

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 125/09.02.2018 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον Δήμο ....., οδός ....., αρ. ...., Τ.Κ. ...., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθμ. 91/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής .....

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί, άλλως μεταρρυθμιστεί η υπ' αριθμ. 91/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας ως προς το τμήμα κατά το οποίο απορρίπτει την προσφορά της προσφεύγουσας από την πρόοδο της στα επόμενα διαγωνιστικά στάδια, καθώς και κάθε άλλη προγενέστερη ή μεταγενέστερη, συναφής ή όχι πράξη ή απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής σχετικά με τον προκείμενο Διαγωνισμό και να γίνει δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας και να προκριθεί στην επόμενη διαγωνιστική φάση.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή ..... ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Διαγωνισμό, με Αριθμό Πρωτοκόλλου Διακήρυξης ..... και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ...., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής για την «....., η οποία θα δοθεί ως εξής: α) Με ενιαίο ποσοστό έκπτωσης

επί τοις εκατό (%) επί της εκάστοτε διαμορφούμενης και πιστοποιούμενης από την ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ΑΤΤΙΚΗΣ, ΓΕΝ. ΔΦ/ΝΣΗ ΑΝΑΠΤΥΞΗΣ, Δ/ΝΣΗ ΑΝΑΠΤΥΞΗΣ, Π.Ε ΚΕΝΤΡΙΚΟΥ ΤΟΜΕΑ, ΤΜΗΜΑ ΕΜΠΟΡΙΟΥ Μέση Λιανική Τιμή πώλησης του είδους, κατά την ημέρα παράδοσης στο σύνολο των ομάδων συμμετοχής από τις ομάδες: Γ (Είδη Κρεοπωλείου), Δ (Είδη Οπωροπωλείου-Φρούτα), Ε (Είδη Οπωροπωλείου-Κηπευτικά), ΣΤ (Είδη Ιχθυοπωλείου και Κατεψυγμένα) και υποομάδων Ζ2 (Ελαιόλαδο) και Ζ3 (Αυγά). β) Με ενιαίο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) επί του συνόλου του προϋπολογισμού προ ΦΠΑ, ανά ομάδα συμμετοχής (και συμπλήρωση τιμολογίου) για τα είδη των υπολοίπων ομάδων-υποομάδων, ήτοι: Α (Είδη Αρτοποιείου), Β (Είδη Ζαχαροπλαστείου), και υποομάδων Ζ1 (Είδη Παντοπωλείου για τις ανάγκες του Ο.Π.Α.Α.Π.) και Ζ4 (Είδη Παντοπωλείου για τις ανάγκες των ΚΕ.ΦΙ)», προϋπολογισμού τριακοσίων είκοσι τριών χιλιάδων εκατόν τριάντα τεσσάρων ευρώ και είκοσι οκτώ λεπτών (323.134,28 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13% και 24%, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 1η Δεκεμβρίου 2017 και ώρα 13:00 μ.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε απόλυτα νομότυπα και εμπρόθεσμα στις 30.11.2017 και ώρα 21:19:15 μ.μ. την υπ' αριθμ. 82948 προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της, η οποία κατατέθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 09.02.2018 και ώρα 13:56:36 μ.μ., στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 91/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την 01.02.2018 και ώρα 14:09:17 μ.μ., οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 09.02.2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η αναθέτουσα έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση και με το συμπροσβαλλόμενο με αυτήν πρακτικό 1 κατά το μέρος που απέρριψαν την προσφορά της, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της και να ακυρωθεί, άλλως μεταρρυθμιστεί η υπ' αριθμ. 91/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας ως προς το τμήμα κατά το οποίο απορρίπτει την προσφορά της προσφεύγουσας από την πρόοδό της στα επόμενα διαγωνιστικά στάδια, καθώς και κάθε άλλη προγενέστερη ή μεταγενέστερη, συναφής ή όχι πράξη ή απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής σχετικά με τον προκείμενο Διαγωνισμό και να γίνει δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας και να προκριθεί στην επόμενη διαγωνιστική φάση.

4. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με 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.

5. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός ε-παραβόλου ....., όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 09.02.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της ..... ) και το αντίστοιχο της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων, ποσού χιλίων τετρακοσίων τεσσάρων ευρώ (1.404,00 €).

6. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

Παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

10. Επειδή στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 91/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας ως προς το μέρος που απορρίπτει την προσφορά της. Επειδή στο άρθρο 5 της διακήρυξης με τίτλο «ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ-ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ-ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΣ» στην παρ. 5.2.1 με τίτλο «Προϋποθέσεις συμμετοχής» ορίζεται ότι: «[...]

**ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ**

*Για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς, θα πρέπει να πληρούν τα κατωτέρω κριτήρια: Α) Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσης σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. Δεκτοί στο διαγωνισμό γίνονται φυσικά ή νομικά πρόσωπα που αποδεδειγμένα λειτουργούν νόμιμα και έχουν το δικαίωμα εμπορίας ή και κατασκευής των υπό προμήθεια ειδών. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος-μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' του Ν.4412/16 ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο. Η καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας των ενδιαφερομένων (συναφή με το αντικείμενο των προς προμήθεια ειδών) θα πρέπει να αποδεικνύεται με την εγγραφή τους σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους.*

*Τα παραπάνω δηλώνονται στο ΕΕΕΣ*

*Τα απαιτούμενα δικαιολογητικά προσκομίζονται μετά την πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου.*

*B) Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια*

*Για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα απαιτείται δήλωση μέσω του ΕΕΕΣ περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, ο οποίος δεν μπορεί να είναι μικρότερος της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης αθροιστικά για τα είδη για τα οποία συμμετέχει χωρίς το ΦΠΑ κατ' έτος στο κράτος εγκατάστασής τους.*

*Τα απαιτούμενα δικαιολογητικά προσκομίζονται μετά την πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου.*

*Γ) Τεχνική Ικανότητα και Επαγγελματική Ικανότητα*

*Η Τεχνική Ικανότητα αποδεικνύεται με την προσκόμιση καταλόγου τριών (3) τουλάχιστον σχετικών με την παρούσα σύμβαση προμηθειών που εκτελέσθηκαν την τελευταία τριετία (όχι αποκλειστικά σε χωριστά έτη), συνοδευόμενος από κατάλληλες συστάσεις ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης αυτών, τα οποία δηλώνονται στο ΕΕΕΣ και προσκομίζονται με τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου».*

11. Επειδή στο άρθρο 75 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) που είναι εφαρμοστέος στον επίδικο διαγωνισμό, ορίζεται ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο

*ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341.»*

12. Επειδή κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο διαγωνισμό. Η 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. Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της διακήρυξης σε

συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΛΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτές, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣτΕ 79/2009, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 26/2007 κ.ά.). Το ίδιο αφορά προφανώς και τη διαπίστωση της συνδρομής των τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες προβλέπονται σε κάθε περίπτωση από τη διακήρυξη. 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 και των προσκομιζομένων δικαιολογητικών ενός εκάστου υποψηφίου οικονομικού φορέα, κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες τόσο κατά το στάδιο

της υποβολής, όσο και κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών των υποψηφίων (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), δεδομένου ότι οι προσφορές των τελευταίων θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν, όπως αυτά αποκρυσταλλώθηκαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο της υποβολής των προσφορών.

13. Επειδή ειδικότερα, η διαδικασία ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και υπηρεσιών, οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως η τελευταία αντικατέστησε την Οδηγία 2004/18/ΕΕ, περιείχε ωστόσο όμοια με αυτήν ρύθμιση, διέπεται από την αρχή της διαφάνειας ως βασική προϋπόθεσή της, προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Ως εκ τούτου συνάγεται ότι όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, με ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο ώστε, αφενός μεν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο, ώστε κάθε ενδιαφερόμενος αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή μη στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε έκαστος ενδιαφερόμενος να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του στο διαγωνισμό, τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του και εκ τρίτου να παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ελέγξει αν όντως οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. Ράικο Δ., «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νικη, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C- 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, πρβλ. και αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87,



Beentjes, της 25.4.1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C-470/99, Universale- Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, WienstrommGmbH, ΣτΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214-5/2011, 1583/2012, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23).

14. Επειδή οι προβαλλόμενοι από την προσφεύγουσα, πρώτος (Α), δεύτερος (Β, Β1 και Β2) και τρίτος (Γ), λόγοι προσφυγής δεν αποτέλεσαν λόγο αποκλεισμού αυτής, όπως αναφέρει και η αναθέτουσα αρχή, στο με αριθμό πρωτοκόλλου 7569/20.02.2016 έγγραφό της, με θέμα: «Απόψεις της Υπηρεσίας σχετικά με την από 9/2/2018 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «.....» που αφορά το διαγωνισμό για ....., το οποίο κοινοποιήθηκε στην Αρχή στις 20.02.2018, στο οποίο χαρακτηριστικά επισημαίνεται: *«Ο τρόπος που η ανωτέρω εταιρία επέλεξε να συμπληρώσει το ΕΕΕΣ δεν αποτέλεσε λόγο αποκλεισμού της»*. Η ίδια θέση της αναθέτουσας είχε επαναληφθεί και στο προγενέστερο με αριθμό πρωτοκόλλου 7001/14.02.2018 έγγραφό της, με θέμα: «Απόψεις της Υπηρεσίας σχετικά με την από 9/2/2018 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «S.....» που αφορά το διαγωνισμό για ....., το οποίο είχε κοινοποιηθεί στην Αρχή στις 15.02.2018. Εξάλλου, την ίδια ερμηνεία δίνει η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας στο με αριθμό πρωτοκόλλου 7469/16.02.2018 έγγραφό της με θέμα: «Προδικαστικές προσφυγές των εταιριών -.....-, κατά της με αριθμό 91/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου σχετικά με τον διαγωνισμό ....., όπου αναφέρει χαρακτηριστικά ότι: *«[...] Συνεπώς ο ανωτέρω λόγος, και μόνο, αποτελεί τον λόγο αποκλεισμού της εταιρείας «.....» από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και οι επιμέρους επισημάνσεις που αναφέρονται στο πρακτικό, καταγράφηκαν για αναφορικούς λόγους»*. Κατά συνέπεια, είναι προφανές ότι εφόσον οι προβαλλόμενοι ως άνω λόγοι δεν αποτέλεσαν λόγο αποκλεισμού της προσφεύγουσας, προβάλλονται αλυσιτελώς εκ μέρους της και ως εκ τούτου δεν εξετάζονται περαιτέρω.

15. Επειδή ως προς τον τέταρτο (Δ) λόγο της κρινόμενης προσφυγής, τόσο από τη διατύπωση του σχετικού άρθρου του Ν. 4412/2016,

όσο και από την αντίστοιχη διατύπωση της διακήρυξης, προκύπτει ότι στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, υπήρχε απαίτηση, προκειμένου να αποδείξει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια, ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, να προσκομίσει δήλωση μέσω του υποβαλλόμενου από αυτόν ΕΕΕΣ, περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών του και, κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, ο οποίος δεν μπορούσε να είναι μικρότερος της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης αθροιστικά κατ' έτος για τα είδη για τα οποία συμμετέχει χωρίς το ΦΠΑ. Ταυτόχρονα, ο ζητούμενος από τη διακήρυξη ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών δεν μπορούσε να είναι μικρότερος από την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης του παρόντος διαγωνισμού και συνεπώς δεν ξεπερνούσε το «κατώφλι» που θέτει ο ίδιος ο νόμος, εφόσον δεν υπερέβαινε το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, σύμφωνα με τη ρητή απαγόρευση του άρθρου 75 παρ. 3 του Ν. 4412/2016. Ενόψει της ρητής διατύπωσης του εν λόγω άρθρου του νόμου και της αντίστοιχης διάταξης της διακήρυξης, καθίσταται σαφές ότι η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του κάθε συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, θα έπρεπε να καλύπτει τα όρια του προϋπολογισμού της σύμβασης για το κάθε έτος, της τελευταίας τριετίας, χωριστά. Σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να υπάρξει αθροιστικός υπολογισμός των ετήσιων κύκλων εργασιών του κάθε υποψήφιου οικονομικού φορέα, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, προκειμένου να υπολογιστεί η κάλυψη του προϋπολογισμού της σύμβασης, εν είδει μέσου όρου. Κατ' αυτή την έννοια συνεπώς, είναι προφανές ότι από τα προσκομιζόμενα οικονομικά στοιχεία της προσφεύγουσας, η τελευταία δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης ως προς τη ζητούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, αφού για τις οικονομικές χρήσεις 2015 και 2016, ο ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών της είναι μικρότερος από τα οριζόμενα όρια στην παρ. 5.2.1 της διακήρυξης. Ομοίως, η προσφεύγουσα εσφαλμένα ερμήνευσε την έννοια της «κατ' ανώτατο όριο» απαίτησης του επίμαχου όρου της διακήρυξης, δεδομένου ότι αυτός αναφέρεται στη απώτατη χρονική έκταση, εκκινώντας από τον χρόνο δημοσίευσης της

διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού και προς το παρελθόν, στην οποία μπορεί να εκτείνεται η απαίτηση της διακήρυξης για την προσκόμιση οικονομικών στοιχείων για τον ετήσιο κύκλο εργασιών εκάστου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα. Δεν αναφέρεται σε καμία περίπτωση στον αριθμό των συμβάσεων, μέσω των οποίων ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, οφείλει να αποδεικνύει την πλήρωση της απαιτούμενης από τη διακήρυξη οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειάς του. Επιπλέον, εσφαλμένη είναι και η ερμηνεία που επιχειρεί η προσφεύγουσα αναφορικά με την παρ. 3 του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα την απαγόρευση υπέρβασης του διπλάσιου της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης του ελάχιστου ετήσιου κύκλου εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς, προκειμένου να ικανοποιούν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του κάθε διαγωνισμού. Ο απαιτούμενος από τη διακήρυξη, ετήσιος κύκλος εργασιών του υποψήφιου οικονομικού φορέα δεν μπορεί να υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης κατ' έτος, ήτοι για κάθε μία από τις ετήσιες οικονομικές χρήσεις της τελευταίας τριετίας, όπως απαιτεί η διακήρυξη, ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να προσκομίσει στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι ο ετήσιος κύκλος εργασιών του είναι τουλάχιστον ίσος με την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης για κάθε μία από τις τρεις οικονομικές χρήσεις των ετών 2014, 2015 και 2016 (βλ. και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 1111/04.03.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, απόφαση 303/2015, με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», παρ. 3γ) του κεφαλαίου ΙΙΙ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια). Ο δε όρος «*αθροιστικά*» δεν αναφέρεται στο άθροισμα του κύκλου εργασιών των τριών οικονομικών χρήσεων, το οποίο προφανώς, με αυτόν τον τρόπο υπολογιζόμενο, θα υπερέβαινε όντως το ανώτατο «κατώφλι» που θέτει το άρθρο 75 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, ήτοι το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, αλλά αντιθέτως αναφέρεται στον κύκλο εργασιών που προκύπτει από τον αριθμό των συμβάσεων για το ίδιο αντικείμενο που συνήψε ο οικονομικός φορέας μέσα στο ίδιο έτος για κάθε

μία από τις τρεις κρίσιμες οικονομικές χρήσεις και ο οποίος αφορά στα είδη για τα οποία συμμετέχει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας.

16. Επειδή ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων, επιβάλλει δε (η εν λόγω αρχή) τη σύνταξη των προσφορών σύμφωνα με τις υποδείξεις της Υπηρεσίας (ΕΑ ΣτΕ 816/2007, 26/2007) και τον αποκλεισμό του υποψηφίου σε περίπτωση που αυτός δεν συμμορφώνεται με επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενους όρους της διακήρυξης (ΑΕΠΠ 171/2017 σκ. 32). Άρα, όπως προκύπτει από τα εκτεθέντα στις ανωτέρω σκέψεις, ο επίμαχος όρος της διακήρυξης ήταν αρκούτως σαφής και δεν άφηγε κανένα περιθώριο παρερμηνείας του, με αποτέλεσμα, η προσβαλλόμενη να έχει κρίνει ορθά ως προς την πληρότητα των αποδεικτικών στοιχείων που προσκόμισε η προσφεύγουσα, σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική της επάρκεια, βάσει των οποίων εν τέλει κρίθηκε ότι δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις της παρ. 5.2.1 της διακήρυξης.

17. Επειδή άλλωστε, η προσφεύγουσα με το από 16.11.2017 έγγραφό της προς την αναθέτουσα, με θέμα: «Υποβολή ερωτημάτων σχετικά με τον Ηλεκτρονικό Ανοικτό Διαγωνισμό....., σύμφωνα με την υπ' αριθμ. Διακ ..... και αριθμ. Συστ. .... με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 01/12/2017 και ώρα 13:00», το οποίο αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. αυθημερόν και ώρα 13:17:38 μ.μ., όπως απαντήθηκε δυνάμει του από 24.11.2017 εγγράφου της αναθέτουσας με θέμα: «Απάντηση σε ερωτήματα σας σχετικά με τον ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αρ. συστήματος .....», το οποίο αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. αυθημερόν και ώρα 15:22:29 μ.μ., ουδέποτε έθεσε ζήτημα ερμηνείας του επίμαχου όρου της διακήρυξης, ούτε ζήτησε διευκρινίσεις επ' αυτού και συνεπώς, προφανώς θεωρείται ότι ήταν επαρκώς σαφής και ξεκάθαρος. Ως εκ τούτου, όπως προεκτέθηκε, αφενός η υποχρέωση των υποψηφίων αναδόχων να υποβάλλουν τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά, χωρίς ο σχετικός όρος να

αμφισβητηθεί επικαίρως από την προσφεύγουσα και ο οποίος, συνεπώς, τη δεσμεύει, αφετέρου η αρχή της τυπικότητας, που διέπει τη διαδικασία της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και δεν επιτρέπει να τίθενται εκποδών διατάξεις της διακήρυξης οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής ορισμένων δικαιολογητικών (ΕΑ ΣτΕ 228/2013, 433/2011, 38/2011 και ΣτΕ 918/2011, 1942/2010 κ.ά.), οδήγησαν την αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα να προβεί απόλυτα ορθά στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας (ΑΕΠΠ 129/2017 σκ. 14). Ενόψει όλων των ανωτέρω εκτεθέντων, ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος.

18. Επειδή ο προβαλλόμενος από την προσφεύγουσα, πέμπτος (Ε) λόγος προσφυγής δεν αποτέλεσε λόγο αποκλεισμού αυτής, όπως αναφέρει και η αναθέτουσα αρχή, στο με αριθμό πρωτοκόλλου 7569/20.02.2016 έγγραφό της, με θέμα: «Απόψεις της Υπηρεσίας σχετικά με την από 9/2/2018 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «.....» που αφορά το διαγωνισμό για την προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου και του Νομικού του Προσώπου Ο.Π.Α.Α.Π. για το έτος 2018», το οποίο κοινοποιήθηκε στην Αρχή στις 20.02.2018, στο οποίο χαρακτηριστικά επισημαίνεται: *«Σχετικά με τον ισχυρισμό της ανωτέρω εταιρείας για την χρονοσήμανση της ψηφιακής υπογραφής αυτό δεν αποτέλεσε λόγο αποκλεισμού της καθόσον, αν και αποτελεί παρέκκλιση από τη σωστή διαδικασία, όπως περιγράφεται στις σχετικά με την ψηφιακή υπογραφή οδηγίες, δεν είναι σαφές κατά πόσο θέτει σε αμφισβήτηση την αξιοπιστία του εγγράφου»*. Η ίδια περίπτωση θέση της αναθέτουσας είχε επαναληφθεί και στο προγενέστερο με αριθμό πρωτοκόλλου 7001/14.02.2018 έγγραφό της, με θέμα: «Απόψεις της Υπηρεσίας σχετικά με την από 9/2/2018 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «.....» που αφορά το διαγωνισμό ....., το οποίο είχε κοινοποιηθεί στην Αρχή στις 15.02.2018 και στο οποίο αναφέρεται ότι: *«Σχετικά με τον ισχυρισμό της ανωτέρω εταιρείας στο σημείο 1Ε για την χρονοσήμανση της ψηφιακής υπογραφής αυτό δεν αποτέλεσε λόγο αποκλεισμού της»*. Εξάλλου, την ίδια ερμηνεία δίνει η Οικονομική Επιτροπή στο με αριθμό πρωτοκόλλου 7469/16.02.2018 έγγραφό της με θέμα: «Προδικαστικές

προσφυγές των εταιριών -.....-, κατά της με αριθμό 91/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου σχετικά με τον .....», όπου αναφέρει χαρακτηριστικά ότι: «[...]. Συνεπώς ο ανωτέρω λόγος, και μόνο, αποτελεί τον λόγο αποκλεισμού της εταιρείας «.....» από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και οι επιμέρους επισημάνσεις που αναφέρονται στο πρακτικό, καταγράφηκαν για αναφορικούς λόγους». Κατά συνέπεια, είναι προφανές ότι εφόσον ο υπό κρίση προβαλλόμενος λόγος δεν αποτέλεσε λόγο αποκλεισμού της προσφεύγουσας, προβάλλεται αλυσιτελώς εκ μέρους της και ως εκ τούτου δεν εξετάζεται περαιτέρω.

19. Επειδή τέλος, ο προβαλλόμενος από την προσφεύγουσα, έκτος (ΣΤ) λόγος προσφυγής δεν αποτέλεσε λόγο αποκλεισμού αυτής ούτε όμως τον προβάλλει και η προσφεύγουσα κατά της συμμετοχής άλλου συνυποψηφίου οικονομικού φορέα, προβάλλεται αλυσιτελώς λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος από την πλευρά της, δεδομένου ότι δεν προκύπτει, εφόσον και η ίδια η προσφεύγουσα δεν εξειδικεύει περαιτέρω, ποια είναι η ζημία ή άλλη δυσμενής συνέπεια που υφίσταται αυτή από την έλλειψη σαφούς, ειδικής, εμπειριστατωμένης και πλήρους αιτιολογίας της προσβαλλόμενης, κατά το μέρος που δεν περιλαμβάνει οποιαδήποτε μνεία για την αξιολόγηση των υποβληθέντων δειγμάτων εκ μέρους των υποψηφίων οικονομικών φορέων. Από τον συνδυασμό των διατάξεων του άρθρου 18 της διακήρυξης με τίτλο «ΠΡΟΣΚΟΜΙΣΗ ΔΕΙΓΜΑΤΟΣ» που ορίζει ότι: «*Η αδυναμία προσκόμισης δείγματος από τους συμμετέχοντες είναι λόγος αποκλεισμού της προσφοράς τους*» και του άρθρου 8 της Τεχνικής Έκθεσης με τίτλο «Προσκόμιση δείγματος» που ορίζει ότι: «*Τα δείγματα αξιολογούνται κατά το στάδιο της αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς.*», πράγματι προκύπτει ότι η αναθέτουσα ενήργησε πλημμελώς και κατά παράβαση των υποχρεώσεών της που απορρέουν από το κανονιστικό πλαίσιο που θεσπίζει η διακήρυξη, παραλείποντας να συμπεριλάβει στην προσβαλλόμενη οποιαδήποτε διάταξη σχετικά με τα προσκομισθέντα δείγματα. Εξάλλου, η απάντηση που δίνει σχετικά η Οικονομική Επιτροπή στο με αριθμό πρωτοκόλλου 7469/16.02.2018 έγγραφό της με θέμα: «Προδικαστικές προσφυγές των εταιριών -

.....- & -.....-, κατά της με αριθμό 91/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής ..... σχετικά με τον διαγωνισμό ....., όπου αναφέρει χαρακτηριστικά ότι: «*Επιπλέον διευκρινίζεται από την επιτροπή προχώρησε στην αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών όλων των εταιρειών, χωρίς να κάνει ιδιαίτερη μνεία στην προσκόμιση των σχετικών δειγμάτων που απαιτούνταν, καθότι όλες οι συμμετέχουσες εταιρείας προσκόμισαν εμπρόθεσμα τα απαιτούμενα δείγματα ως όφειλαν.*», δεν καλύπτει την πλήρη και παντελή απουσία αιτιολογίας στην προσβαλλόμενη, λαμβάνοντας υπόψη ότι σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, κρίσιμο να περιληφθεί στο σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης, δεν είναι αν προσκόμισαν ή όχι δείγματα ένας, μερικοί ή όλοι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, το οποίο βάσει της διακήρυξης, αποτελεί όρο που τέθηκε επί ποινή αποκλεισμού (κριτήριο on/off), αλλά το πώς τα προσκομισθέντα αυτά δείγματα αξιολογήθηκαν από την αναθέτουσα, γεγονός για το οποίο απαιτείται περαιτέρω τεκμηρίωση, στοιχειοθέτηση της κρίσης της και συγκεκριμένη αιτιολογία εκ μέρους της αναθέτουσας, σύμφωνα με το οριζόμενο στο άρθρο 17 παρ. 1 και 2 του ΚΔΔιαδ (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 2162/2014, 3766/2012 επταμελής, 148/2011 επταμελής, 3052, 3058/2009 Ολομέλεια, κ.ά.). Ωστόσο, λόγω του ότι όπως προαναφέρθηκε δεν προκύπτει βλάβη της προσφεύγουσας από την έλλειψη αιτιολογίας στο σώμα της προσβαλλόμενης ως προς τα προσκομισθέντα από τους οικονομικούς φορείς δείγματα, ο λόγος αυτός προσφυγής προβάλλεται αλυσιτελώς λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος εκ μέρους της και συνεπώς δεν εξετάζεται περαιτέρω από το Κλιμάκιο.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 του Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

**Αριθμός Απόφασης: 192 /2018**

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 8 Μαρτίου 2018 και εκδόθηκε στις 12 Μαρτίου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**Βασιλική Μπάκου**