυνσης Οικονομικού-Δημοσιονομικού Ελέγχου σε ακριβές αντίγραφο ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο από υπάλληλο της υπηρεσίας. Το έγγραφο αυτό αναφέρει την εκδούσα αρχή, φέρει χρονολογία και υπογραφή ως ακριβές αντίγραφο. Υπό τα δεδομένα αυτά συνιστά υποστατή διοικητική πράξη.

13. Επειδή, επί του ισχυρισμού που διαλαμβάνει η αναθέτουσα αρχή στις ως άνω κατατεθείσες απόψεις της σχετικά με το χρόνο έκδοσης της με αρ.

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

A238/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ, περί λήψης προσωρινών μέτρων, λεκτέα είναι τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 366 του ν.4412/2016 «*Η ΑΕΠΠ μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης*», διάταξη η οποία επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 15 του πδ 39/2017. Εκ της διατύπωσης της διάταξης αυτής προκύπτει ότι οι 3 ημέρες είναι ημερολογιακές, αφού δεν αναφέρονται ρητά ως εργάσιμες. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απέστειλε στην αναθέτουσα αρχή στις 9-10-2020 την υπ' αρ. 1718/2020 Πράξη του Προέδρου του 5^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, με την οποία την καλούσε την αναθέτουσα αρχή να καταθέσει τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας εντός προθεσμίας 3 ημερών από την κοινοποίηση της Πράξης αυτής. Για την εξέταση του αιτήματος αυτού το Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ συνήλθε στις 13 Οκτωβρίου 2020 και αυθημερόν εξέδωσε την ανωτέρω με αρ. A238/2020 απόφαση περί λήψης προσωρινών μέτρων, χωρίς μέχρι το χρόνο εκείνο η αναθέτουσα αρχή να έχει αποστείλει απόψεις επί του αιτήματος αυτού. Συνεπώς, αδικαιολόγητη τυγχάνει η σχετική διαμαρτυρία της αναθέτουσας αρχής, την οποία περιέλαβε στο υπ' αρ.πρωτ. ... έγγραφο διαβίβασης των απόψεων της για την απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής.

14. Επειδή, οι λόγοι δημοσίου συμφέροντος που προβάλλει η αναθέτουσα αρχή και για τους οποίους η προσφεύγουσα με το κατατεθέν ως άνω Υπόμνημά της προβάλλει ότι «μόνον πολύ επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος μπορούν να δικαιολογήσουν στάθμιση σε βάρος του ιδιώτη» και τέτοιοι λόγοι, κατά την προσφεύγουσα, δεν είναι ο κίνδυνος απώλειας της συγχρηματοδότησης, αναφέρονταν αποκλειστικά στο αίτημα της προσφεύγουσας περί λήψης προσωρινών μέτρων από την ΑΕΠΠ, ως προκύπτει από το έγγραφο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Ως εκ

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

τούτου ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας αλυσιτελώς προβάλλεται κατά την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής.

15. Επειδή, επί του πρώτου λόγου προσφυγής, που αφορά στον όρο 2.2.6.1. Α2. της διακήρυξης, που αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Κατά τον όρο αυτό της διακήρυξης ορίζεται ότι «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 (2017, 2018, 2019), να έχουν εκτελέσει ορθώς:..... Α2) Ειδικά για τα τρόφιμα σε ψύξη, σύμβαση ή συμβάσεις και βεβαίωση ή βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, με αντισυμβαλλόμενο δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, από τις οποίες να προκύπτει πως ο υποψήφιος ανάδοχος έχει ολοκληρώσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2017-2018-2019) και έως την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσης, την παράδοση ποσότητας τουλάχιστον ίσης ή μεγαλύτερης από την αναφερόμενη στην παρούσα διακήρυξη: α) νωπών κρεάτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης υπό κενό αέρος (*vacuum*) και σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης, β) νωπών τυροκομικών σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης υπό κενό αέρος (*vacuum*) ή σε περιέκτες τύπου *tapet* και σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης, και γ) νωπών φρούτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης τοποθετημένων σε διάτρητο περιέκτη ή σε δίχτυ, ή σε κουπάκι και σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης....». Σύμφωνα με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, οι οποίες αποτελούν Παράρτημα της εξεταζόμενης διακήρυξης, α) για το νωπό βόειο κρέας απαιτείται συσκευασία 1.000 γραμ. \pm 10% (σελ. 101 της διακήρυξης), β) για το νωπό χοιρινό απαιτείται συσκευασία 500 γραμ. \pm 10% (σελ. 104 της διακήρυξης), γ) για τη φέτα ΠΟΠ απαιτείται συσκευασία 450 γραμμαρίων (σελ.

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

107 της διακήρυξης), δ) για τη γραβιέρα ΠΟΠ απαιτείται συσκευασία 250 γραμ. (σελ. 110 της διακήρυξης), ε) για το τυρί ημίσκληρο μπορεί να κυμαίνεται από 400 γραμ. (σελ. 112 της διακήρυξης), στ) για τα ακτινίδια απαιτείται συσκευασία που να περιέχει 9-12 ακτινίδια και συνολικό καθαρό βάρος 1 kg. \pm 1% (σελ. 114 της διακήρυξης), ζ) για τα μήλα απαιτείται συσκευασία που να περιέχει 10-12 τεμάχια, το βάρος κάθε μήλου κατ' ελάχιστο 150 gr και συνολικό βάρος περίπου 2 kg \pm 1% (σελ. 117 της διακήρυξης), η) για τις μπανάνες απαιτείται συσκευασία 1kg και κάθε προσυσκευασία θα περιέχει 5 - 6 τεμάχια και το συνολικό καθαρό βάρος 2,0 κιλά \pm 10% (σελ. 120 της διακήρυξης), θ) για τα αχλάδια απαιτείται συσκευασία 1kg \pm 1% και κάθε προσυσκευασία θα περιέχει 9-11 τεμάχια και το βάρος κάθε αχλαδιού θα είναι κατ' ελάχιστον 90 gr (σελ. 122 της διακήρυξης) και ι) για τα πορτοκάλια απαιτείται συσκευασία 2kg \pm 1% και κάθε προσυσκευασία θα περιέχει 14 τεμάχια και το βάρος κάθε πορτοκαλιού θα είναι κατ' ελάχιστον 150 gr (σελ. 122 της διακήρυξης). Προς διευκρίνιση του ανωτέρω όρου της διακήρυξης η συμμετέχουσα στην προσφεύγουσα ένωση εταιρίας «...» υπέβαλε ερώτημα στην αναθέτουσα αρχή με το εξής περιεχόμενο «*Ειδικά για τα τρόφιμα σε ψύξη, σύμβαση ή συμβάσεις και βεβαίωση ή βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, με αντισυμβαλλόμενο δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, από τις οποίες να προκύπτει πως ο υποψήφιος ανάδοχος έχει ολοκληρώσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2017-2018-2019) και έως την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσης, την παράδοση ποσότητας τουλάχιστον ίσης ή μεγαλύτερης από την αναφερόμενη στην παρούσα διακήρυξη: α) νωπών κρεάτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης υπό κενό αέρος (vacuum) και σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης, β) νωπών τυροκομικών σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης υπό κενό αέρος (vacuum) ή σε περιέκτες τύπου taper και σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης, και γ) νωπών φρούτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης*

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

τοποθετημένων σε διάτρητο περιέκτη ή σε δίκτυ, ή σε κουπάκι και σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης». Παρακαλούμε να μας διευκρινίσετε τι εννοείτε με τον όρο «σε βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσης». Εννοείται το συνολικό βάρος που προκύπτει από την ποσότητα του είδους σε συνδυασμό με την συσκευασία ή κάτι άλλο; Καθώς η απαίτηση, πιθανόν, αναφοράς στις συμβάσεις, συσκευασιών με συγκεκριμένο βάρος, είναι πρακτικά αδύνατο να καλυφθεί, αφού ο κάθε πελάτης, είτε ιδιωτικός είτε δημόσιος φορέας, παραγγέλλει διαφορετικού βάρους συσκευασίες ανάλογα με τις ανάγκες του και εν τέλει το βάρος δεν εξυπηρετεί σε τίποτα την απόδειξη ικανότητας του φορέα να παραδίδει προμήθειες με τον ορθό τρόπο». Επί του ανωτέρω ερωτήματος η αναθέτουσα αρχή απάντησε με το αρ. πρωτ. ... έγγραφό της την 1/10/2020, ως εξής: «Σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» και το Παράρτημα Α «Αντικείμενο Προμήθειας-Τεχνικές Προδιαγραφές» της Διακήρυξης με ΑΑ ΕΣΗΔΗΣ ... και για την πλήρη αποσαφήνιση των προδιαγραφών, παραθέτουμε τα αποδεκτά βάρη των προϊόντων τα οποία περιλαμβάνονται στα ζητούμενα στην εν λόγω Διακήρυξη με ΑΑ ΕΣΗΔΗΣ ..., αλλά και σε πληθώρα λοιπών παρόμοιων πρόσφατων διακηρύξεων.

1. Βόειο 1kg, $\pm 10\%$, σε συσκευασία υπό κενό αέρος (vacuum).
2. Χοιρινό 1kg/500g, $\pm 10\%$, σε συσκευασία υπό κενό αέρος (vacuum).
3. Φέτα ΠΟΠ 1kg/500g/400g, $\pm 10\%$, σε συσκευασία υπό κενό αέρος ή τάπερ.
4. Γραβιέρα ΠΟΠ 500g/300g/250g, $\pm 10\%$, σε συσκευασία υπό κενό αέρος.
5. Τυρί ημίσκληρο 1kg/500g/400g, $\pm 10\%$, σε συσκευασία υπό κενό αέρος.
6. Ακτινίδια 1kg, $\pm 10\%$, σε αεριζόμενο πλαστικό κουπάκι.
7. Μήλα 2kg/1kg, $\pm 10\%$, σε αεριζόμενο πλαστικό περιέκτη.
8. Μπανάνες 2kg/1kg, $\pm 10\%$, σε αεριζόμενο πλαστικό περιέκτη.

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

9. *Αχλάδια 2kg/1kg, \pm 10%, σε αεριζόμενο πλαστικό περιέκτη.*

10. *Πορτοκάλια 2kg/1kg, \pm 10%, σε διχτάκι.».*

Συναφής διευκρίνιση εμπεριέχεται στα απαντητικά έγγραφα της αναθέτουσας αρχής με αρ. πρωτ. ..., ..., ..., όλα αναρτηθέντα στο ΕΣΗΔΗΣ την 1-10-2020. Καταρχάς με τις χορηγηθείσες αυτές διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνεται μόνον το περιεχόμενο του ανωτέρω 2.2.6.1. Α2. της διακήρυξης, αλλά ουσιαστικά συμπληρώνεται και διευρύνονται τα αποδεκτά βάρη κατά τρόπο λεπτομερή και εξειδικευμένο και υπό την έννοια αυτή συνιστά πράξη εκτελεστή εντασσόμενη στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού την 1-10-2020, ότε και έκτοτε συνάγεται η πλήρης γνώση της προσφεύγουσας για τον υπολογισμό της έναρξης της προθεσμίας άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, η οποία κατά τούτο εμπροθέσμως ασκήθηκε. Περαιτέρω, μετ' εννόμου συμφέροντος, προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος προβάλλεται από την προσφεύγουσα ο σχετικός λόγος προσφυγής, αφού η προσφεύγουσα τεκμηριώνει με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς της βλάβη, η οποία συνίσταται στο γεγονός ότι, ενώ οι συμμετέχουσες στην προσφεύγουσα ένωση τρεις εταιρίες πραγματοποιούν παραδόσεις ποσοτήτων κρεάτων ίσων ή μεγαλύτερων των συνολικά ζητούμενων ανά είδος, εντούτοις οι παραδόσεις αυτές δεν αφορούν αποκλειστικά σε συσκευασίες ωσάν αυτές που διευκρινίστηκαν ανωτέρω και εξ αυτού του λόγου η συμμετοχή τους καθίσταται αδύνατη. Περαιτέρω, επί της ουσιαστικής βασιμότητας του εξεταζόμενου πρώτου λόγου προσφυγής κρίνονται τα ακόλουθα: Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να καθορίζουν κριτήρια ποιοτικής επιλογής των διαγωνιζομένων, που μπορεί να περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με τις τεχνικές ικανότητες των οικονομικών φορέων, όπως η προηγούμενη εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων. Τα ειδικότερα, όμως, κριτήρια που τίθενται, αναφορικά με το ζητούμενο επίπεδο εμπειρίας, πρέπει να είναι αντικειμενικά, ήτοι να αφορούν εξίσου όλους τους ενδιαφερομένους, να δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους και να είναι διατυπωμένα κατά

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

τρόπο ώστε να εξυπηρετούν το σκοπό για τον οποίο τέθηκαν. Σε κάθε περίπτωση, οι σχετικοί περιορισμοί πρέπει να είναι πρόσφοροι για την υλοποίηση του σκοπού που επιδιώκουν και να μην υπερβαίνουν το αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού μέτρο, αφού διαφορετικά παρεμποδίζεται δυσανάλογα το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, που εντάσσεται στους επιδιωκόμενους από τους κοινοτικούς κανόνες σκοπούς (πρβλ. σχετ. ΔΕΚ αποφάσεις της 19.5.2009, C-538/07, Assitur και της 16.12.2008, C-213/07, Μηχανική). Κατά την εξεταζόμενη διακήρυξη, οι ποσότητες που απαιτείται συγκεκριμένα να αποδείξει ο συμμετέχων ότι παρέδωσε την τελευταία ζετία, σε συνδυασμό με τις αποδεκτές συσκευασίες και βάρη, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ανέρχονται σε 422.574 κιλά συσκευασίας vacuum όσον αφορά τα νωπά κρέατα, σε 615.372 κιλά συσκευασίας vacuum και τάπερ όσον αφορά τα νωπά τυροκομικά και σε 1.248.498 κιλά συσκευασίας διχτάκι-κουπάκι-πλαστικός περιέκτης όσον αφορά τα νωπά φρούτα. Ωστόσο, η απαίτηση της διακήρυξης μετά των σχετικών διευκρινίσεων αυτής οι ανωτέρω συνολικές ποσότητες να έχουν παραδοθεί για μεν το κρέας (422.574 κιλά) σε συσκευασίες αποκλειστικά του ενός ή του μισού κιλού, για δε τα φρούτα (1.248.498 κιλά) σε συσκευασίες αποκλειστικά των δύο ή του ενός κιλού και για τα τυροκομικά (615.372 κιλά) σε συσκευασίες αποκλειστικά ενός κιλού/500 γραμμαρίων/τετρακοσίων γραμμαρίων/τριακοσίων γραμμαρίων και/250 γραμμαρίων δεν στηρίζεται σε αντικειμενικά κριτήρια, διότι δεν δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. Συγκεκριμένα, κανένας αντικειμενικός λόγος δεν δικαιολογεί τον αποκλεισμό από το διαγωνισμό ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα που να έχει εκτελέσει ορθώς την παράδοση 422.574 κιλών νωπού κρέατος ή και περισσότερων σε συσκευασίας vacuum των π.χ. 250 γραμμαρίων ή του 1,5 κιλού ή των 3 κιλών ή των 50 κιλών, αντιστοίχως δε και για τα τυροκομικά και για τα φρούτα. Αφής στιγμής ο οικονομικός φορέας έχει τη δυνατότητα να τεμαχίσει (όπου απαιτείται) και να

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

συσκευάσει το κρέας, το τυρί και τα φρούτα στην εκάστοτε ζητούμενη από τη διακήρυξη ποσότητα, η προσβαλλόμενη απαίτηση τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ως ορίστηκε λειτουργεί τόσο περιοριστικά, ώστε κατ' ουσίαν παραβιάζεται η κατοχυρωμένη στο άρθρο 18 του νόμου 4412/2016 αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων. Σε κάθε περίπτωση, ο συγκεκριμένος όρος, ως αυτός μάλιστα διευκρινίστηκε, βαίνει πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, παρεμποδίζοντας δυσανάλογα το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό και πλήττει εξ αρχής το δικαίωμα συμμετοχής και την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων στο διαγωνισμό, σε κάθε περίπτωση πλήττει το αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού μέτρο, παραβιάζοντας την αρχή της αναλογικότητας. Υπό τα δεδομένα αυτά δεκτός κρίνεται ο πρώτος λόγος προσφυγής και η εξεταζόμενη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που απαιτεί οι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης προηγούμενων ομοειδών συμβάσεων να αφορούν σε ποσότητες αποκλειστικά με αποδεκτά βάρη ανάλογα με τα αναφερόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και τις παρασχεθείσες με αρ. πρωτ. ... διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής.

16. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου προσφυγής, που αφορά στην απαίτηση οι προσκομισθείσες προηγούμενες συμβάσεις μεταξύ του συμμετέχοντος οικονομικού και ιδιωτών να είναι θεωρημένες από την αρμόδια εφορία, λεκτέα είναι τα εξής: Κατά τον ως άνω όρο 2.2.6.1. της διακήρυξης υπό τον τίτλο 'Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα' ορίζεται ότι «Προς απόδειξη των ανωτέρω, οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους, επί ποινή αποκλεισμού, τα ακόλουθα δικαιολογητικά: A-1) Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία περιλαμβάνεται κατάλογος ειδών, σύμφωνα με το παρακάτω υπόδειγμα: Σύμβαση (Αριθμός & Ημερομηνία):

α/α	Είδος	Μονάδα	Ποσότητα
-----	-------	--------	----------

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

1	Π.χ. κρέμα δημητριακών, κρέμα ρυζάλευρο, κ.λπ.	Π.χ. κιλό, τεμάχια, συσκευασίες κ.λπ.	
---	--	---------------------------------------	--

A-2) Αντίγραφο των εν λόγω συμβάσεων. A-3) 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 δραστηριοποίησης για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών (3) ετών, ισχύει αναλόγως το ανωτέρω. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων που υποβάλλει κοινή προσφορά, η ανωτέρω απαίτηση καλύπτεται αθροιστικά από όλα τα μέλη της ένωσης.». Το μέλος της προσφεύγουσας ένωσης «...» υπέβαλε σχετικό ερώτημα προς διευκρίνιση στην αναθέτουσα αρχή στις 16-9-2020 με το εξής περιεχόμενο ««ΕΡΩΤΗΜΑ 1. Σύμφωνα με την παρ. 2.2.6.1 της Διακήρυξης και όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν εκτελέσει δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών τροφίμων, ενώ παρακάτω προσδιορίζονται τα δικαιολογητικά που πρέπει να υποβληθούν προς απόδειξη αυτού του όρου. Ειδικότερα όσον αφορά την εκτέλεση προμηθειών με αντισυμβαλλόμενο ιδιωτικό φορέα παρακαλώ διευκρινίστε τα ακόλουθα: Σύμφωνα με τη διακήρυξη (σελ. 40, A-3) απαιτείται, μεταξύ άλλων, βεβαίωση εκδοθείσα και θεωρηθείσα από τον ιδιωτικό φορέα. Τι εννοείτε με τον όρο «θεωρηθείσα»; Επιπλέον, η ανωτέρω βεβαίωση θα πρέπει να συνοδεύεται από παραστατικά, ήτοι δελτία αποστολής και τιμολόγια. Δεδομένου του μεγάλου όγκου των εν λόγω παραστατικών, ειδικά όταν πρόκειται για καθημερινές παραδόσεις, είναι εφικτή, εναλλακτικά, η προσκόμιση υπογεγραμμένων εκτυπώσεων από το λογιστικό σύστημα του οικονομικού

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

φορέα, όπου αποτυπώνονται αναλυτικά οι παραδόσεις ανά ημέρα και πελάτη, σε είδος και σε χρήμα. Επίσης απαιτούνται αντίγραφα των σχετικών συμβάσεων (σελ. 40, Α-2), ενώ ως γνωστόν όταν πρόκειται για ιδιωτικούς φορείς δεν υπογράφονται συμβάσεις μεταξύ τους και άρα η προσκόμιση ενός τέτοιου δικαιολογητικού είναι εφικτή μόνο σε περίπτωση σύμβασης με Δημόσια Αρχή. Συνεπώς, τι δικαιολογητικό θα πρέπει να προσκομιστεί αντί αντιγράφων συμβάσεων, στις περιπτώσεις παραδόσεων-προμηθειών σε ιδιωτικούς φορείς;». Επ' αυτού η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθμ. οικ. ... έγγραφο της απάντησε ως εξής: «ΑΠΑΝΤΗΣΗ 1.Σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.6 «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» της Διακήρυξης με ΑΑ ΕΣΗΔΗΣ ..., η βεβαίωση θα πρέπει να φέρει την υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου του ιδιωτικού φορέα, σφραγίδα του νομικού προσώπου και να συνοδεύεται από τα αντίστοιχα παραστατικά (δελτία αποστολής και τιμολόγια), ενώ τα αντίστοιχα αντίγραφα συμβάσεων ή συμφωνητικών θα πρέπει να είναι θεωρημένα από την αρμόδια εφορία». Συναφής διευκρίνιση εμπεριέχεται στα απαντητικά έγγραφα της αναθέτουσας αρχής με αρ. πρωτ. ... και ..., όλα αναρτηθέντα στο ΕΣΗΔΗΣ την 1-10-2020. Καταρχάς με τη διευκρίνιση αυτή δεν επιβεβαιώνεται μόνον το περιεχόμενο του ανωτέρω 2.2.6.1. της διακήρυξης, αλλά προστίθεται απαίτηση που δεν διαλήφθηκε με τη διακήρυξη, ήτοι τα αντίγραφα συμβάσεων ή συμφωνητικών μεταξύ του οικονομικού φορέα και των ιδιωτών να είναι θεωρημένα από την αρμόδια εφορία και υπό την έννοια αυτή συνιστά πράξη εκτελεστή εντασσόμενη στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού την 1-10-2020, ότε και έκτοτε συνάγεται η πλήρης γνώση της προσφεύγουσας για τον υπολογισμό της έναρξης της προθεσμίας άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, η οποία κατά τούτο εμπροθέσμως ασκήθηκε. Περαιτέρω, μετ' εννόμου συμφέροντος, προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος προβάλλεται από την προσφεύγουσα ο σχετικός λόγος προσφυγής, αφού η προσφεύγουσα τεκμηριώνει με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς της βλάβη, η οποία

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

συνίσταται στο γεγονός ότι εκ του προσβαλλόμενου αυτού όρου αποκλείεται η συμμετοχή της. Περαιτέρω, επί της ουσιαστικής βασιμότητας του εξεταζόμενου δεύτερου λόγου προσφυγής κρίνονται τα ακόλουθα: Σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ. 16 εδ. α του ν. 1882/1990 υπό τον τίτλο "Μέτρα για την περιστολή της φοροδιαφυγής κλπ" ορίζεται ότι «*Συμφωνητικά που καταρτίζονται μεταξύ επιτηδευματιών ή τρίτων για οποιανδήποτε συναλλαγή θεωρούνται μέσα σε δέκα (10) ημέρες από της ημερομηνίας καταρτίσεως και υπογραφής από την αρμόδια Δ.Ο.Υ., άλλως είναι ανίσχυρα και δεν έχουν κανένα έννομο αποτέλεσμα.*». Ωστόσο, με τις με αρ. 1698/2001 και 90/2005 ενδεικτικά αναφερόμενες δύο αποφάσεις του Αρείου Πάγου έχει κριθεί ότι οι διατάξεις αυτές σκοπό έχουν την περιστολή της φοροδιαφυγής. Έτσι, ενόψει του επιδιωκόμενου με τη διάταξη σκοπού, η θεσπιζόμενη για την παράβασή της κύρωση πρέπει, παρά τη γενικότητα με την οποία διατυπώνεται, να περιοριστεί σε μόνα τα συμφωνητικά που αφορούν συναλλαγές ανάμεσα σε επιτηδευματίες ή ανάμεσα σε αυτούς και τρίτους, από τις οποίες πηγάζουν φορολογητέα εισοδήματα των επιτηδευματιών τούτων και μόνο έναντι της φορολογικής αρχής, χωρίς η ακυρότητα να επεκτείνεται μεταξύ των συμβαλλομένων. Συνεπώς, δεν καθιερώνεται γενικώς το ανίσχυρο αυτών των συμβάσεων που δεν έχουν κατατεθεί στην εφορία. Η απαίτηση της διακήρυξης, οι συμβάσεις που θα προσκομισθούν μεταξύ του οικονομικού φορέα και των ιδιωτών να είναι θεωρημένες από την εφορία, δεν συνιστά στοιχείο νομιμότητας αυτών των συμβάσεων κατά τα ανωτέρω, και κατά συνέπεια βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου, αφού δεν προκύπτει ότι η απαίτηση αυτή είναι συνδεδεμένη και ανάλογη ως προς τη φύση της με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Περαιτέρω περιορίζει τη συμμετοχή μικρομεσαίων επιχειρήσεων και κατ' ακολουθία την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, αφού, όταν πρόκειται για ιδιωτικούς φορείς είθισται, με βάση και τα διδάγματα της κοινής πείρας, να μην συνάπτονται συμβάσεις, αλλά η συμβατική σχέση να ερείδεται στα δελτία

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

αποστολής και τιμολόγια, τα οποία, άλλωστε, το ως άνω σχετικό άρθρο της διακήρυξης και απαιτεί. Υπό τα δεδομένα αυτά δεκτός κρίνεται ο πρώτος λόγος προσφυγής και η εξεταζόμενη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που απαιτεί τα αντίγραφα συμβάσεων ή συμφωνητικών να είναι θεωρημένα από την αρμόδια εφορία.

17. Επειδή, επί του τρίτου λόγου προσφυγής, που αφορά στην απαίτηση να κατατεθούν δελτία αποστολής και τιμολόγια, λεκτέα είναι τα εξής: Κατά τον ως άνω όρο 2.2.6.1. της διακήρυξης υπό τον τίτλο 'Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα' ορίζεται ότι «Προς απόδειξη των ανωτέρω, οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους, επί ποινή αποκλεισμού, τα ακόλουθα δικαιολογητικά: Α-1) Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία περιλαμβάνεται κατάλογος ειδών, σύμφωνα με το παρακάτω υπόδειγμα: Σύμβαση (Αριθμός & Ημερομηνία):

<i>/α</i>	<i>Είδος</i>	<i>Μονάδα</i>	<i>Ποσότητα</i>
1	<i>Π.χ. κρέμα δημητριακών, κρέμα ρυζάλευρο, κ.λπ.</i>	<i>Π.χ. κιλό, τεμάχια, συσκευασίες κ.λπ.</i>	

Α-2) Αντίγραφο των εν λόγω συμβάσεων. Α-3) 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 δραστηριοποίησης για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών (3) ετών, ισχύει αναλόγως το ανωτέρω. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων που υποβάλλει κοινή προσφορά, η ανωτέρω απαίτηση καλύπτεται αθροιστικά από όλα τα μέλη της ένωσης.». Η απάντηση που δόθηκε από την αναθέτουσα αρχή

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

την 1-10-2020 με το υπ' αριθμ. ... έγγραφό της, έχει ως εξής: «ΑΠΑΝΤΗΣΗ 1.Σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.6 «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» της Διακήρυξης με ΑΑ ΕΣΗΔΗΣ ..., η βεβαίωση θα πρέπει να φέρει την υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου του ιδιωτικού φορέα, σφραγίδα του νομικού προσώπου και να συνοδεύεται από τα αντίστοιχα παραστατικά (δελτία αποστολής και τιμολόγια), ενώ τα αντίστοιχα αντίγραφα συμβάσεων ή συμφωνητικών θα πρέπει να είναι θεωρημένα από την αρμόδια εφορία». Συναφής διευκρίνιση εμπεριέχεται στα απαντητικά έγγραφα της αναθέτουσας αρχής με αρ. πρωτ. ..., ... και ..., όλα αναρτηθέντα στο ΕΣΗΔΗΣ την 1-10-2020. Καταρχάς μετ' εννόμου συμφέροντος, προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος προβάλλεται από την προσφεύγουσα ο σχετικός λόγος προσφυγής, αφού η προσφεύγουσα τεκμηριώνει με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς της βλάβη, η οποία συνίσταται στο γεγονός ότι η συμμετοχή της καθίσταται δυσχερής εξαιτίας του μεγάλου όγκου δελτίων αποστολής και τιμολογίων που οφείλει, κατά τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης, να προσκομίσει. Περαιτέρω, επί της ουσιαστικής βασιμότητας του εξεταζόμενου δεύτερου λόγου προσφυγής κρίνονται τα ακόλουθα: Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι προς αποφυγή συγκέντρωσης από τους συμμετέχοντες τεραστίου όγκου δελτίων αποστολής και τιμολογίων, αφού τα εν λόγω παραστατικά αφορούν σε καθημερινές παραδόσεις, είναι εφικτή εναλλακτικά η προσκόμιση υπογεγραμμένων εκτυπώσεων από το λογιστικό σύστημα του οικονομικού φορέα, όπου αποτυπώνονται αναλυτικά οι παραδόσεις ανά ημέρα και πελάτη, σε είδος και σε χρήμα. Ωστόσο, αυτός ο ισχυρισμός προβάλλεται αορίστως και αναπόδεικτα. Τούτο διότι, εάν ως υπογεγραμμένες εκτυπώσεις από το λογιστικό σύστημα του οικονομικού φορέα η προσφεύγουσα εννοεί τις καρτέλες πελατών, τότε σε αυτές δεν εμφανίζεται το είδος που παραδίδεται και συνεπώς ενδεχομένως να αφορούν και σε παραδόσεις ειδών άλλων από τα ζητούμενα με την εξεταζόμενη διακήρυξη. Εάν η προσφεύγουσα δεν εννοεί τις καρτέλες πελατών, αλλά κάτι

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

άλλο, αυτό δεν το προσδιορίζει ούτε αποδεικνύει τη με ίδιο τρόπο πλήρωση της σχετικής απαίτησης της διακήρυξης. Ο δε ειδικότερος ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η προσκόμιση των δελτίων αποστολής και των τιμολογίων από τους συμμετέχοντες είναι αλυσιτελής διότι «είναι απίθανο η αναθέτουσα αρχή να ελέγξει έναν τόσο μεγάλο όγκο δικαιολογητικών» αφενός προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος και αφετέρου να συνιστά λόγο ακύρωσης του σχετικού όρου της διακήρυξης και ως εκ τούτου κρίνεται απορριπτέος. Ομοίως, ο ειδικότερος ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ένας τόσο μεγάλος όγκος δικαιολογητικών είναι ενδεχομένως αν όχι μετά βεβαιότητας και τεχνικά αδύνατον να φορτωθεί στο σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ ουδόλως αποδεικνύεται από την προσφεύγουσα με την προσκόμιση π.χ. σχετικής βεβαίωσης από την εποπτεύουσα το ΕΣΗΔΗΣ υπηρεσία και γι' αυτό κρίνεται απορριπτέος. Υπό τα δεδομένα αυτά απορριπτέος κρίνεται ο τρίτος λόγος προσφυγής.

18. Επειδή, έτι περαιτέρω ο συνδυασμός των απαιτήσεων της διακήρυξης ο συμμετέχων να αποδείξει ότι παρέδωσε πολύ μεγάλες ποσότητες των συγκεκριμένων προϊόντων, με την επίκληση συσκευασιών μόνο πολύ μικρού βάρους και αυτό να το αποδείξει όσον αφορά τις συναλλαγές του με τον ιδιωτικό τομέα με συμβάσεις, δελτία αποστολής και τιμολόγια τα οποία κατά βάση αναγράφουν τις παραδοθείσες ποσότητες συνολικά σε κιλά χωρίς να διευκρινίζεται αν π.χ. μία ποσότητα 15 κιλών έχει παραδοθεί σε συσκευασίες vacuum 1 κιλού κλπ κατατείνει στον περαιτέρω αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού.

19. Επειδή, επί του τέταρτου λόγου προσφυγής, που αφορά στην παραβίαση της αρχής της μυστικότητας εκ του λόγου ότι η αναθέτουσα αρχή τις εκδοθείσες διευκρινιστικές απαντήσεις τις απηύθυνε ειδικά προς συγκεκριμένο έκαστο των ενδιαφερομένων αντί να τις απευθύνει γενικά προς κάθε ενδιαφερόμενο, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Κατά την παρ. 2 του άρθρου 67 του ν.4412/2016 ορίζονται τα εξής «2. Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, οι

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

αναθέτουσες αρχές παρέχουν σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τις προδιαγραφές και οποιαδήποτε σχετικά δικαιολογητικά, το αργότερο έξι ημέρες πριν από τη λήξη της προθεσμίας που έχει οριστεί για την παραλαβή των προσφορών. Σε περίπτωση επισπευσμένης διαδικασίας, όπως αναφέρεται στην παρ. 3 του άρθρου 27 και στην παρ. 7 του άρθρου 28, η προθεσμία αυτή ανέρχεται σε τέσσερις (4) ημέρες.». Συναφώς, η εξεταζόμενη διακήρυξη με το όρο 2.1.3 διαλαμβάνει τα ακόλουθα «Τα σχετικά αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά, το αργότερο δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και απαντώνται αντίστοιχα, στο πλαίσιο της παρούσας, στη σχετική ηλεκτρονική διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, η οποία είναι προσβάσιμη μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr. Αιτήματα παροχής συμπληρωματικών πληροφοριών - διευκρινίσεων υποβάλλονται από εγγεγραμμένους στο σύστημα οικονομικούς φορείς, δηλαδή από εκείνους που διαθέτουν σχετικά διαπιστευτήρια που τους έχουν χορηγηθεί (όνομα χρήστη και κωδικό πρόσβασης) και απαραίτητα το ηλεκτρονικό αρχείο με το κείμενο των ερωτημάτων είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο. Αιτήματα παροχής διευκρινίσεων που υποβάλλονται είτε με άλλο τρόπο είτε το ηλεκτρονικό αρχείο που τα συνοδεύει δεν είναι ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο, δεν εξετάζονται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν, για οποιονδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα, δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο έξι (6) ημέρες πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών, β) όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται σημαντικές αλλαγές. Η διάρκεια της

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

παράτασης θα είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών ή των αλλαγών. Όταν οι πρόσθετες πληροφορίες δεν έχουν ζητηθεί έγκαιρα ή δεν έχουν σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών, δεν απαιτείται παράταση των προθεσμιών. Επίσης, σε περίπτωση τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, η οποία οφείλεται σε γεγονότα ανωτέρας βίας, και εφόσον η αδυναμία αυτή πιστοποιείται από την αρμόδια Δ/ση του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η Αναθέτουσα Αρχή, με αιτιολογημένη απόφασή της, λαμβάνει όλα τα απαιτούμενα μέτρα για την τήρηση του ελαχίστου διαστήματος για την υποβολή των προσφορών, κυρίως με μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών και με σχετική δημοσίευσή της, λαμβανομένου υπόψη του χρονικού διαστήματος κατά το οποίο υφίσταται η τεχνική δυσλειτουργία του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.». Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης προκύπτει ότι δεν ορίζεται συγκεκριμένος τρόπος απάντησης επί των διευκρινιστικών ερωτημάτων των εν δυνάμει συμμετεχόντων σε διαγωνισμό, πολλώ δε μάλλον απαράβατος. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι «... η αναθέτουσα αρχή παρέκκλινε από την προβλεπόμενη διαδικασία αφού εξέδωσε πολλές πράξεις τις οποίες μάλιστα, απηύθυνε συγκεκριμένα και ονομαστικά προς τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς. Με τον τρόπο αυτό ωστόσο, γνωστοποίησε σε όλους τα στοιχεία συγκεκριμένων οικονομικών φορέων που ήθελαν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό. Κατά την προβλεπόμενη από τον νόμο διαδικασία, τα στοιχεία των συμμετεχόντων αναρτώνται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (και επομένως γίνονται γνωστά σε όλους), ΜΕΤΑ από την κατάθεση των δικαιολογητικών και των οικονομικών προσφορών. Η γνώση των λοιπών ανθυποψηφίων, προ της υποβολής της οικονομικής προσφοράς, είναι δυνατόν να οδηγήσει σε στρεβλώσεις του ελεύθερου ανταγωνισμού αφού οι ενδιαφερόμενοι μπορούν να προχωρήσουν σε αθέμιτες συμφωνίες για τις οικονομικές προσφορές.». Υπό τα

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

ανωτέρω δεδομένα, ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας πρωτίστως προβάλλεται χωρίς έννομο συμφέρον, αφού δεν εξειδικεύει σε τι συνίσταται η δική της βλάβη από την ανωτέρω συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω, προβάλλεται αορίστως, αφού δεν εξειδικεύει ποια ακριβώς στοιχεία συγκεκριμένων οικονομικών φορέων, που ήθελαν να συμμετέχουν στο διαγωνισμό, γνωστοποίησε μη νόμιμα η αναθέτουσα αρχή, πως τα στοιχεία αυτά παραβίασαν την αρχή της μυστικότητας, πολλώ δε μάλλον που κατά το στάδιο αυτό δεν έχουν υποβληθεί εισέτι προσφορές, καθώς και τις αρχές της τυπικότητας και νομιμότητας και, τέλος, με ποιο τρόπο εξ αυτού του λόγου επήλθε στρέβλωση του ανταγωνισμού. Αν το ζητούμενο είναι η αποφυγή αθέμιτων συμφωνιών για τις οικονομικές προσφορές, και πάλι η προσφεύγουσα απρόσφορα και αναπόδεικτα προβάλλει το σχετικό ισχυρισμό, αφού δεν προβάλλει ούτε επικαλείται τέτοιες ενδείξεις. Υπό τα δεδομένα αυτά απορριπτέος κρίνεται ο τέταρτος λόγος προσφυγής.

20. Επειδή, όσον αφορά τον τελευταίο λόγο προσφυγής, σχετικά με την ασάφεια όρων της διακήρυξης, ενδεικτικά αναφερθείσών από την προσφεύγουσα των διευκρινιστικών απαντήσεων με αρ. 252425/16422, απάντηση 1, όπου οι προδιαγραφές δεν συμπίπτουν με τα ζητούμενα είδη π.χ. τοματοχυμός με προδιαγραφές τοματοπελτέ, με αρ.252804/16476, απάντηση 3 όπου η ερώτηση αφορούσε το ημίσκληρο τυρί και η απάντηση το τυρί ΦΕΤΑ ΠΟΠ, με αρ. 252454/16426, απάντηση 11, όπου το έγγραφο που γίνεται αποδεκτό από την αναθέτουσα, αφορά μόνο χλωροκαθαριστικά και όχι βιοκτόνες χλωρίνες όπως ορίζει η τεχνική προδιαγραφή για τις οποίες απαιτείται αρ. εγκρ.ΕΟΦ σύμφωνα με τον καν. ΕΕ 528/2012 και την 4616/52519/2016 ΚΥΑ, λεκτέα είναι τα εξής: Όντως οι ανωτέρω αναφερθείσες διευκρινιστικές απαντήσεις της αναθέτουσας αρχής σχετικά με το ημίσκληρο τυρί και τα χλωροκαθαριστικά δημιουργούν ασάφεια ως προς τα προμήθεια σχετικά είδη. Αναφορικά δε με τον τοματοχυμό η σχετική ασάφεια ήρθη με την υπ' αρ.πρωτ.

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

278775/16755/7-10-2020 νεώτερη διευκρινιστική απάντηση. Άλλωστε, και η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθείσες απόψεις δεν αρνείται το γεγονός των επιμέρους ασαφειών επί των προσφερομένων ειδών. Οι ασάφειες, όμως, επί των τεχνικών προδιαγραφών των ζητούμενων ειδών στοιχειοθετούν έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για την προσβολή τους, αφής στιγμής την εμποδίζουν να συντάξει άρθρα περί αυτών προσφορά. Ωστόσο, η κρίση του κλιμακίου της ΑΕΠΠ περιορίζεται αποκλειστικά και μόνον στις προαναφερθείσες στην παρούσα σκέψη ασάφειες για τον τοματοχυμό, το ημίσκληρο τυρί και τα χλωροκαθαριστικά, αν και η προσφεύγουσα με τον εκτεθέντα λόγο της επιδιώκει να καταγνωστεί με τον πέμπτο λόγο της γενικότερη ασάφεια σε πολλαπλές προδιαγραφές που καθιστούν τη διακήρυξη αόριστη, χωρίς, όμως να τις κατονομάζει με ειδικό τρόπο, πλην των ανωτέρω τριών ειδών (τοματοχυμός, ημίσκληρο τυρί και χλωροκαθαριστικά). Υπό τα δεδομένα αυτά, δεκτός ως βάσιμος κρίνεται ο πέμπτος λόγος προσφυγής και η προσβαλλόμενη διακήρυξη τυγχάνει ακυρωτέα όσον αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές για το ημίσκληρο τυρί και τα χλωροκαθαριστικά, όπως οι προδιαγραφές αυτές διευκρινίστηκαν με τη με αρ. 252804/16476 απάντηση 3 και με αρ. 252454/16426 απάντηση 11 αντίστοιχες διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής.

21. Επειδή, τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010· ΣτΕ ΕΑ 1089/2009· ΣτΕ 2951-52/2004· ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95).

22. Επειδή, κατόπιν όσων αναπτύχθηκαν στις σκέψεις 15, 16, 18 και 20 της παρούσας, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει

Αριθμός Απόφασης 1561/2020

δεκτή ως βάσιμη και η προσβαλλόμενη διακήρυξη μετά των με αρ. πρωτ. ..., ..., ..., ..., ... και οικ. ... διευκρινίσεων να ακυρωθούν.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο, ποσού 5.000,00€, πρέπει να επιστραφεί στην εταιρία «...», το με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο, ποσού 5.000,00€, πρέπει να επιστραφεί στην εταιρία «...» και το με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο, ποσού 5.000,00€, πρέπει να επιστραφεί στην εταιρία «...».

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. ... διακήρυξη μετά των με αρ. πρωτ. ..., ..., ..., ..., ... και ... παρασχεθεισών διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής.

Ορίζει την επιστροφή του με κωδικό ... ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 5.000,00€, στην εταιρία «...», την επιστροφή του με κωδικό ... ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 5.000,00€, στην εταιρία «...» και την επιστροφή του με κωδικό ... ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 5.000,00€, στην εταιρία «...».

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 13-11-2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 02-12-2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΚΑΤΣΑΡΟΥ ΜΑΡΙΑ