

Η

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

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Το 2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή (εισηγήτρια) και Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, συνεδρίασε σήμερα, 9 Ιανουαρίου 2018, στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει το αίτημα για Αναστολή και Λήψη Προσωρινών Μέτρων που σωρεύεται στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 354/14-12-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙ /56/14-12-2017 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» με δ.τ. «ΖΟΥΜΠΟΥΛΑΚΗΣ ΑΕ» (εφεξής προσφεύγουσα) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣ.....» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, κατ'ορθή επισκόπηση αυτής, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ'αριθ.απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, η οποία έκρινε οριστικά επί της πρώτης φάσης (δικαιολογητικά συμμετοχής-τεχνικές προσφορές) του διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού του Δήμουγια την προμήθεια γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου (αρ. Διακήρυξης:....., αρ. Συστήματος:.....) και με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και, αντίθετα, έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα

Επί της ανωτέρω προσφυγής ασκήθηκε η από 18-12-2017, με ΓΑΚ/ΑΕΠΠ 94/2017, παρέμβαση του οικονομικού φορέα, με την οποία η παρεμβαίνουσα αιτείται την επικύρωση της προσβαλλομένης απόφασης και την απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

1.Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, η οποία συμμετέχει στο διαγωνισμό με Α/Α 42758, κατέβαλε παράβολο συνολικού ποσού 600 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου), που αντιστοιχεί στο κατώτερο όριο νομίμου παραβόλου, δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του διαγωνισμού για το τμήμα 1 ανέρχεται σε ποσό 93.000 Ευρώ μη συμπ/νου ΦΠΑ 24%. Το εν λόγω παράβολο πληρώθηκε και αφού ελέγχθηκε, δεσμεύτηκε από την ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την από 14-12-2017 Βεβαίωσή της.

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

3. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως στις 11-12-2017, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η τελευταία ημέρα της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας άσκησης της προσφυγής έληγε στις 11-12-2017 δεδομένου ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 1-12-2017 οπότε αυτή αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου διενεργείται (ηλεκτρονικά) ο διαγωνισμός και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 11-12-2017 και κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π στις 13-12-2017.

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

5. Επειδή, με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα προβάλλει ότι: (Α' λόγος της προσφυγής-α' σκέλος): η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλομένη ως άνω απόφαση δεν έπρεπε να απορρίψει την προσφορά της λόγω της δήθεν μη απόδειξης της τεχνικής-επαγγελματικής της ικανότητας σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6. της διακήρυξης, το οποίο απαιτούσε την προσκόμιση και

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

απόδειξη της υπογραφής και επιτυχούς εκτέλεσης συμβάσεων προμήθειας γάλακτος στο δημόσιο ή σε φορείς αυτούς ποσού ανώτερου των 200.000 Ευρώ κατά τα τελευταία δύο έτη (2015-2016) και τούτο για τους ακόλουθους λόγους: 1. Η προσφεύγουσα προσκόμισε βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης τριών συμβάσεων σε φορείς του δημοσίου ποσού 1.477, 929,56 Ευρώ, σύμφωνα με τη διακήρυξη, πλην, όμως η προσφορά της απερρίφθη με την αιτιολογία ότι αυτές οι συμβάσεις αφορούσαν γάλα εβαπορέ και όχι φρέσκο γάλα. 2. Η προσβαλλομένη έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τη διακήρυξη, η οποία έκανε λόγο για προσκόμιση και απόδειξη της υπογραφής/καλής εκτέλεσης συμβάσεων προμήθειας γάλακτος, χωρίς να εξειδικεύει το είδος του γάλακτος. 3. Κατά παγία νομολογία, τυχόν ασάφειες της διακήρυξης και η εξ αυτών δημιουργούμενη αμφισημία όρου τινός αυτής δεν μπορεί να βαίνει σε βάρος του συνετού συμμετέχοντος 4. Περαιτέρω, ακόμα και αν ήθελε υποθεθεί ότι λόγω της ανωτέρω ασάφειας του σχετικού όρου της διακήρυξης η προσφεύγουσα δεν κατάλαβε το πραγματικό νόημα αυτής και πάλι αυτή έχει προσκομίσει και αποδείξει ότι έχει την σχετική εμπειρία και ικανότητα, όπως ρητώς προκύπτει από το έντυπο υπεύθυνης δήλωσης ειδικής εμπειρίας που αυτή έχει προσκομίσει με την προσφορά της. 5. Με την προσβαλλομένη παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων καθώς όλες σχεδόν οι βεβαιώσεις του οικονομικού φορέα Ζηνοβία Μίχου, πλην, μιας εξ αυτών, κάνουν λόγο για προμήθεια γάλακτος και όχι φρέσκου γάλακτος και από πουθενά αλλού δεν αποδεικνύεται σε τί είδους γάλα αναφέρονται αυτές οι βεβαιώσεις. 6. Σε κάθε περίπτωση η ερμηνεία που, εκ των υστέρων δόθηκε από την αναθέτουσα αρχή στον όρο 2.2.6., δεν συνάδει με το αντικείμενο του διαγωνισμού και επομένως, αυτή προσβάλλει την αρχή της ελευθερίας του ανταγωνισμού και την αρχή της αναλογικότητας, που διέπουν το δίκαιο των συμβάσεων. (Α' λόγος προσφυγής-β' σκέλος): Επίσης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της με την αιτιολογία ότι δεν προσκόμισε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά που να αποδεικνύουν την εμπειρία της κατά τα τελευταία δύο έτη 2015-2016, ως προέβλεπε η διακήρυξη, δεδομένου ότι ως νέα επιχείρηση με λειτουργία μικρότερη της τριετίας μπορούσε νομίμως να προσκομίσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά για το χρονικό διάστημα που διαθέτει τα εν λόγω προϊόντα. Εξάλλου έχει κριθεί νομολογιακά ότι, προς τον σκοπό ενίσχυσης της επιχειρηματικότητας μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων, επιχειρήσεις με λιγότερο από τρία έτη λειτουργίας ή που διαθέτουν τα ζητούμενα από τη διακήρυξη προϊόντα για διάστημα μικρότερο των τριών ετών, δεν

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

αποκλείονται και μόνο εξ αυτού του λόγου από τον διαγωνισμό αλλά δύνανται να προσκομίσουν κατάλογο παραδόσεων μόνο για το αντίστοιχο διάστημα που λειτουργούν ή διαθέτουν τα προϊόντα (Β' λόγος της προσφυγής- α' σκέλος): Η προσφορά του οικονομικού φορέα έπρεπε να απορριφθεί για τους ακόλουθους δύο λόγους: 1. Κατά παράβαση του όρου 2.4.3.2. της διακήρυξης, ο ανωτέρω οικονομικός φορέας δεν έχει καταθέσει τεχνική προσφορά από την οποία να προκύπτει πώς πληρούνται οι απαιτήσεις και προδιαγραφές της διακήρυξης και μελέτης. Στα δε έγγραφα των τεχνικών προδιαγραφών για το πλήρες και ελαφρύ γάλα δεν αναφέρει τις προδιαγραφές που απαιτούνται από την 18/2017 Μελέτη. (Β' λόγος της προσφυγής- β' σκέλος):2. Κατά παράβαση του άρθρου 2.2.9.1 της διακήρυξης, το ΕΕΣ της εταιρείας που προσκόμισε ο οικονομικός φορέας, προς απόδειξη δάνειας εμπειρίας, δεν φέρει ψηφιακή υπογραφή.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, καθώς αυτή, συμμετέχει στον υπό κρίση διαγωνισμό και έχει υποβάλλει προσφορά (.....) στο Τμήμα 1, για το οποίο ασκείται η υπό κρίση προσφυγή κι επομένως, η προσφεύγουσα έχει συμφέρον να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και περαιτέρω, ενδέχεται, εξ αυτού του λόγου, να υποστεί ζημία σε περίπτωση παρανομίας των προσβαλλόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής. Σημειώνεται ότι στο τμήμα 1 του διαγωνισμού, στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή και στο οποίο υπέβαλλε προσφορά η προσφεύγουσα, υποβλήθηκαν συνολικά τρεις προσφορές. Μετά την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και του οικονομικού φορέα, στο διαγωνισμό συνεχίζει μόνο ο οικονομικός φορέας

7. Επειδή, η ασκηθείσα παρέμβαση υποβλήθηκε νομίμως, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου και εμπροθέσμως την 18η-12-2017, δεδομένου ότι η ασκηθείσα προσφυγή κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 14-12-2017 στους θιγόμενους τρίτους. Η παρέμβαση ασκείται με έννομο συμφέρον αφού η παρεμβαίνουσα, στην οποία κατακυρώθηκε ο υπό κρίση διαγωνισμός, θίγεται από την υπό κρίση προσφυγή.

8. Επειδή, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι: 1. Ο προσβαλλόμενος όρος 2.2.6. της διακήρυξης αναφέρεται σε φρέσκο γάλα και όχι οποιοδήποτε γάλα όπως προκύπτει από την ερμηνεία του υπό το πρίσμα του αντικειμένου της σύμβασης 2.Η

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

υποβληθείσα προσφορά της είναι απολύτως σύμφωνη με τη διακήρυξη και τις τεχνικές προδιαγραφές αυτής καθώς και της Μελέτης, όπως προκύπτει από την επισκόπηση των σχετικών εγγράφων που είναι αναρτημένα στο ΕΣΗΔΗΣ και ξαναπροσκομίζει η παρεμβαίνουσα 3. Το προσκομισθέν με την προσφορά της Ε.Ε.Ε.Σ της ΑΕ προσκομίστηκε εκ του περισσού καθώς σχετική υποχρέωση υποβολής του δεν προβλέπεται από τη διακήρυξη. Η παρεμβαίνουσα σχετικά αιτείται την επικύρωση της προσβαλλομένης και την απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής.

9. Επειδή, επομένως, τόσο η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος, όσο και η ασκηθείσα παρέμβαση, άγονται παραδεκτά ενώπιον της ΑΕΠΠ και πρέπει, περαιτέρω, να εξεταστούν κατ'ουσίαν.

10. Επειδή, με την υπ' αριθμ. διακήρυξη του Δήμου προκηρύχθηκε δημόσιος ηλεκτρονικός ανοικτός διεθνής διαγωνισμός για την προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες των βρεφονηπιακών σταθμών και γάλακτος για τις ανάγκες του προσωπικού του Δήμου. Ο διαγωνισμός καταχωρήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ σε δύο ξεχωριστούς κωδικούς, ήτοι (τμήμα 1) : Α/Α – για την προμήθεια γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου και (τμήμα 2) β) Α/Α –για την προμήθεια τροφίμων για τους βρεφονηπιακούς-παιδικούς σταθμούς. Ο συνολικός προϋπολογισμός της σύμβασης ανέρχεται σε ποσό 305.090,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13% & 24 % (ήτοι χωρίς ΦΠΑ: € 265.640,06 ΦΠΑ13% & 24% :39.449,94 €). Ο προϋπολογισμός της σύμβασης για το τμήμα 1 του διαγωνισμού, που καταχωρήθηκε με Α/Α ανέρχεται σε ποσό 93.000 Ευρώ, χωρίς ΦΠΑ. Κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Στο τμήμα 1 του διαγωνισμού, στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή και στο οποίο υπέβαλλε προσφορά η προσφεύγουσα, υποβλήθηκαν συνολικά τρεις προσφορές. Μετά την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και του οικονομικού φορέα, στο διαγωνισμό συνεχίζει μόνο ο οικονομικός φορέας

11. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το Δημόσιο διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

όσα ορίζονται σε αυτή (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη 5 χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως δεν είναι δυνατή και η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης προσόντος που ενώ όχι μόνο δεν αποδείχθηκε αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

12. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 2.2.6. της διακήρυξης «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα»: [...] Για την προμήθεια γάλακτος [...] Για τη διασφάλιση των συμφερόντων του Δήμου, ο προσφεύγων θα πρέπει κατά τα δύο τελευταία έτη (2015-2016) να έχει υπογράψει και εκτελέσει επιτυχώς συμβάσεις προμήθειας

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

γάλακτος με φορείς του δημοσίου ή των ΟΤΑ άνω των 200.000 Ευρώ.[...] Σε περιπτώσεις που οι συμβάσεις εκτελέσθηκαν σε χρονική περίοδο που καλύπτει δύο συνεχόμενα έτη, σαν αναφορά βεβαίωσης λαμβάνεται η ημερομηνία υπογραφής της σχετικής σύμβασης εκ μέρους του οικονομικού φορέα και των φορέων του δημοσίου. Τα παραπάνω θα βεβαιώνονται με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του οικονομικού φορέα, η οποία θα βεβαιώνεται και με βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης των συμβάσεων εκ μέρους των φορέων του δημοσίου ή των ΟΤΑ, αντίστοιχα.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής, κατά το πρώτο σκέλος αυτού (βλ. αναλυτικά ανωτέρω), είναι βάσιμος για τους ακόλουθους λόγους: 1. Στην διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, δεν προκύπτει ούτε δευκρινίζεται ότι, η τεχνική και επαγγελματική επάρκεια του άρθρου 2.2.6. και οι προϋποθέσεις συνδρομής των προβλεπόμενων κριτηρίων, κρίνονται από την προσκόμιση των οικείων δικαιολογητικών που αφορούν αποκλειστικά και μόνο την προμήθεια φρέσκου γάλακτος. Αντιθέτως, από την γραμματική διατύπωση αυτής (*...για την προμήθεια γάλακτος ...συμβάσεις προμήθειας γάλακτος.....*) προκύπτει ότι η διακήρυξη αναφέρεται στην προσκόμιση και απόδειξη της υπογραφής και καλής εκτέλεσης συμβάσεων προμήθειας γάλακτος γενικά και όχι ειδικά φρέσκου γάλακτος. 2. Ούτε από την γραμματική ούτε από την συστηματική ερμηνεία του ανωτέρω όρου προκύπτει με ασφάλεια ότι αυτός αναφέρεται αποκλειστικά και μόνο στην προμήθεια φρέσκου γάλακτος, όπως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα. Διότι ναι μεν ο εν λόγω όρος εντάσσεται συστηματικά σε συγκεκριμένο διαγωνισμό με αντικείμενο την προμήθεια φρέσκου αγελαδινού γάλακτος, το οποίο σαφώς είναι διαφορετικό είδος από το εβαπορέ λ.χ. γάλα και έχει συγκεκριμένες ιδιαιτερότητες (π.χ. σύντομο χρόνο λήξης) ωστόσο, ταυτοχρόνως, στον υπό κρίση διαγωνισμό γίνεται δεκτή η χωρίς περιορισμό συμμετοχή οποιασδήποτε εμπορικής επιχείρησης μπορεί να παράσχει την κρίσιμη προμήθεια, αρκεί να ασκεί συναφή δραστηριότητα (βλ.«όρος διακήρυξης 2.2.4-καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας»: οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν επαγγελματική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας [...] 2.2.6.- «τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»: σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν είναι ο ίδιος γαλακτοπαραγωγός θα πρέπει να προσκομίζει πιστοποιητικά

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

[...]του εργοστασίου παραγωγής». Συνεπώς, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα και η αναθέτουσα αρχή, στη διακήρυξη δεν απαιτείται η συνδρομή προϋποθέσεων συγκεκριμένης ενασχόλησης, ούτε στον τομέα του φρέσκου γάλακτος, προκειμένου κάποιος υποψήφιος να θεωρηθεί κατάλληλος για τη σύμβαση. Εάν ήθελε υποτεθεί ότι αυτή ήταν η πραγματική βούληση της αναθέτουσας αρχής τούτο θα έπρεπε ρητώς να διευκρινίζεται στη διακήρυξη διότι η απαίτηση αφενός μεν ο υποψήφιος να ασκεί οποιαδήποτε συναφή δραστηριότητα στην οποία περιλαμβάνεται και η αμιγώς εμπορική δραστηριότητα σε σχέση με την προμήθεια γάλακτος και από την άλλη να υποχρεούται να ασκεί δραστηριότητα αποκλειστικά και μόνο σε σχέση με φρέσκο γάλα, δημιουργούν κενά και αμφιβολίες κι, επομένως, εύλογα παραπονείται η προσφεύγουσα για ασάφεια της υπό κρίση διακήρυξης. Άλλωστε, σύμφωνα με την διακήρυξη, στον διαγωνισμό γίνονται δεκτοί και απομακρυσμένοι υποψήφιοι, προερχόμενοι από άλλα κράτη-μέλη ή και τρίτες Χώρες (βλ. 2.2.4.διακήρυξη), αυτοί, επομένως, σύμφωνα με όσα ισχυρίζεται η αναθέτουσα, πώς θα εξασφαλίσουν την συχνή προμήθεια φρέσκου γάλακτος με σύντομη ημερομηνία λήξης; 3. Στο σημείο αυτό καθίσταται εμφανές ότι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τους οποίους τα κριτήρια καταλληλότητας ερμηνεύονται σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης διότι, το φρέσκο γάλα σε σχέση με το εβαπορέ έχει ιδιαιτερότητες και ειδικότερα, μικρότερη διάρκεια ζωής και παραδίδεται πιο συχνά (βλ. απόψεις αναθέτουσας αρχής), δεν αφορούν την καταλληλότητα για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό αλλά την καταλληλότητα υποψηφίου τινός για την εκτέλεση της σύμβασης, που είναι ζήτημα εντελώς διαφορετικό, διεπόμενο από διαφορετικές διατάξεις και όρους και δεν θα πρέπει να συγχέονται μεταξύ τους. Ειδικότερα, στο κεφάλαιο της διακήρυξης «ειδικοί όροι εκτέλεσης» και συγκεκριμένα στο άρθρο 6.4. αυτής προβλέπονται τα ακόλουθα: [...]όσον αφορά την προμήθεια του γάλακτος ο ανάδοχος υποχρεούται να παραδώσει κατά την υπογραφή της σύμβασης, τα ανάλογα ψυγεία συντήρησης που θα εγκαταστήσει στους χώρους εργασίας του Δήμου Ασπροπύργου προκειμένου να φυλασσεται το γάλα. Το γάλα θα παραδίδεται τρεις φορές την εβδομάδα ή καθημερινά, αν αυτό κριθεί απαραίτητο και κατόπιν συνεννόησης του Δήμου με τον οικονομικό φορέα σε συσκευασία 1 λίτρου. Όλα τα ανωτέρω καλούνται οι υποψήφιοι να προσκομίσουν κατά την αξιολόγησή τους (δικαιολογητικά συμμετοχής-τεχνική προσφορά) με υπεύθυνη δήλωση διαφορετικά αποκλείονται από τον διαγωνισμό. Από τα ανωτέρω συνάγεται με σαφήνεια ότι, κατά την διακήρυξη, είναι διαφορετικό

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

το ζήτημα της καταλληλότητας για τη συμμετοχή και της καταλληλότητας για την εκτέλεση της σύμβασης. Η δεύτερη ικανοποιείται με τα απαιτούμενα δικαιολογητικά-υπεύθυνη δήλωση που προσκομίζονται κατά το στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής -τεχνικών προσφορών και εξασφαλίζουν τις ως άνω αναφερόμενες ιδιαιτερότητες της προμήθειας φρέσκου γάλακτος. Συνεπώς μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας η οποία αφενός μεν προσκόμισε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά για την απόδειξη της καταλληλότητας συμμετοχής της στο διαγωνισμό και, περαιτέρω, προσκόμισε την ως άνω υπεύθυνη δήλωση και απέδειξε την καταλληλότητά της και για την εκτέλεση της σύμβασης, όπως άλλωστε η ίδια η αναθέτουσα κάνει δεκτό στην προσβαλλομένη (βλ. προσβαλλομένη σελ. 14). 4. Σε κάθε περίπτωση, κατά πάγια αρχή του εθνικού και κοινοτικού δικαίου οι όροι μιας διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύονται αυστηρά (βλ. ανωτ. σκ.11). Ωστόσο, η αυστηρή αυτή ερμηνεία και εφαρμογή πρέπει να σχετίζεται με τη σαφήνεια της διακήρυξης, λόγω της αρχής της διαφάνειας, η οποία, κατά τη νομολογία του ΔΕΕ, προέκυψε ως απόρροια της αρχής της ίσης μεταχείρισης και η οποία επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές να συντάσσουν τη διακήρυξη χωρίς ατελή ή δυσνόητη διατύπωση, που εγείρει ζητήματα ερμηνείας (ΔΕΕ C-496/1999 σκ.111 βλ. και ΕΑ ΣΤΕ 30/2006, ΕΑ ΣΤΕ 532/2004). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Εν προκειμένω από τον διαφορετικό τρόπο με τον οποίο οι υποψήφιοι αντιλήφθηκαν την διακήρυξη και συνακόλουθα, υπέβαλλαν την προσφορά τους, προκύπτει ότι το ζήτημα σχετικά με το αν ο όρος 2.2.6. της διακήρυξης αναφερόταν σε φρέσκο γάλα ή σε οποιοδήποτε γάλα, παρέμεινε ασαφές στους διαγωνιζομένους κι, επομένως, η δημιουργούμενη ασάφεια και παρερμηνεία του όρου δεν μπορεί να οδηγήσει στον αποκλεισμό της προσφεύγουσας. Συνεπώς ο σχετικός λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος ενώ, οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας, τυγχάνουν απορριπτέοι.

14. Επειδή, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι μη νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της με την αιτιολογία ότι δεν προσκόμισε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά απόδειξης της εμπειρίας της για την προηγούμενη του διαγωνισμού διετία (2015-

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

2016) όπως απαιτεί η διακήρυξη καθώς, ως νέα, όπως ισχυρίζεται, επιχείρηση στον συγκεκριμένο τομέα μπορούσε παραδεκτως να προσκομίσει τα αντίστοιχα δικαιολογητικά μόνο για το αντίστοιχο χρονικό διάστημα που προμηθεύει τα εν λόγω προϊόντα, τυγχάνει βάσιμος. Και τούτο διότι, όπως έχει κριθεί νομολογιακά, οι ενδιαφερόμενες να μετάσχουν στον διαγωνισμό επιχειρήσεις, οι οποίες έχουν λιγότερο από τρία έτη λειτουργίας, ή οι οποίες διαθέτουν τα ζητούμενα από τη διακήρυξη προϊόντα για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών ετών δεν αποκλείονται εκ του λόγου τούτου από την συμμετοχή στον διαγωνισμό, αλλά δύνανται να προσκομίσουν κατάλογο παραδόσεων μόνο για το αντίστοιχο διάστημα που λειτουργούν ή που διαθέτουν τα εν λόγω προϊόντα [πρβλ. ΕΑ 1239/2009, 491/2006, 1241/2006, 300/1999, ΣτΕ 3899/2005]. Τυχόν αντίθετη ερμηνεία θα περιόριζε τον ανταγωνισμό, καθ' όσον θα αποκλείονταν η συμμετοχή στο διαγωνισμό επιχειρήσεων οι οποίες είναι νέες ή οι οποίες έχουν αναλάβει πρόσφατα την διάθεση και εμπορία των ζητούμενων από τη διακήρυξη προϊόντων [πρβλ. ΕΑ 491/2009]. Στην προκειμένη περίπτωση, η προσφεύγουσα επικαλείται και προσκομίζει τα σχετικά δικαιολογητικά για τα έτη 2016 και 2017, ισχυριζόμενη με την προσφυγή της ότι εμπίπτει στην ανωτέρω περίπτωση και ότι δεν δραστηριοποιείται στον κρίσιμο τομέα για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα από αυτό που επικαλείται και προσκομίζει τις σχετικές αποδείξεις (ήτοι για τα έτη 2016-2017). Ο ανωτέρω ισχυρισμός της προσφεύγουσας αποδεικνύεται από την από 13-10-2017 υπεύθυνη δήλωση ειδικής επαγγελματικής εμπειρίας της προσφεύγουσας, η οποία προσκομίζεται με τα δικαιολογητικά συμμετοχής στον διαγωνισμό και είναι αναρτημένη στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και στην οποία αναγράφονται επί λέξει τα εξής: «[...]έχουμε δραστηριοποιηθεί στον τομέα των τροφίμων κατά το τελευταίο χρονικό διάστημα (έναρξη εντός του 2016), δημιουργώντας ειδικό τμήμα το οποίο δραστηριοποιείται στην προμήθεια γάλακτος και γαλακτοκομικών προϊόντων. Ενδεικτικά αναφέρουμε κάποια έργα στα οποία εμπλέκεται η εταιρεία μας (ακολουθεί σχετική λίστα) [...]». Συμπληρωματικά, ο ίδιος ως άνω ισχυρισμός της αποδεικνύεται και από τον, επίσης, προσκομιζόμενο με την προσφορά της και, ήδη, αναρτημένο στο ΕΣΗΔΗΣ, κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων της εν λόγω εταιρείας, από τον οποίο προκύπτει ότι οι παραδόσεις γαλακτοκομικών ειδών από μέρους της εταιρείας ξεκίνησαν το έτος 2016. Με την προσκόμιση της ανωτέρω υπεύθυνης δήλωσης και των αντίστοιχων βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης των προμηθειών που έχει αναλάβει η προσφεύγουσα κατά το αντίστοιχο χρονικό διάστημα που δραστηριοποιείται στον

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

επίμαχο τομέα και οι οποίες καλύπτουν και το οικονομικό όριο (βλ. 7755/2017 βεβαίωση Δήμου Αθηναίων, 533/2017 βεβαίωση Δήμου Σκιάθου, Βεβαίωση Δημοτικού βρεφοκομείου Δήμου Αθηναίων) που έθεσε με τη διακήρυξη η προσφεύγουσα (2.2.6.[...] Για την προμήθεια γάλακτος [...] Για τη διασφάλιση των συμφερόντων του Δήμου, ο προσφεύγων θα πρέπει κατά τα δύο τελευταία έτη (2015-2016) να έχει υπογράψει και εκτελέσει επιτυχώς συμβάσεις προμήθειας γάλακτος με φορείς του δημοσίου ή των ΟΤΑ άνω των 200.000 Ευρώ.[...] Σε περιπτώσεις που οι συμβάσεις εκτελέστηκαν σε χρονική περίοδο που καλύπτει δύο συνεχόμενα έτη, σαν αναφορά βεβαίωσης λαμβάνεται η ημερομηνία υπογραφής της σχετικής σύμβασης εκ μέρους του οικονομικού φορέα και των φορέων του δημοσίου. Τα παραπάνω θα βεβαιώνονται με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του οικονομικού φορέα, η οποία θα βεβαιώνεται και με βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης των συμβάσεων εκ μέρους των φορέων του δημοσίου ή των ΟΤΑ, αντίστοιχα.) θεωρείται, βάσει της ανωτέρω επικαλούμενης νομολογίας, αποδεδειγμένη η εμπειρία/επαγγελματική της ικανότητα κατά το 2.2.6. της διακήρυξης. Συνεπώς και ο παρόν λόγος της προσφυγής κρίνεται βάσιμος και η προσφυγή θα πρέπει, σύμφωνα με τα ανωτέρω, να γίνει ως προς αυτόν δεκτή.

15. Επειδή, κρινομένου ως βάσιμου του πρώτου λόγου της προσφυγής, που αφορά την απόρριψη της συμμετοχής/προσφοράς της προσφεύγουσας με αποτέλεσμα την ακύρωση κατά το μέρος αυτό της προσβαλλομένης επί σκοπώ να της επιτραπεί η συνέχιση της συμμετοχής της στη διαγωνιστική διαδικασία, δύναται να εξεταστεί παραδεκτά και ο δεύτερος λόγος αυτής που αφορά την αποδοχή προσφοράς έτερης συμμετέχουσας στο διαγωνισμό.

16.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2, που περιλαμβάνεται στο κεφάλαιο 2.4.3. «περιεχόμενο φακέλλου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών» :Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και προδιαγραφές που περιγράφονται στα παραρτήματα της παρούσης διακήρυξης, περιγράφοντας πώς ακριβώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται.[...]Συγκεκριμένα τα στοιχεία που απαιτούνται με βάση τη συγκεκριμένη διακήρυξη είναι: [...]3. Υπεύθυνη δήλωση που θα αναφέρει τη χώρα προέλευσης των προσφερόμενων προϊόντων. Εφόσον μεσολαβεί στάδιο επεξεργασίας και

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

τυποποίησης του προϊόντος πρέπει να αναφερθεί το εργοστάσιο στο οποίο γίνεται η επεξεργασία, τυποποίηση-συσκευασία καθώς και ο τόπος εγκατάστασής του.

17. Επειδή, σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της διακήρυξης «περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου ΤΜΗΜΑΤΟΣ 1 της σύμβασης: το προς προμήθεια γάλα θα πρέπει να είναι πλήρες (3,5%) φρέσκο παστεριωμένο ομογενοποιημένο σε συσκευασία εμφιάλωσης 1 λίτρου, οποιασδήποτε αναγνωρισμένης μάρκας που διατίθεται στο λιανικό εμπόριο σύμφωνα με το άρθρο 80 του Κώδικα (788/89/τ. Β). Το γάλα θα είναι από αγελαδινό γάλα, το οποίο θα διατηρεί τα φυσικά θρεπτικά συστατικά του (ασβέστιο, πρωτεΐνες, φυσικά μεταλλικά στοιχεία, κλπ), τα οποία θα αναφέρονται στην τυπωμένη ετικέτα αυτού. Στο προϊόν επίσης θα αναγράφεται το πιστοποιημένο σύστημα ποιότητας αυτού, η ημερομηνία παστερίωσης-ανάλωσης, οι κωδικοί και γενικά όλα τα απαραίτητα εκείνα στοιχεία που αφορούν στον τρόπο συσκευασίας και παραγωγής αυτού (τόπος, χρόνος, παρτίδα). Επίσης θα πρέπει να πληρούν κατ'ελάχιστον τις ακόλουθες προδιαγραφές [...]το προϊόν θα προέρχεται από νομίμως σε λειτουργία εργοστάσια τα οποία θα έχουν εγκεκριμένη εγκατάσταση με κωδικό αριθμό κτηνιατρικού ελέγχου (σήμα καταλληλότητας) για τη διασφάλιση της ποιότητας αυτού. Θα διακινείται σε συνθήκες ψύξης, όπως ορίζεται από τις ισχύουσες υγειονομικές και κτηνιατρικές διαταξεις. Οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να δώσουν πλήρεις και σαφείς περιγραφές των προϊόντων τους (συσκευασία, βάρος συσκευασμένων προϊόντων, ποσότητες, εργοστάσιο παραγωγής, φυσικοχημικά και μικροβιολογικά χαρακτηριστικά, θρεπτικά συστατικά κλπ). Οι εν λόγω προδιαγραφές του Παραρτήματος Α' περιγράφονται και στις σελίδες 8-9 της 18/2017 Μελέτης, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του υπό κρίση διαγωνισμού.

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6. της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα ελέγχου και αξιολόγησης της προσφοράς, απορρίπτει σε κάθε περίπτωση προσφορά, η οποία: [...]η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της διακήρυξης και αποκλίσεις από τους όρους και τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.

19. Επειδή, ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση προσφυγής, κατά το πρώτο σκέλος αυτού που αφορά την ακυρότητα της προσφοράς του οικονομικού φορέα διότι αυτή δεν αναφέρει το σύνολο των απαιτούμενων προδιαγραφών της

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

διακήρυξης, τυγχάνει αόριστος άλλως αβάσιμος και τούτο για τους ακόλουθους λόγους: 1. Η προσφεύγουσα βάλλει κατά της τεχνικής προσφοράς της συνδιαγωνιζομένης επιχείρησης-οικονομικού φορέα επικαλούμενη παράβαση του συνόλου των διατάξεων της διακήρυξης και της σχετικής Μελέτης αναφορικά με τις τεχνικές προδιαγραφές, πλην, όμως δεν αναφέρει ούτε μπορεί να συναχθεί από το δικόγραφο της, ποιες συγκεκριμένα τεχνικές προδιαγραφές ελλείπουν από την προσβαλλομένη τεχνική προσφορά. Αντ'αυτού η προσφεύγουσα παραπέμπει γενικά στη διακήρυξη και τη Μελέτη και παραθέτει το σύνολο των σχετικών όρων χωρίς καμία περαιτέρω διευκρίνιση. 2. Ακόμα και αν υποθεθεί ότι η προσφεύγουσα με τους ως άνω ισχυρισμούς της αναφέρεται στο κάτωθι χωρίο της διακήρυξης και της Μελέτης που υπογραμμίζει: «Το γάλα θα είναι από αγελαδινό γάλα, το οποίο θα διατηρεί τα φυσικά θρεπτικά συστατικά του (ασβάστιο, πρωτεΐνες, φυσικά μεταλλικά στοιχεία, κλπ), τα οποία θα αναφέρονται στην τυπωμένη ετικέτα αυτού. Στο προϊόν επίσης θα αναγράφεται το πιστοποιημένο σύστημα ποιότητας αυτού, η ημερομηνία παστερίωσης-ανάλωσης, οι κωδικοί και γενικά όλα τα απαραίτητα εκείνα στοιχεία που αφορούν στον τρόπο συσκευασίας και παραγωγής αυτού (τόπος, χρόνος, παρτίδα)», η προσφυγή και πάλι θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη. Ειδικότερα, το ως άνω παρατεθειμένο χωρίο αφενός μεν δεν αφορά αμιγώς τις τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες παρατίθενται αμέσως κατωτέρω [(βλ. ανωτέρω [...]) Επίσης θα πρέπει να πληρούν κατ'ελάχιστον τις ακόλουθες προδιαγραφές [...])το προϊόν θα προέρχεται από νομίμως σε λειτουργία εργοστάσια τα οποία θα έχουν εγκεκριμένη εγκατάσταση με κωδικό αριθμό κτηνιατρικού ελέγχου (σήμα καταλληλότητας) για τη διασφάλιση της ποιότητας αυτού. Θα διακινείται σε συνθήκες ψύξης, όπως ορίζεται από τις ισχύουσες υγειονομικές και κτηνιατρικές διαταξεις. Οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να δώσουν πλήρεις και σαφείς περιγραφές των προϊόντων τους (συσκευασία, βάρος συσκευασμένων προϊόντων, ποσότητες, εργοστάσιο παραγωγής, φυσικοχημικά και μικροβιολογικά χαρακτηριστικά, θρεπτικά συστατικά κλπ). Οι εν λόγω προδιαγραφές του Παραρτήματος Α' επαναλαμβάνονται αυτούσιες και στις σελίδες 8-9 της 18/2017 Μελέτης, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του υπό κρίση διαγωνισμού]] κι, αφετέρου, από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς του οικονομικού φορέα προκύπτουν όλα τα παραπάνω στοιχεία/τεχνικές προδιαγραφές που απαιτεί η διακήρυξη και η Μελέτη. Έτσι, στην εν λόγω προσφορά για το πλήρες γάλα αναγράφονται: 1.το εργοστάσιο παραγωγής και ο κωδικός αριθμός Κτηνιατρικού ελέγχου (ΕΒΟΛ- 35.2.204) 2. Ο τρόπος διακίνησης

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

σε συνθήκες ψύξης (βλ. αναλυτικά κεφάλαια: «Συνθήκες Διαχείρισης» και «Κατά τη μεταφορά» 3. Πλήρης περιγραφή προϊόντος (Ονομασία γάλακτος: ΕΒΟΛ, διάρκεια: 7 ημερών, χρώμα: λευκό, συσκευασία και ποσότητα: χάρτινη TETRAPACK συσκευασία ενός (1) λίτρου, εργοστάσιο παραγωγής-σήμα: γάλα ΕΒΟΛ, θρεπτικά συστατικά βλ. αναλυτικά στην προσφορά, φυσικοχημικά και μικροβιολογικά χαρακτηριστικά βλ. αναλυτικά στην τεχνική προσφορά). Αντίστοιχη περιγραφή εμπεριέχεται και στην τεχνική προσφορά για το ελαφρύ γάλα.

20. Επειδή, στο άρθρο 2.2.9.1. της διακήρυξης, κεφάλαιο «ΕΥΡΩΠΑΙΚΟ ΕΝΙΑΙΟ ΕΝΤΥΠΟ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ» προβλέπονται τα εξής: [...] Η αναθέτουσα αρχή δημιουργεί στον διαδικτυακό τόπο <https://ec.europa.eu/growth/toolsdatabases/espd> το Ε.Ε.Ε.Σ. για τη συγκεκριμένη διακήρυξη. Ο οικονομικός φορέας πρέπει να κατεβάσει το αρχείο από το ΕΣΗΔΗΣ, να το αποθηκεύσει στον υπολογιστή του και να μεταβεί στην ιστοσελίδα. Στην ιστοσελίδα αυτή πρέπει να επιλέξει «εισαγωγή Ε.Ε.Ε.Σ.» και να ανεβάσει το αρχείο του συγκεκριμένου Ε.Ε.Ε.Σ. που κατέβασε από το ΕΣΗΔΗΣ[...]επιλέγει εκτύπωση και είναι πλέον δυνατή η εκτύπωση του αρχείου σε pdf [...] υπογράφει ψηφιακά το αρχείο pdf που εκτύπωσε (ακόμη και αν το έχει υπογράψει ψηφιακά στην ιστοσελίδα) [...]. Περαιτέρω, σύμφωνα με τις Οδηγίες που περιέχονται στο Ε.Ε.Ε.Σ. που συμπληρώνει ο εκάστοτε συμμετέχων οικονομικός φορέας κι εδώ συμπλήρωσε και ο οικονομικός φορέας, που εν προκειμένω μας ενδιαφέρει : «Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω, παρακαλείστε να υποβάλετε χωριστό έντυπο ΕΕΕΠ, με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τα τμήματα Α και Β του παρόντος μέρους, καθώς και το μέρος III, για κάθε μία από τις σχετικές οντότητες, δεόντως συμπληρωμένα και υπογεγραμμένα από τους ενδιαφερόμενους φορείς[...]».

21. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 79 Ν.4412/2016 (59 της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ) σχετικά με το Ε.Ε.Ε.Σ ορίζονται τα ακόλουθα: 1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Εγγραφο Σύμβασης (ΕΕ- ΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α`75), ως προκαταρκτική απόδειξη

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις:[...]Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά.

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 78 Ν.4412/2016 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», η «δάνεια εμπειρία» προβλέπεται αναφορικά με τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθώς και την επαγγελματική και τεχνική ικανότητα του άρθρου 75 του ίδιου ως άνω Νόμου. Πλέον συγκεκριμένα: «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς[...].

23. Επειδή, ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση προσφυγής, κατά το δεύτερο σκέλος αυτού που αφορά την ακυρότητα της προσβαλλομένης, με την οποία έγινε δεκτό το μη ψηφιακά υπογεγραμμένο Ε.Ε.Ε.Σ. της εταιρείας τυγχάνει απορριπτέος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος. Ειδικότερα, ο οικονομικός φορέας, προσκόμισε το ανωτέρω έντυπο χωρίς να έχει τέτοια υποχρέωση αφού, η μεταφορά και διανομή του προς προμήθεια γάλακτος δεν αποτελεί κριτήριο ποιοτικής επιλογής κατά τη διακήρυξη, σε σχέση με τα οποία και μόνο νοείται δάνεια εμπειρία-στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων. Επομένως, ο εν λόγω οικονομικός φορέας, πέραν του δικού του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ. δεν είχε υποχρέωση να προσκομίσει έντυπο αυτού του είδους σχετικά με άλλον φορέα, που τυχόν θα αναλάβει την μεταφορά και

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

διανομή του γάλακτος. Σημειώνεται ότι το εν λόγω κριτήριο ποιοτικής επιλογής, ήτοι η ικανότητα του συμμετέχοντος να μεταφέρει τα προς προμήθεια είδη με δικό του όχημα ή αλλο προβλέπεται στη διακήρυξη μόνο για τα είδη τρόφιμα και όχι για το γάλα, που στη συγκεκριμένη περίπτωση εξετάζεται. Σημειώνεται, μάλιστα, ότι, εν προκειμένω, έχει συνταχθεί ενιαίο ΕΕΕΣ και για τα δύο τμήματα του διαγωνισμού. Περαιτέρω, αναφορικά με την προμήθεια γάλακτος, αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια του συγκεκριμένου προϊόντος, το οποίο θα παραδίδεται τμηματικά και σύμφωνα με τις υποδείξεις της υπηρεσίας σε ψυγεία που ο ανάδοχος θα εγκαταστήσει στις οικείες υπηρεσίες του Δήμου και τα οποία είναι ο μοναδικός εξοπλισμός, που, κατά τη διακήρυξη, αυτός θα πρέπει να διαθέτει και πάλι, όμως, όχι σε επίπεδο κριτηρίων ποιοτικής επιλογής αλλά μόνο κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Και γι' αυτόν ακόμα τον απαραίτητο εξοπλισμό η μοναδική απαίτηση της διακήρυξης είναι η προσκόμιση σχετικής υπεύθυνης δήλωσης του υποψηφίου ότι θα υπάρχει στη διάθεσή του σε περίπτωση που κατακυρωθεί σε αυτόν το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (βλ. άρθρο 6.4. της διακήρυξης). Επομένως, αφού η ανάδοχος δεν όφειλε κατά το Νόμο και την διακήρυξη να προσκομίσει το παραπάνω έντυπο, το οποίο εκ περισσού προσκόμισε και είναι αδιάφορο για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, η εγκυρότητα ή μη αυτού δεν δύναται να επηρεάσει το αποτέλεσμα της υπό κρίση διαδικασίας και, ως εκ τούτου ο σχετικός λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτός ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος.

24. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και για τους λόγους που αναλυτικά παραπάνω εκτέθηκαν, πρέπει να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προσφυγής και να απορριφθεί ο δεύτερος. Αντίστοιχα δε πρέπει να γίνει δεκτός ο δεύτερος λόγος της ασκηθείσας παρέμβασης και να απορριφθεί ο πρώτος.

25.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (363 παρ. 5 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 17/2018

Ακυρώνει την υπ'αριθ. απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ασπροπύργου, η οποία έκρινε οριστικά επί της πρώτης φάσης (δικαιολογητικά συμμετοχής-τεχνικές προσφορές) του διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού του Δήμου για την προμήθεια γάλακτος για το προσωπικό του Δήμου (αρ. Διακήρυξης:..., αρ. Συστήματος:.....), αποκλειστικά και μόνο ως προς το σκέλος αυτής με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και δημοσιεύτηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 9-1-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΙΔΟΥ