

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 10 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη
- Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Μιχαήλ
Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 29.01.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
239/29.01.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο
«...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ...(εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...»,
νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει,
όπως ακυρωθούν, άλλως, τροποποιηθούν συγκεκριμένοι όροι της υπ' αριθμ.
...- ...Διακήρυξης, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου, ανοικτού,
ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια Τροφίμων και Βασικής Υλικής
Συνδρομής για τις ανάγκες του Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και
Βασικής Υλικής Συνδρομής για το Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας Απόρων
(TEBA/FEAD) των Κοινωνικών Συμπράξεων των ..., ... και ... της ...2020», με
προϋπολογιζόμενη δαπάνη 1.537.487,90€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, με
κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη
προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή ή μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης,
όπου αυτό προβλέπεται για το σύνολο των ποσοτήτων των προς προμήθεια
ειδών του ανά τμήμα του Συγκεντρωτικού Πίνακα της Διακήρυξης (Συστημικός
αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...), και να επαναπροκηρυχθεί με νόμιμους όρους.

Με την Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς των προσβαλλόμενων όρων της εν θέματι Διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού ... χιλιάδων εξακοσίων σαράντα ... ευρώ και ογδόντα λεπτών 6.646,80€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 29.01.2021, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 239/29.01.2021, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά Διακήρυξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 1.537.487,90€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν.

4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω Διακήρυξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη αναρτήθηκε στις 08.01.2021 στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ και στις 10.01.2021 στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ).

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο υπό ανάθεση αντικείμενο (δωρεάν διανομή τροφίμων), στρέφεται κατά συγκεκριμένων - περιοριστικών του ανταγωνισμού, όπως υποστηρίζει - απαιτήσεων της επίμαχης Διακήρυξης, που καθιστούν αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή την έστω με επιφύλαξη υποβολή Προσφοράς στον εν θέματι Διαγωνισμό (βλ. και ΣτΕ 1259/2019), κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Υπενθυμίζεται ότι σε περίπτωση άσκησης Προσφυγής κατά όρων Διακήρυξης, προκειμένου να θεμελιώσει έννομο συμφέρον ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεστεί, με την προβολή ειδικού ισχυρισμού, τη βλάβη του, η οποία στην περίπτωση μη συμμετοχής του στον Διαγωνισμό, πρέπει να συνίσταται στον αποκλεισμό του από την διαγωνιστική διαδικασία (βλ. ΣτΕ 31/2019 και σκέψη 24 της παρούσας Απόφασης).

Δοθέντος δε, ότι ως επίκληση βλάβης, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, εκ των οποίων, είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον Διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει

τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, η προσφεύγουσα θεμελιώνει, εν προκειμένω, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, ανεξαρτήτως της μη συμμετοχής της στην ένδικη διαδικασία (ΣΤΕ 1259/2019). Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει η προσφεύγουσα (βλ. σελ. 9 της Προσφυγής), σε σχέση με το έννομο συμφέρον της προς άσκηση της παρούσας Προσφυγής: *«Προσφεύγουμε με την παρούσα κατά των όρων της υπ' αριθμ. ...Διακήρυξης, η οποία κατά την κρίση μας, μάς στερεί την δυνατότητα να συμμετέχουμε στον υπό κρίση Διαγωνισμό λόγω υπέρμετρων μη αναγκαίων και άστοχων όρων που έχουν τεθεί χωρίς να εξυπηρετούν το δημόσιο συμφέρον. Στρεφόμαστε δια της παρούσας νομίμως και παραδεκτώς ενώπιον της Αρχής Σας, εντός της εκ του νόμου τασσόμενης προθεσμίας κατά τα προεκτεθέντα και αιτούμεθα την ακύρωσή αυτής με προφανές, άμεσο και ενεστώδες έννομο συμφέρον, διότι η εταιρεία μας έχει την εμπειρία και την αναμφισβήτητη τεχνική και επαγγελματική καταλληλότητα και επάρκεια να εκτελέσει εμπροθέσμως και προσηκόντως το έργο για το οποίο προκηρύχθηκε ο Διαγωνισμός. Οι όροι όμως που έχουν τεθεί στο κανονιστικό κείμενο της Διακήρυξης, οδηγούν στον αδικαιολόγητο αποκλεισμό μας και μας στερούντο δικαίωμα να υποβάλλουμε προσφορά, σε βλάβη όχι μόνον των οικονομικών μας συμφερόντων, αλλά και σε βλάβη του εν γένει ανταγωνισμού. Και τούτο διότι, οι βασικές απαιτήσεις της Διακήρυξης απευθύνονται κατά την εκτίμηση μας σε έναν ή το πολύ δύο οικονομικούς φορείς, εμποδίζοντας την εταιρεία μας που διαθέτει πολυετή εμπειρία σε όμοια έργα, αλλά και τεχνική και επαγγελματική επάρκεια, να υποβάλλει προσφορά. Ο άνευ νομίμου ερείσματος, εν τοις πράγμασι «αποκλεισμός» μας τεκμηριώνει πέραν πάσης αμφιβολίας το έννομο συμφέρον μας για την άσκηση της παρούσας. [...]*».

Α) Καταρχάς, η προσφεύγουσα παραθέτει ένα σύντομο ιστορικό των επισιτιστικών προγραμμάτων δωρεάν διανομής τροφίμων στους απόρους της Χώρας. Ειδικότερα, αναφέρει ότι: *«Με αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Ένωσης από το έτος 1998 έως το 2014 με χρηματοδότηση της Ε.Ε. οι διαγωνισμοί διανομής Τροφίμων σε απόρους διεξήγοντο από τον ..., φορέα του Εν συνεχεία με την παρ. 3 του άρθρου 45 του Ν. 4314/2014 (ΦΕΚ 265 Α'), τα καθήκοντα της*

Διαχειριστικής Αρχής του Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής (ΕΠ...), βάσει του άρθρου 32 του Κανονισμού ΕΕ 223/2014 για το Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (ΤΕΒΑ), ανατέθηκαν στο ...(...), το οποίο εποπτεύεται από το Η εκτέλεση των προγραμμάτων διανομών τροφίμων ΤΕΒΑ γίνεται από τις Περιφέρειες ή τους Δήμους, αναλόγως ποιος φορέας ανέλαβε επικεφαλής των διαφόρων Κοινωνικών Συμπράξεων. Για παράδειγμα η ...είναι ο δικαιούχος για τις Συμπράξεις των ..., ... και ..., ενώ ο Δήμος ... είναι ο δικαιούχος για την Οι πρώτοι διαγωνισμοί υπό το νέο λοιπόν αυτό καθεστώς ξεκίνησαν να προκηρύσσονται από τις Αναθέτουσες Αρχές - Επικεφαλές των Κοινωνικών Συμπράξεων από τα τέλη του 2016 και συνεχίζονται μέχρι σήμερα. Ακολουθώντας, οι διαγωνισμοί ΤΕΒΑ που προκηρύχθηκαν τα έτη 2016-2017, με βάση την κατανομή του προϋπολογισμού ΤΕΒΑ ... - ...(συνημμένο ...), στο σύνολο τους σχεδόν έδιναν την δυνατότητα στους προσφέροντες οικονομικούς φορείς να δίνουν προσφορά ανά τμήμα-ομάδα (όπως παντοπωλείο, κρέατα, τυριά, σπωρολαχανικά κτλ) ή ακόμα και ανά προϊόν. Στους διαγωνισμούς αυτούς η Αναθέτουσα Αρχή ήταν αυτή που όφειλε να ομαδοποιήσει τα προϊόντα από τους διάφορους αναδόχους και να οργανώσει η ίδια την διανομή τους στους ωφελούμενους. Η συντριπτική πλειοψηφία των διαγωνισμών αυτών λοιπόν κατακυρώθηκαν σε πολλούς ανάδοχους, όπου κάθε Ανάδοχος ανέλαβε κάποιο Τμήμα-Ομάδα ή προϊόν κάθε διαγωνισμού. Η εκτέλεση τους, έπειτα και από διαδοχικές παρατάσεις (η εκτέλεση τους παρατάθηκε τελικά έως 31-12-2020) που εγκρίθηκαν από το Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους στις διάφορες κοινωνικές συμπράξεις ολοκληρώθηκαν, αντιστοίχως, τα έτη 2018, 2019 και 2020. Από την εμπειρία μας δε στο αντικείμενο αυτό στις περισσότερες των περιπτώσεων ο χρόνος ολοκλήρωσης των συμβάσεων ΤΕΒΑ αρχής γενομένης από την υπογραφή τους μέχρι και την υλοποίησή τους είχαν διάρκεια ένα (1) με δύο (2) χρόνια. Επειδή σε πολλές περιπτώσεις κατά την εκτέλεση των διαγωνισμών αυτών η εκάστοτε Αναθέτουσα Αρχή είχε να συντονίσει πολλούς προμηθευτές-αναδόχους, παραλαβές και παραδόσεις στους ωφελούμενους και προέκυπταν αρκετά διαχειριστικά προβλήματα, από το έτος 2018 (με βάση την

κατανομή του προϋπολογισμού TEBA 2018-2019-συνημμένο 4) και έπειτα αρκετές Περιφέρειες και Δήμοι επέλεξαν να ομαδοποιήσουν τις διακηρύξεις σε ένα ή δύο Τμήματα (Τρόφιμα και Είδη Βασικής Υλικής Συνδρομής ενιαία ή ξεχωριστά) και στις περισσότερες των περιπτώσεων περιελάμβαναν την υποχρέωση οι ίδιοι οι Ανάδοχοι να οργανώσουν και να συντονίσουν την διανομή των ειδών στους ωφελούμενους. Οι διαγωνισμοί αυτοί της κατανομής του προϋπολογισμού TEBA 2018-2019, ξεκίνησαν να συμβασιοποιούνται το έτος 2019 και στις περισσότερες Κοινωνικές Συμπράξεις είναι σήμερα ακόμα σε εξέλιξη - η δε εκτέλεση τους έχει ήδη παραταθεί έως 31-12-2021.

Παραθέτουμε το παραπάνω διαδικαστικό ιστορικό των συμβάσεων TEBA ώστε να γνωρίζει η Αρχή Σας ότι συγκεκριμένοι λόγοι που έχουν τεθεί στην υπό κρίση Διακήρυξη θέτουν υπέρμετρους περιορισμούς που δεν συνάδουν με τα μεγάλα χρονικά διαστήματα που απαιτούνται για εκτελεστούν οι διαγωνισμοί TEBA. Εάν και θα τεκμηριώσουμε επαρκώς πιο κάτω το ασφυκτικό πλαίσιο των προσβαλλομένων με την παρούσα όρων της Διακήρυξης χαρακτηριστικά θα αναφέρουμε ότι θεωρούμε εξαιρετικά απίθανο κάποιος διαγωνισμός του προϋπολογισμού TEBA 2018-2019 να έχει υλοποιηθεί σε ποσοστό μεγαλύτερο του ... έως την 31η Δεκεμβρίου 2019.

Σχετικά με την εμπειρία και την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια της εταιρείας μας να εκτελεί προσηκόντως αντίστοιχα με τον υπό κρίση Διαγωνισμό έργα. Η εταιρεία μας ιδρύθηκε το ... στον ..., ξεκινώντας από ένα μικρό ελαιοτριβείο και μια μικρή μονάδα εμφιάλωσης και σιλό αποθήκευσης δημητριακών. Μέχρι και σήμερα, η εταιρεία μας έχει πραγματοποιήσει επενδύσεις άνω των ... εκατομμυρίων Ευρώ και αποτελεί μια υπερσύγχρονη καθετοποιημένη μονάδα παραγωγής και τυποποίησης ελαιολάδου, πυρηνελαίου και σπορελαίων σε όλες τις συσκευασίες. Απασχολεί περίπου ... εργαζόμενους ενώ τα προϊόντα της εξάγονται σε περισσότερες από ... χώρες παγκοσμίως. Η αξία των εξαγωγών αναλογεί περίπου στο ήμισυ των πωλήσεων της εταιρείας μας που τα τελευταία έτη ξεπερνούν τα ... εκατομμύρια Ευρώ. Όσον αφορά την διανομή τροφίμων σε απόρους η εταιρεία μας προ πολλών ετών είχε συμμετάσχει σε πολλούς διαγωνισμούς του ... και είχε αναλάβει αρκετούς από αυτούς, τους οποίους τους

είχε εκτελέσει με απόλυτη επιτυχία μέχρι το έτος 2014. Ενδεικτικά αναφέρουμε ότι το 2014 εκτελέσαμε με απόλυτη επιτυχία στον ... διαγωνισμούς δωρεάν διανομής τροφίμων αξίας περίπου ...€. Ακολούθως είχαμε αναλάβει και είχαμε εκτελέσει αρκετούς διαγωνισμούς διανομής τροφίμων ΤΕΒΑ. Συγκεκριμένα τα έτη 2017 έως 2020 έχουμε εκτελέσει επιτυχώς και σε ποσοστό 100% τις παρακάτω συμβάσεις που αποτυπώνονται στον κάτωθι πίνακα υπό στοιχεία Α., ήτοι: [...]

Β) Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον η Διακήρυξη θέτει υπέρμετρους περιορισμούς σε μεγάλο αριθμό ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων που διαθέτουν την απαιτούμενη εμπειρία προς εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης και «φωτογραφίζει» συγκεκριμένες εταιρίες, κατά παράβαση της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

•1ος Λόγος Προσφυγής: Η απαίτηση σωρευτικής πλήρωσης των όρων του άρθρου ...της Διακήρυξης περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό

Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας: «Το σημείο ... - της διακήρυξης αναφέρει: «.....Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα 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 (...), να έχουν εκτελέσει επιτυχώς: ...Δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών τροφίμων (είτε ολοκληρωμένων πλήρως είτε ολοκληρωμένων **κατά το ... του ποσού της** σύμβασης) προϋπολογισμού μεγαλύτερου ή ίσου του πενήντα επί τοις εκατό (...) της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, οι οποίες α) Περιλαμβάνουν την προμήθεια ιδίων ή αντίστοιχων ειδών τουλάχιστον κατά ... αυτών που αναφέρονται στην παρούσα β) Ειδικά για τα τρόφιμα σε ψύξη, να προκύπτει πως ο οικονομικός φορέας έχει ολοκληρώσει την παράδοση ποσοτήτων τουλάχιστον ίσων ή μεγαλύτερων από το ... των αναφερόμενων στην παρούσα διακήρυξη: α) νωπών κρεάτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης, β) νωπών τυροκομικών σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης και γ) νωπών φρούτων σε

τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης, αντίστοιχα. Σε περίπτωση που ο υποψήφιος ή το μέλος αυτού, έχει εκτελέσει το ανωτέρω έργο ως μέλος ένωσης προσώπων, η υπόψη εμπειρία προσμετράται κατά το ποσοστό συμμετοχής του στην ένωση που εκτέλεσε το έργο. Διευκρινίζεται ότι δεν είναι αποδεκτή η κάλυψη της απαίτησης από περισσότερες αθροιζόμενες μεταξύ τους συμβάσεις...».

Οι παραπάνω τιθέμενες προϋποθέσεις από την Αναθέτουσα Αρχή προσκρούουν στο πνεύμα της διάταξης του άρθρου 75 παρ. 2 Ν. 4412/2016, όπου ορίζεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης».

Το πνεύμα της παραπάνω διάταξης καθιστά σαφές ότι η Αναθέτουσα Αρχή υποχρεούται να προσδιορίζει τις απαιτήσεις συμμετοχής (χρηματοοικονομικές, τεχνικές και επαγγελματικές δυνατότητες) σε εκείνες που είναι απαραίτητες για την εκτέλεση της σύμβασης. Εν προκειμένω η Αναθέτουσα Αρχή με τα όσα έθεσε στους όρους ...και ...καταστρατήγησε την παραπάνω διάταξη και την αρχή της αναλογικότητας και έθεσε υπερβολικές απαιτήσεις ΣΩΠΕΥΤΙΚΑ για την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια και την εν γένει τεχνική καταλληλότητα των υποψηφίων, ιδίως με τον όρο όπου δεν επιτρέπει την κάλυψη της απαίτησης με άθροισμα συμβάσεων που να έχει εκτελέσει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας.

Και τούτο υπό το πρίσμα ότι το έργο δεν αφορά μόνον σε μία ..., όπου είναι και το σύνηθες στα έργα αυτά, αλλά σε τρεις (ήτοι της ..., της ... και της ...), γεγονός που μεγαλώνει τον προϋπολογισμό του έργου. Αν δεν είχε τεθεί από την

Διακήρυξη αυτός ο περιορισμός, τότε η εταιρία μας θα μπορούσε να αθροίσει τις ποσότητες και τις αξίες από τους 7 διαγωνισμούς ΤΕΒΑ που έχει εκτελέσει τα έτη ...- ...-... και να υπερκαλύψει την απαίτηση είτε αποκλειστικά ως εταιρία είτε ως ένωση εταιριών ή με στήριξη σε ικανότητα τρίτης εταιρίας (πχ. εταιρία εμπορίας κρεάτων ή φρούτων). Δηλαδή, η απαγόρευση της άθροισης πολλών συμβάσεων για την πλήρωση της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας, έχει τεθεί αλυσιτελώς καθόσον κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας μία επιχείρηση, όπως η δική μας, εν προκειμένω, που έχει εκτελέσει επιτυχώς περισσότερες συμβάσεις, επιδεικνύει ακόμα μεγαλύτερη αξιοπιστία από κάποιον οικονομικό φορέα που μπορεί να έχει εκτελέσει μόνον 2 συμβάσεις.

Σχετικά αναφερόμαστε και στην υπ' αριθμ. 1015/2019 Απόφαση της Αρχής σας, όπου στην υπό σκέψη 49 ορίζει ότι: «Επειδή η απαίτηση μιας και μόνης σύμβασης ίσης προϋπολογιζόμενης αξίας με την υπό ανάθεση σύμβαση σε συνδυασμό με τις λοιπές απαιτήσεις για την απόδειξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και την απαίτηση για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια που πρέπει να λαμβάνονται υπόψη σωρευτικώς, δεν παρίσταται ούτε αναγκαία ούτε πρόσφορη για την εξυπηρέτηση του σκοπού για τον οποίο τέθηκε αλλά, αντίθετα, είναι δυσανάλογη προς το αντικείμενο της υπό ανάθεση συμβάσεως, δεδομένου ότι η εμπειρία των οικονομικών φορέων μπορεί να προκύπτει και από την εκτέλεση περισσότερων συμβάσεων μικρότερης αξίας και περιορίζει αδικαιολόγητα τη συμμετοχή περισσότερων ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων που δραστηριοποιούνται στο πλαίσιο της οικείας αγοράς, ως η προσφεύγουσα. Τούτων έπεται ότι ο ανωτέρω όρος της επίδικης διακήρυξης είναι παράνομος, όπως βάσιμα προβάλλεται με την υπό εξέταση προσφυγή, και πρέπει να ακυρωθεί.».

Και ενώ είναι εύλογο ότι πρέπει να τίθενται κάποιες προϋποθέσεις ώστε να εξασφαλίζει η Αναθέτουσα Αρχή ότι ο οικονομικός φορέας διαθέτει την χρηματοοικονομική, την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια να υλοποιήσει τη σύμβαση αυτό θα επιτυγχανόταν μετά βεβαιότητας με έναν ρεαλιστικότερο περιορισμό όπου θα επέτρεπε στον υποψήφιο να αποδείξει την καταλληλότητά του και να καλύψει την ζητούμενη απαίτηση με το άθροισμα τουλάχιστον δύο ή

τριών συμβάσεων (νοουμένου αντίστοιχων ειδών) προϋπολογισμού μεγαλύτερου ή ίσου του πενήντα επί τοις εκατό (...) της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης εντός της τελευταίας τριετίας. Και τούτο εννοείται χωρίς να συντρέχουν σωρευτικά οι επιπλέον προϋποθέσεις, όπου στις συμβάσεις που θα πρέπει να έχει εκτελέσει ο υποψήφιος θα πρέπει αυτές να περιλαμβάνουν την προμήθεια ιδίων ή αντίστοιχων ειδών τουλάχιστον κατά ... αυτών που αναφέρονται στην υπό κρίση Διακήρυξη, όπου ειδικά για τα τρόφιμα σε ψύξη, να προκύπτει πως ο οικονομικός φορέας έχει ολοκληρώσει την παράδοση ποσοτήτων τουλάχιστον ίσων ή μεγαλύτερων από το ... των αναφερόμενων στην διακήρυξη: α) νωπών κρεάτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης, β) νωπών τυροκομικών σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης και γ) νωπών φρούτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης, αντίστοιχα. Η σώρευση όλων των προαναφερόμενων προϋποθέσεων καθιστά πρακτικά αδύνατη τη συμμετοχή της εταιρείας μας στον Διαγωνισμό και εκτιμούμε ότι αυτό ισχύει και για αρκετούς υποψηφίους οικονομικούς φορείς. Ο καθορισμός των ικανοτήτων των υποψηφίων θα έπρεπε να αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης. Υπό αυτήν την έννοια οι όροι που τίθενται για να αποκρυσταλλωθούν οι ελάχιστες αναγκαίες τεχνικές – επαγγελματικές ικανότητες των οικονομικών φορέων πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της προμήθειας. Εν προκειμένω οι παραπάνω σωρευτικά ζητούμενες απαιτήσεις δεν δικαιολογούνται ούτε από τον προϋπολογισμό της σύμβασης (διότι μεγαλύτερης ίσης και μεγαλύτερης αξίας συμβάσεις στο ίδιο αντικείμενο δεν έχουν παρόμοιες απαιτήσεις) ούτε από τα υπό προμήθεια είδη τα οποία είναι βασικά τρόφιμα και βασικά είδη πρώτης ανάγκης.

Για να γίνουν περισσότερο κατανοητοί οι ασφυκτικοί αυτοί περιορισμοί που έχει θέσει η Αναθέτουσα Αρχή τους επαναλαμβάνουμε με παραδείγματα. Δηλαδή για να μπορέσει ένας υποψήφιος οικονομικός φορέας να συμμετάσχει στον διαγωνισμό πρέπει στο πρόσωπό του να συντρέχουν σωρευτικά τα ακόλουθα: -

Να έχει εκτελέσει οπωσδήποτε δύο συμβάσεις πλήρως ή τουλάχιστον σε ποσοστό που να αντιστοιχεί στο ... επί της συνολικής αξίας της σύμβασης την τριετία ..., ..., ..., - Αυτές οι συμβάσεις (τουλάχιστον δύο) να έχουν προϋπολογισμό μεγαλύτερο ή ίσο του πενήντα επί τοις εκατό (...) της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης (ήτοι ποσού μεγαλύτερου από 1.329.360,84 € Χ...= 664.680,42€) - Να περιλαμβάνουν την προμήθεια ιδίων ή αντίστοιχων ειδών τουλάχιστον κατά ... αυτών που αναφέρονται στην υπό κρίση Διακήρυξη (ήτοι τουλάχιστον ... από τα ... είδη τροφίμων της διακήρυξης) - Να περιλαμβάνουν ποσότητες (που να έχουν επίσης παραδοθεί από τον Ανάδοχο) τουλάχιστον ίσων ή μεγαλύτερων από το ... των αναφερόμενων στην υπό κρίση διακήρυξη: α) νωπών κρεάτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης, ήτοι 33.253 κιλά κρέατα (Νωπό Βόειο-Νωπό Χοιρινό) της διακήρυξης Χ...= 16.626,50 κιλά β) νωπών τυροκομικών σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης, ήτοι 39.620 τεμάχια ...γρ τυριών (Φέτα ΠΟΠ-Γραβιέρα ΠΟΠ) της διακήρυξης, που ισούνται με 15.848 κιλά Χ...= 7.924 κιλά και γ) νωπών φρούτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης, ήτοι 17.819 κιλά (λεμόνια) φρούτων της διακήρυξης Χ...= 8.909,50 κιλά.

Η πολυπλοκότητα του παραπάνω όρου με την τόσο λεπτομερή παράθεση προϋποθέσεων περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό χωρίς να εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον και προξενεί οικονομική βλάβη στην εταιρεία μας, όπου έχει όλα τα εχέγγυα να λάβει μέρος στον διαγωνισμό, αλλά αδυνατεί λόγω του παραπάνω όρου. Όσον αφορά την απαίτηση, το ζητούμενο ποσοστό ολοκλήρωσης μιας σύμβασης να υπερβαίνει το ... της αξίας της σύμβασης εκτιμούμε ότι πρόκειται για έναν όρο ατελέσφορο, καθόσον δεν εξυπηρετεί τον επιδιωκόμενο σκοπό που είναι η καλή εκτέλεση της σύμβασης, η οποία αποδεικνύεται και από το πρώτο στάδιο υλοποίησης. Επομένως, υπό το πρίσμα ότι τόσο η υπό κρίση σύμβαση, όσο και οι αντίστοιχες αυτής έχουν χρονικά μεγάλο μέσο όρο υλοποίησης, το ποσοστό ... ολοκλήρωσης που θέτει η Αναθέτουσα Αρχή εκτιμούμε ότι είναι υπερβολικό και θα έπρεπε, είτε να παραλειφθεί, είτε επικουρικά να μειωθεί στο εύλογο ποσοστό του Σε κάθε

περίπτωση αυτό που έχει την σημασία για την απόδειξη της τεχνικής επάρκειας ενός προσφέροντα είναι οι παραδοθείσες ποσότητες σε ένα ορισμένο χρονικό διάστημα να έχουν εκτελεστεί επιτυχώς.

Ως προς τον όρο που έχει θέσει η Αναθέτουσα Αρχή ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας να έχει εκτελέσει οπωσδήποτε δύο συμβάσεις πλήρως ή τουλάχιστον σε ποσοστό που να αντιστοιχεί στο ... επί της συνολικής αξίας της σύμβασης την τριετία ..., ..., ..., θεωρούμε ότι η επιλογή των ετών ..., ... & ... ως τελευταία τρία (έτη) δεν είναι ορθή. Από τη στιγμή που περίληψη της υπό κρίση διακήρυξης εστάλη για δημοσίευση στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις ... και οι δημοσιεύσεις που ακολουθήσαν σε εθνικό επίπεδο έγιναν το ..., θα έπρεπε ως τελευταία τριετία να αναφέρονται τα έτη ..., ... & Σχετικά αναφερόμαστε και στην υπ' αριθμ. 1687/2020 Απόφαση της Αρχής Σας, όπου στην σκέψη υπό στοιχείο 8 διατυπώνεται ο συλλογισμός ότι η μέτρηση της τελευταίας τριετίας εκκινεί από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης και πίσω, νοουμένου ότι αυτός ο τρόπος υπολογισμού είναι και εύκολα αντιληπτός στον μέσο συνετό άνθρωπο. Πέραν τούτου, θεωρούμε ότι οι όροι της εκάστοτε διακήρυξης θα πρέπει να είναι όσο το δυνατόν πιο επίκαιροι ως προς την επάρκεια και την τεχνική καταλληλότητα των διαγωνιζομένων αλλά και για να δίνουν την δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν ξεκινήσει πρόσφατα την επιχειρηματική τους δραστηριότητα να συμμετέχουν. Προς ενίσχυση της θέσης μας αυτής να σημειώσουμε ότι έχουμε εντοπίσει σε πολλές διακηρύξεις, σε ανάλογους όρους, να διευρύνουν το χρονικό διάστημα της τελευταίας τριετίας (προς απόδειξη της χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου) με ημερομηνία εκκίνησης το σημείο μέχρι και την δημοσίευση της διακήρυξης. Ειδικά ως προς την εταιρεία μας η επιλογή της Αναθέτουσας Αρχής να θεωρήσει ότι η τελευταία τριετία είναι αυτή των ετών ... έως ... και όχι των ετών ... έως ... μας στερεί την δυνατότητα να αποδείξουμε (άλλως να υπενθυμίσουμε) στην Αναθέτουσα Αρχή ότι μας κατακυρώθηκε σύμβαση (από διαγωνισμό που είχε προκηρύξει η ίδια Αρχή) συνολικής αξίας 3.845.715,95 (χωρίς να υπολογίζουμε τον ΦΠΑ). Σχετικά με τη σύμβαση αυτή (ιδέ πίνακα Β) μέχρι και σήμερα την έχουμε εκτελέσει σε ποσοστό 70,87%, το οποίο,

υπολογιζόμενου επί της αξίας της σύμβασης, αντιστοιχεί στο ποσό των 2.725.377,92€.

Αυτό το αναφέρουμε αφενός προς απόδειξη της χρηματοοικονομικής και εν γένει επαγγελματικής μας επάρκειας και αφετέρου για την περίπτωση που η Αρχή Σας κρίνει ως παράνομο: (α) τον χαρακτηρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι ως τελευταία 3ετία θεωρούνται τα έτη από ... έως ...9, (β) ως παράνομο τον όρο να μην μπορεί να αθροίσει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας τις συμβάσεις που έχει εκτελέσει, (γ) ως παράνομο τον όρο να έχουν εκτελεστεί συμβάσεις σε ποσοστό ... και άνω, (δ) ως παράνομους τους όρους που αξιώνουν οι συμβάσεις που έχουν εκτελέσει να περιλαμβάνουν την προμήθεια ιδίων ή αντίστοιχων ειδών τουλάχιστον κατά ... αυτών που αναφέρονται στην διακήρυξη ενώ ειδικά για τα τρόφιμα σε ψύξη, να προκύπτει πως ο οικονομικός φορέας έχει ολοκληρώσει την παράδοση ποσοτήτων τουλάχιστον ίσων ή μεγαλύτερων από το ... των αναφερόμενων στην διακήρυξη: α) νωπών κρεάτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης, β) νωπών τυροκομικών σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης και γ) νωπών φρούτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης, αντίστοιχα. Κατά συνέπεια, εκτιμούμε ότι και η κρίση της Αναθέτουσας Αρχής να χαρακτηρίσει ως τελευταία τριετία τα έτη από ... έως και ..., αντί του ορθού που είναι τα έτη ... έως ...0, μας ζημιώνει καθώς δεν μπορούμε να εισφέρουμε στον υπό κρίση διαγωνισμό την εμπειρία που έχουμε ως εταιρεία στο αντικείμενο της υπό κρίση προμήθειας (ιδέ πιο πάνω Πίνακα).

Β). Δυστυχώς, η προσέγγιση αυτή της Αναθέτουσας Αρχής δεν άρθηκε ούτε με το ... διευκρινιστικό της έγγραφο, όπου εμμένει να χαρακτηρίζει ως τελευταία τριετία το χρονικό διάστημα των ετών ... έως ... (ιδέ σελίδα ..., παράγραφος ...). Η επιλογή των ετών όμως ... έως ... σε συνδυασμό με το υψηλό ποσοστό ολοκλήρωσης (άνω του ...), περιορίζει τις συμβάσεις που μπορούν να χρησιμοποιηθούν από τους υποψήφιους προσφέροντες μόνο στις συμβάσεις ΤΕΒΑ του προϋπολογισμού ΤΕΒΑ ...-..., καθώς οι διαγωνισμοί ΤΕΒΑ προϋπολογισμού ...-..., όπως έχουμε αναφέρει δεν είχαν ολοκληρωθεί σε ποσοστό ... στις Το παραπάνω άτοπο θα είχε αποφευχθεί εάν η Αναθέτουσα

Αρχή όριζε ως τελευταία τριετία το χρονικό διάστημα από 2018 έως 2020. Περαιτέρω η εκτίμηση μας ότι η Αναθέτουσα Αρχή αξιώνει υπερβολικές απαιτήσεις από τους υποψηφίους οικονομικούς φορείς, ενισχύεται και από άλλα στοιχεία.

Ειδικότερα μετά από έρευνα που κάναμε όσον αφορά στους διαγωνισμούς διανομής τροφίμων σε απόρους (TEBA), και αφού ελέγξαμε το σύνολο σχεδόν των διακηρύξεων, Πρακτικών κατακύρωσης και συμβάσεων που έχουν υπογραφεί για την κατανομή του προϋπολογισμού TEBA ...-... (που όπως έχουμε αναφέρει ανωτέρω στο ιστορικό των διαγωνισμών TEBA είναι κατά πάσα πιθανότητα όλες εκτελεσμένες άνω του ... στις ...), εντοπίσαμε μόνο 2 συμβάσεις που πληρούν όλα τα ανωτέρω κριτήρια. Συγκεκριμένα η μία σύμβαση είναι μεταξύ του Δήμου ... και της εταιρείας με την επωνυμία: «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», με ημερομηνία υπογραφής στις 15/12/2017 (Συνημμένο ...). Η δε δεύτερη είναι μεταξύ του ...και της εταιρίας με την επωνυμία: «...» με ημερομηνία υπογραφής στις 9-2-2017 (Συνημμένο ...). Είναι επίσης σημαντικό να τονίσουμε ότι μεταξύ των διακηρύξεων TEBA που συμβασιοποιήθηκαν από την κατανομή του προϋπολογισμού TEBA ... - ... (χωρίς να υπολογίζουμε τις δεκάδες μικρότερης αξίας συμβάσεις) είναι και οι παρακάτω (συνημμένα αρχεία ... έως ...9) και συγκεκριμένα:

- Η Σύμβαση της ...με την εταιρία με την επωνυμία: «...» με ημερομηνία υπογραφής στις 14-2-17 αξίας 7.005.253,29€ (Συνημμένο ...)
- Η Σύμβαση Δήμου ... με εταιρία την εταιρεία με την επωνυμία: «...» με ημερομηνία υπογραφής στις 6-12-18 αξίας 1.346.656,83 € (Συνημμένο ...)
- Η Σύμβαση Δήμου Σαρωνικού με εταιρία με την επωνυμία: «...» με ημερομηνία υπογραφής στις 25-5-18 αξίας 1.361.210,47€ (Συνημμένο ..)
- Διακήρυξη και Πρακτικό κατακύρωσης Διαγωνισμού TEBA ... προϋπολογισμού 3.194.500,13€ (Συνημμένο ... & ...)

Όλες οι ανωτέρω συμβάσεις παρόλο που είναι όλες σε αξία μεγαλύτερες του εν θέματι διαγωνισμού δεν πληρούν τα αθροιστικά κριτήρια που θέτει η υπό κρίση διακήρυξη και δεν μπορούν να χρησιμοποιηθούν από τους συμβαλλόμενους οικονομικούς φορείς για τη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό. Επίσης, όσον

αφορά στους λοιπούς δημόσιους διαγωνισμούς τροφίμων που έχουν προκηρυχθεί από Δήμους, Νοσοκομεία κλπ εντοπίσαμε μία μόνο περίπτωση (συνημμένα αρχεία ..., ... & ... που αντιστοιχούν στην διακήρυξη, την μελέτη και το Πρακτικό Κατακύρωσης - καθόσον δεν καταφέραμε να βρούμε την οικεία σύμβαση), που πληροί τα ανωτέρω κριτήρια και αυτή αφορά την κατακύρωση στις 7-5-18 από τον Δήμο ... του διαγωνισμού για τις ανάγκες του Δήμου το έτος 2017 στην εταιρία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «....», η οποία όπως αναφέραμε ανωτέρω έχει υπογράψει με τον Δήμο ... την σύμβαση ΤΕΒΑ στις 15-12-2017 που πληροί και αυτή το επίμαχο άρθρο της διακήρυξης. Στον δε ιδιωτικό τομέα δεν μπορέσαμε να βρούμε καμία σύμβαση, με αντίστοιχους όρους. Η έρευνα που διεξαγάγαμε ήταν ενδελεχής όμως παρ' όλα αυτά, ακόμη και στην απίθανη περίπτωση που μας διέφυγαν μία ή δύο συμβάσεις που να πληρούν τους παραπάνω όρους της Διακήρυξης, αυτό ουδόλως απαξιώνει το γεγονός ότι οι όροι που έχουν τεθεί σωρευτικά περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό και καθιστούν εντελώς ανέφικτη την συμμετοχή μας στον διαγωνισμό.

Ανακεφαλαιωτικά, εάν η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε ορίσει τόσο υψηλό ποσοστό ολοκλήρωσης - άνω του ..., το οποίο βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για τον σκοπό που έχει τεθεί - ή εάν είχε δώσει την αναμενόμενη δυνατότητα να αθροίζονται περισσότερες συμβάσεις για την πλήρωση των χρηματοοικονομικών και επαγγελματικών κριτηρίων, ή εάν δεν αξίωνε οι συμβάσεις που έχουν εκτελέσει οι υποψήφιοι να περιλαμβάνουν την προμήθεια ιδίων ή αντίστοιχων ειδών τουλάχιστον κατά ... αυτών που αναφέρονται στην διακήρυξη ενώ ειδικά για τα τρόφιμα σε ψύξη, να προκύπτει πως ο οικονομικός φορέας έχει ολοκληρώσει την παράδοση ποσοτήτων τουλάχιστον ίσων ή μεγαλύτερων από το ... των αναφερόμενων στην διακήρυξη: α) νωπών κρεάτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης, β) νωπών τυροκομικών σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης και γ) νωπών φρούτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης, αντίστοιχα, θα μπορούσαμε να συμμετέχουμε στον διαγωνισμό είτε αποκλειστικά ως εταιρία, είτε ως ένωση εταιριών ή με στήριξη σε ικανότητα τρίτης εταιρίας (πχ. εταιρία εμπορίας

κρεάτων ή φρούτων). Η εκτίμηση μας είναι ότι η Αναθέτουσα Αρχή κατά τον προσδιορισμό των επαγγελματικών ικανοτήτων των υποψηφίων ξεπέρασε τα όρια της διακριτικής της ευχέρειας και ενσωμάτωσε στο κανονιστικό κείμενο της Διακήρυξης αυστηρότατους όρους, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, για τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς, χωρίς οι όροι αυτοί να είναι πρόσφοροι, αναγκαίοι και ανάλογοι προς τον επιδιωκόμενο σκοπό. Σχετική η απόφαση της Αρχής Σας υπ' αριθμ. 492/2020, ιδίως στις σκέψεις 20 και επόμενα.

Ενόψει των όσων παραπάνω αναφέρουμε ζητούμε την ακύρωση, άλλως την αναπροσαρμογή των όρων ...-...της Διακήρυξης διότι καταστρατηγούν το πνεύμα της διάταξης του άρθρου 75 παρ. 1 Ν. 4412/2016, την αρχή της αναλογικότητας και την αρχή της ίσης μεταχείρισης και στερεί το δικαίωμα στην εταιρεία μας να συμμετάσχει στον διαγωνισμό.

• **2ος λόγος Προσφυγής: Η απαίτηση εκτέλεσης δύο συμβάσεων υλικής συνδρομής ... φυσικών προσώπων-ωφελομένων του όρου παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας**

Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: «Το σημείο της διακήρυξης αναφέρει: «..... (...) τουλάχιστον συμβάσεις διανομής τροφίμων (ξηρά, νωπά και τρόφιμα σε ψύξη) ή ειδών βασικής υλικής συνδρομής σε πακέτο σε τουλάχιστον ... (...) φυσικά πρόσωπα, ωφελομένους – αρχηγούς οικογενειών, με υπόδειξη κάποιου φορέα κατά την τελευταία τριετία (... , ..., ...). Ειδικότερα, ως διανομή, λογίζεται η οργάνωση των διαφόρων ειδών σε πακέτα προς τους ωφελομένους και η υποστήριξη της αναθέτουσας αρχής στην επί τόπου διανομή τους. Ως αντίστοιχη σύμβαση ορίζεται κάθε σύμβαση που περιλαμβάνει εκτός τυχόν άλλων αντικειμένων, και διανομή απευθείας σε ωφελομένους - φυσικά πρόσωπα, ειδών συναφών με αυτά της παρούσας διακήρυξης. Ως διανομή για τους σκοπούς του παρόντος έργου, λογίζεται σωρευτικά η οργάνωση τουλάχιστον τεσσάρων διαφορετικών ειδών, εκ των οποίων τα δύο τουλάχιστον να είναι νωπά κρέατα ή τυροκομικά, σε πακέτα τα οποία να έχουν διατεθεί προς τους ωφελομένους καθώς και την υποστήριξη της Αναθέτουσας Αρχής στην πακετοποίηση για την επί τόπου διανομή τους. Σε περίπτωση που ο υποψήφιος ή το μέλος αυτού, έχει εκτελέσει το ανωτέρω έργο ως μέλος ένωσης

προσώπων, η υπόψη εμπειρία προσμετράται κατά το ποσοστό συμμετοχής του στην ένωση που εκτέλεσε το έργο. Διευκρινίζεται ότι δεν είναι αποδεκτή η κάλυψη της απαίτησης από περισσότερες αθροιζόμενες μεταξύ τους συμβάσεις...».

Και ο ως άνω όρος της διακήρυξης προσκρούει στο πνεύμα της διάταξης του άρθρου 75 παρ. 2 Ν. 4412/2016, διότι τα όσα προβλέπονται εκεί βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου, περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό και δυσχεραίνουν πλήρως την συμμετοχή μας στον διαγωνισμό. Προς απόδειξη του ότι έχει καταστρατηγηθεί η παραπάνω διάταξη καθώς και οι αρχές της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων διαγωνιζομένων αναφερόμαστε σε αντίστοιχους όρους ανάλογων διακηρύξεων.

Και πρώτα απ' όλα αναφερόμαστε στην προηγούμενη διακήρυξη της ίδιας Αναθέτουσας (...) την οποία έχουμε αναλάβει, όπου στο αντίστοιχο σημείο, όριζε: «... (...) τουλάχιστον σύμβαση διανομής τροφίμων (ξηρά, νωπά και ψυγείου) ή ειδών βασικής υλικής συνδρομής (ολοκληρωμένη) σε πακέτο σε τουλάχιστον ... (...) φυσικά πρόσωπα, ωφελούμενους, κατ' υπόδειξη κάποιου φορέα κατά την τελευταία τριετία (... , ..., ...) και έως την ημερομηνία Δημοσίευσης της παρούσας Διακήρυξης. 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».

Επιπρόσθετα, αναφερόμαστε σε αντίστοιχη διακήρυξη της ... προϋπολογισμού άνω των 18 εκ. ευρώ που δημοσιεύτηκε στο ΕΣΗΔΗΣ πριν λίγες ημέρες (18/1/21), όπου στον αντίστοιχο όρο ορίζει: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, κατά τα έτη (... , ..., ..., 2020), να έχουν εκτελέσει ορθώς: Σύμβαση διανομής τροφίμων (τρόφιμα σε ψύξη, τρόφιμα σε συντήρηση) σε πακέτο (όπου ως «πακέτο» ορίζεται το σύνολο περισσοτέρων του ενός προϊόντος, σε οποιαδήποτε μορφή συσκευασίας, που έχει διανεμηθεί σύμφωνα με τον προγραμματισμό για την κατανομή των ειδών της Αναθέτουσας Αρχής) σε τουλάχιστον ... (...) συνολικά φυσικά πρόσωπα, ωφελούμενους, με υπόδειξη κάποιου φορέα κατά τα έτη (... , ..., ..., ...) και έως

και σήμερα. Αυτό μπορεί να ικανοποιηθεί και με περισσότερες των μία συμβάσεων, αρκεί έκαστη να αφορά κατ' ελάχιστον ... (...) ωφελούμενους και το σύνολο αυτών των συμβάσεων να καλύπτει την ως άνω απαίτηση για διανομή σε ... ωφελούμενους».

Από τα παραπάνω στοιχεία συνάγεται ευχερώς ότι ο αριθμός των ... ωφελουμένων, που αξιώνει η Αναθέτουσα Αρχή δεν δικαιολογείται και σε καμία περίπτωση ο δυσθεώρητος αυτός αριθμός δεν μπορεί να θεωρηθεί πρόσφορος ή και αναγκαίος για τον σκοπό που επιδιώκει. Ειδικά για την πρόσφατη διακήρυξη της ... προϋπολογισμού ...εκατ. Ευρώ όπου ο αριθμός των ωφελούμενων ορίστηκε στους ... τονίζουμε επιπλέον ότι ζητήθηκε σε εύρος ...ετίας και όχι ...ετίας.

Επιπρόσθετα, επανερχόμαστε και εν προκειμένω στην εκτίμηση μας ότι η Αναθέτουσα Αρχή, μη ορθώς προσδιορίζοντας και εδώ την τελευταία τριετία στα έτη ..., ..., ..., αντί της ορθής προσέγγισης που είναι τα έτη ..., ... & ..., καθιστά και με τον όρο αυτόν αδύνατη τη συμμετοχή της εταιρείας μας στον διαγωνισμό. **Ειδικότερα, παρότι η εταιρεία μας έχει εκτελέσει επιτυχημένα όχι ... (...)- που αξιώνει ο σχετικός όρος- αλλά ... (...) διανομές στην ...με περισσότερους από ... ωφελούμενους το έτος ..., δεν μπορούμε να εισφέρουμε αυτήν την απόδειξη τεχνικής επάρκειας στον υπό κρίση διαγωνισμό και να υποβάλλουμε την προσφορά μας.** Το παραπάνω άτοπο ενισχύεται και από το γεγονός ότι όπως και παραπάνω έχουμε αναφέρει, οι πρώτοι διαγωνισμοί για την προμήθεια τροφίμων σε απόρους (TEBA) που απαιτούσαν από τον Ανάδοχο να εκτελέσει ο ίδιος την διανομή των προϊόντων στους απόρους (ωφελούμενους) προέχονται από την κατανομή του προϋπολογισμού TEBA 2018-2019 που όπως προαναφέραμε άρχισαν να συμβασιοποιούνται από το ... και έπειτα (στην περίπτωση μας τον ...του ...!). Το παραπάνω εάν συνυπολογισθεί και με τις αναμενόμενες καθυστερήσεις που έχει ένα τέτοιο έργο, όπου από την εμπειρία που έχει η εταιρεία μας εκτιμούμε ότι η σχετική υλοποίηση μπορεί να διαρκέσει ...-... χρόνια, καθιστά τον παραπάνω όρο έτι περισσότερο υπερβολικό.

Επίσης, δεν έχει υποπέσει στην αντίληψή μας μέχρι και το έτος 2019 να υπάρχει κάποια διακήρυξη προμηθειών τροφίμων ΤΕΒΑ που να προβλέπει διανομή σε ωφελούμενους από τον Ανάδοχο και να αφορά σε περισσότερους από ... (...) ωφελούμενους και μάλιστα να έχει υλοποιηθεί μέχρι την Επειδή, οι περισσότεροι διαγωνισμοί παρουσιάζουν καθυστερήσεις και η υλοποίηση τους μπορεί να διαρκέσει ... - ...χρόνια, μέχρι και ..., το πιθανότερο είναι να έχουν εκτελεστεί (αν τυχόν έχει εκτελεστεί κάποια) ελάχιστες διανομές από συμβάσεις προμηθειών τροφίμων ΤΕΒΑ που να προβλέπουν και διανομή σε ωφελούμενους-ήτοι της κατανομής του προϋπολογισμού ...-..., που μάλιστα να αφορούν και σε περισσότερους από ... ωφελούμενους. Συμβάσεις διανομής σε ωφελούμενους πέραν των διαγωνισμών ΤΕΒΑ του προϋπολογισμού ...- ... είναι βέβαιο ότι είναι εξαιρετικά περιορισμένες την τριετία ... - ...- ..., αφού δεν υπάρχει άλλο αντίστοιχο πρόγραμμα διανομής τροφίμων σε απόρους (ωφελούμενους) από το δημόσιο ή ιδιωτικό τομέα (δωρεές) τέτοιου μεγέθους που μια μόνο σύμβαση να μπορεί είναι για σε περισσότερους από ... ωφελούμενους.

Από την συμμετοχή μας σε διάφορους διαγωνισμούς ΤΕΒΑ μπορέσαμε να εντοπίσουμε σύμβαση διανομής τροφίμων σε πακέτο με υπόδειξη κάποιου φορέα κατά την τελευταία τριετία (... , ..., ...), σε περισσότερους από τρεις χιλιάδες πεντακόσιους (...) ωφελούμενους, μόνον στη εταιρεία (στην οποία αναφερόμαστε και στον πρώτο λόγο ακύρωσης) με την επωνυμία: «...» και τον διακριτικό τίτλο «....». Μάλιστα, όλες αυτές οι συμβάσεις έγιναν στο πλαίσιο εκτέλεσης συμβάσεων προηγούμενων διακηρύξεων ΤΕΒΑ, (προϋπολογισμού ... – ...) αλλά ως ξεχωριστές συμβάσεις διανομής. Πρόκειται λοιπόν για ... (...) συμβάσεις διανομής στις οποίες συμβάλλεται η παραπάνω εταιρεία, για τις οποίες η Ανωτέρω εταιρεία έχει καταθέσει βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης σε προηγούμενους διαγωνισμούς ΤΕΒΑ (συνημμένο ...). Συγκεκριμένα στην μεν πρώτη η ως άνω εταιρεία συμβάλλεται με τον Δήμο ... (ημερομηνία σύμβασης ...), , όπου σύμφωνα με την βεβαίωση ημερομηνίας ... η διανομή αφορούσε ... οικογένειες. Στις άλλες δύο η ίδια ως άνω εταιρεία συμβάλλεται με τον Δήμο ... στις 11.12.2017 και 12.3.2018, αντίστοιχα και πιθανολογούμε ότι οι ωφελούμενοι

ξεπερνούν τον αριθμό των ..., διότι η βεβαίωση που βρήκαμε με ημερομηνία ... δεν αναφέρει τον αριθμό των ωφελουμένων.

Επίσης, να σημειώσουμε ότι το πλήθος των ... ωφελουμένων που ορίζει ως ελάχιστο όριο η Διακήρυξη, υπερβαίνει τους ωφελουμένους του προγράμματος ΤΕΒΑ στις περισσότερες ...της χώρας (για παράδειγμα οι ... και ... έχουν περί τους ... ωφελούμενους, μόνο η έχει περισσότερους από ... ωφελούμενους). Εν προκειμένω, ουδόλως τηρήθηκαν κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων οι βασικές αρχές που απορρέουν από το εθνικό και το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ενόψει των όσων παραπάνω αναφέρουμε, ζητούμε την ακύρωση άλλως την αναπροσαρμογή του όρου της Διακήρυξης, διότι το περιεχόμενό της καταστρατηγεί το πνεύμα της διάταξης του άρθρου 75 παρ. 1 Ν. 4412/2016, την αρχή της αναλογικότητας και την αρχή της ίσης μεταχείρισης, νοθεύει τον ανταγωνισμό και στερεί το δικαίωμα στην εταιρεία μας να συμμετάσχει.».

• 3ος Λόγος Προσφυγής: Ασάφεια του όρου4. περί προσωρινής αποθήκευσης των ειδών

Κατά την προσφεύγουσα: «Το σημείο της διακήρυξης ορίζει: «....4 Ο οικονομικός φορέας καλείται να αναλάβει την παροχή υπηρεσιών για τη μεταφορά και προσωρινή αποθήκευση των ποσοτήτων των ειδών της σύμβασης που δεν διανεμήθηκαν κατά την επί τόπου διανομή και την εκ νέου μεταφορά τους στους χώρους της διανομής των Κοινωνικών Συμπράξεων για κάθε ... για την εκ νέου διανομή τους στους ωφελούμενους, παρέχοντας τις υπηρεσίες που περιγράφονται στην προηγούμενη παράγραφο. Η προσωρινή αποθήκευση των ειδών θα πραγματοποιείται σε αποθηκευτικούς χώρους, που διαθέτουν τις νόμιμες αδειοδοτήσεις, ανάλογα με τα είδη προς προσωρινή αποθήκευση, και θα διατίθενται από τον Οικονομικό Φορέα στις αντίστοιχες Κοινωνικές Συμπράξεις για το χρονικό διάστημα υλοποίησης της σύμβασής του. Για την εύρυθμη υλοποίηση του έργου της Κοινωνικής Σύμπραξης απαιτείται οι αποθηκευτικοί χώροι που θα διατίθενται από τον οικονομικό φορέα, να βρίσκονται **εντός της χωρικής έκτασης της** Ο οικονομικός φορέας

αναλαμβάνει πλήρως και αποκλειστικά την ευθύνη για την ασφαλή μεταφορά και αποθήκευση του συνόλου των ειδών της σύμβασης για το χρονικό διάστημα που υποδεικνύει η Αναθέτουσα Αρχή. Σε περίπτωση απώλειας ή καταστροφής των εν λόγω ειδών για οποιονδήποτε λόγο, ο οικονομικός φορέας οφείλει να τα αντικαταστήσει χωρίς καθυστέρηση».

Περαιτέρω στο σημείο ...της διακήρυξης με τίτλο: «Αποδεικτικά μέσα σημείο», στην παράγραφο υπό στοιχεία ...σχετικά με την απαίτηση της παραγράφου, ζητείται: α) Υπεύθυνη Δήλωση με ρητή αναφορά στη δέσμευση που αναλαμβάνει για την ικανοποίηση της απαίτησης καθόλη τη διάρκεια της σύμβασης. β) Περιγραφή των αποθηκευτικών χώρων: γ) Στοιχεία τεκμηρίωσης (διεύθυνση / χωροθέτηση, κατόψεις, άδειες οικοδομής, βεβαιώσεις χρήσης γης από τις οποίες να προκύπτει ότι επιτρέπεται η χρήση τους ως χώρων αποθήκευσης) δ) Αντίγραφα των αντίστοιχων αδειών ε) Συμβάσεις συνεργασίας/ ενοικίασης για τη χρήση των αποθηκευτικών χώρων καθόλη τη διάρκεια της σύμβασης, όπου απαιτείται...».

Τα ανωτέρω σημεία της διακήρυξης αλλά ούτε και ο πίνακας ορίζουν με σαφήνεια τι απαιτείται να καταθέσει ο προσφέρων οικονομικός φορέας για να εκπληρώσει τις εκεί αναφερόμενες απαιτήσεις. Ορίζεται ότι η προσωρινή αποθήκευση των ειδών θα πραγματοποιείται σε αποθηκευτικούς χώρους, που διαθέτουν τις νόμιμες αδειοδοτήσεις, ανάλογα με τα είδη προς προσωρινή αποθήκευση, και θα διατίθενται από τον Οικονομικό Φορέα στις αντίστοιχες Κοινωνικές Συμπράξεις για το χρονικό διάστημα υλοποίησης της σύμβασής του, χωρίς να καθορίζεται επακριβώς ο ζητούμενος αριθμός αποθηκευτικών χώρων.

Επίσης, ορίζονται ως αποδεικτικά μέσα: - Ο τύπος αποθήκευσης χωρίς όμως να γίνεται εξειδίκευση της απαίτησης αυτής - Η χωρητικότητα, χωρίς όμως να ορίζεται με κάποια μονάδα μέτρησης η χωρητικότητα - Ο αριθμός άδειας, χωρίς όμως να ορίζεται εάν πρόκειται για **άδειες εκδιδόμενες από την Πολεοδομία ή εάν πρόκειται για άδειες λειτουργίας** - Βεβαίωση χρήσης γης από την οποία να προκύπτει η χρήση τους ως χώρων αποθήκευσης και αντίγραφα των αντίστοιχων αδειών, χωρίς όμως να γίνεται εξειδίκευση (τι είδους αποθήκευσης; Απαιτείται άδεια χονδρεμπορίου-Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής όπως στο

σημείο; απαιτείται ψυγείο για τα είδη ψυγείου και αν ναι απαιτείται κωδικός F όπως ορίζει η νομοθεσία;) - Επίσης απαιτείται να προσκομισθούν Συμβάσεις συνεργασίας/ ενοικίασης για τη χρήση των αποθηκευτικών χώρων καθόλη τη διάρκεια της σύμβασης, όπου απαιτείται, χωρίς όμως να εξηγεί η Αναθέτουσα Αρχή σε ποιες περιπτώσεις απαιτείται και ποια ενδεχομένως είναι η Αρχή ή η Υπηρεσία που θα ορίσει τι απαιτείται ανά περίπτωση.

Λαμβάνοντας υπ' όψιν και το με αριθμ. πρωτ. ...έγγραφο παροχής διευκρινήσεων που κοινοποίησε η Αρχή και συγκεκριμένα στη δεύτερη σελίδα στην παρ. ... και πάλι δεν επιλύθηκαν συνολικά οι ασάφειες που προέκυψαν από τους παραπάνω όρους.

Ειδικότερα στην παράγραφο ... του διευκρινιστικού εγγράφου η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει: «4. Στον πίνακα που απαιτείται να υποβληθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο ...για την τεκμηρίωση της απαίτησης4 αναφέρονται οι αποθηκευτικοί χώροι που διαθέτουν οι οικονομικοί φορείς ανά Κοινωνική Σύμπραξη και Πράξη, ήτοι ... Κοινωνικές Συμπράξεις και ... Πράξεις. Οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν μία ή περισσότερες εγκαταστάσεις σύμφωνα με το άρθρο, για τις οποίες θα προσδιορίσουν τη διάθεσή τους ανά Κοινωνική Σύμπραξη και Πράξη. Οι δαπάνες για τη μεταφορά και προσωρινή αποθήκευση των ποσοτήτων των ειδών της σύμβασης που δεν διανεμήθηκαν κατά την επί τόπου διανομή και την εκ νέου μεταφορά τους στους χώρους της διανομής των Κοινωνικών Συμπράξεων για κάθε Π.Ε για την εκ νέου διανομή τους στους ωφελούμενους». Η διευκρίνηση που δόθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή ουδόλως κάλυψε τις ασάφειες και τα κενά που δημιούργησαν οι παραπάνω όροι αλλά κατά την εκτίμησή μας επέτεινε τη σύγχυση, ιδίως ως προς τους αποθηκευτικούς χώρους που και πάλι δεν είναι ξεκάθαρο εάν απαιτούνται ...ή ... ή

Σε κάθε περίπτωση όπως παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και

επιδεικνύοντας τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένου τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια. Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84). Εν προκειμένω, παρά το διευκρινιστικό σημείωμα της Αναθέτουσας Αρχής δεν ήρθη η ασάφεια των προαναφερόμενων σημείων των σχετικών όρων της Διακήρυξης και κατά συνέπεια πρέπει αυτοί να ακυρωθούν άλλως να αναπροσαρμοσθούν ώστε να μην καταλείπεται καμία αμφιβολία στον υποψήφιο οικονομικό φορέα συμπεριλαμβανομένης και της εταιρείας μας για τις απαιτήσεις και τα δικαιολογητικά που πρέπει να διαθέτει προκειμένου να συμμετάσχει στον διαγωνισμό και να υποβάλει ορθή προσφορά.

• **4ος λόγος Προσφυγής: Μη νόμιμη η απαίτηση προσκόμισης Πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας για προϊόντα καταψυγμένα τα οποία δεν περιλαμβάνονται στα υπό προμήθεια είδη (άρ. ...της Διακήρυξης)**

Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: «Το σημείο ...της διακήρυξης έχει ως τίτλοι: «...Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» και περαιτέρω ορίζεται ότι: «...Ο υποψήφιος ή σε περίπτωση ένωσης προσώπων κάθε μέλος της για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να συμμορφώνονται με τα ακόλουθα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και για την απόδειξη αυτής, απαιτείται η προσκόμιση των ακόλουθων Πιστοποιητικών διαπιστευμένων από το Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης (Ε.ΣΥ.Δ.) ή άλλο αντίστοιχο φορέα, τα οποία θα πρέπει να βρίσκονται σε ισχύ καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης:

• Πιστοποιητικό Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας κατά το πρότυπο ISO ..., ή ισοδύναμο, με πεδίο κάλυψης την αποθήκευση, τη συσκευασία ή/και την

ανασυσκευασία και τη διακίνηση, εμπορία και διανομή τροφίμων ξηρής αποθήκευσης, τροφίμων σε ψύξη, τροφίμων σε κατάψυξη.

- Πιστοποιητικό Συστήματος Περιβαλλοντικής Διαχείρισης κατά το πρότυπο ISO ...ή και νεότερο αυτού όπως κάθε φορά ισχύει ή ισοδύναμο, με πεδίο εφαρμογής την αποθήκευση, τη συσκευασία ή/και την ανασυσκευασία και τη διακίνηση, εμπορία και διανομή τροφίμων ξηρής αποθήκευσης, τροφίμων σε ψύξη και ειδών προσωπικής και οικιακής υγιεινής.

- Πιστοποιητικό Συστήματος Διαχείρισης της Υγείας & Ασφάλειας στους χώρους Εργασίας κατά το πρότυπο OHSAS ...- ΕΛΟΤ ..., ή και νεότερο αυτού όπως κάθε φορά ισχύει ή ισοδύναμο με πεδίο την αποθήκευση, τη συσκευασία ή/και την ανασυσκευασία και τη διακίνηση, εμπορία και διανομή τροφίμων ξηρής αποθήκευσης, τροφίμων σε ψύξη και ειδών προσωπικής και οικιακής υγιεινής. Σε περίπτωση υποψήφιας ένωσης προσώπων, την παραπάνω πιστοποίηση απαιτείται να διαθέτει κάθε μέλος της ένωσης. Δεν επιτρέπεται η στήριξη στην ικανότητα τρίτων για την εκπλήρωση της ανωτέρω απαίτησης. Ο Φορέας Πιστοποίησης των ως άνω αναφερόμενων προτύπων απαιτείται να είναι Διαπιστευμένος σε σχετική διαπίστευση κατά ISO/IEC ... ή ισοδύναμο από το ΕΣΥΔ ή από αντίστοιχο Φορέα Διαπίστευσης, ο οποίος συμμετέχει στην Αμοιβαία Συμφωνία Αναγνώρισης (MLA management system certification) του Διεθνούς Φόρουμ Διαπίστευσης (IAF International Accreditation Forum) για την πιστοποίηση συστημάτων διαχείρισης.

...Ειδικά σε ό,τι αφορά στη διαχείριση της ασφάλειας των τροφίμων, ο προσφέρων οικονομικός φορέας, εφόσον συσκευάζει (πρώτη συσκευασία) ο ίδιος τα προσφερόμενα είδη και για όσα εξ αυτών ο ίδιος συσκευάζει, οφείλει να καταθέσει:

- Πιστοποιητικό Συστήματος Διαχείρισης Ασφάλειας Τροφίμων (ΣΔΑΤ) κατά το πρότυπο ISO ...ή ισοδύναμο ή νεότερο αυτού όπως κάθε φορά ισχύει, για τις εγκαταστάσεις λειτουργίας του, όπου εκτελεί την πρώτη συσκευασία, με το οποίο να πιστοποιείται ότι η συσκευασία, η αποθήκευση και η διακίνηση των τροφίμων πραγματοποιείται με υγιεινό τρόπο και ότι εφαρμόζει, διατηρεί και αναθεωρεί

διαδικασίες ..., σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην ΚΥΑ 487/4-10-2000, όπως αυτή ισχύει.

...Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δε συσκευάζει ο ίδιος το υπό προμήθεια είδος, προσκομίζεται το Πιστοποιητικό ISO ...ή ισοδύναμο ή νεότερο αυτού για τη διαχείριση της ασφάλειας των τροφίμων, διαπιστευμένο από το Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης (Ε.ΣΥ.Δ.) ή άλλο αντίστοιχο φορέα, από την επιχείρηση από την οποία προμηθεύεται τα διακινούμενα είδη, με το οποίο να πιστοποιείται ότι η συσκευασία των τροφίμων πραγματοποιείται με υγιεινό τρόπο και ότι εφαρμόζει, διατηρεί και αναθεωρεί διαδικασίες ..., σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην ΚΥΑ 487/4-10-2000, όπως αυτή ισχύει.

... Σε κάθε περίπτωση ο Οικονομικός Φορέας θα πρέπει να διαθέτει πιστοποιητικό κατά το πρότυπο ISO ...ή ισοδύναμο ή νεότερο όπως εκάστοτε ισχύει, με πεδίο εφαρμογής την ανασυσκευασία (δηλαδή αυτή που θα λάβει χώρα προς πακετοποίηση των προς διανομή δεμάτων στο πλαίσιο εκτέλεσης της σύμβασης), αποθήκευση, διακίνηση, διανομή με αντικείμενο τρόφιμα ξηρής αποθήκευσης, αποθήκευσης σε ψύξη και προϊόντα κατεψυγμένα».

Σχετικά με τις παραπάνω απαιτήσεις της Διακήρυξης, επισημαίνουμε τα ακόλουθα. Από το σύνολο σχεδόν των διαγωνισμών ΤΕΒΑ που έχουμε υπόψιν μας δεν μπορέσαμε να βρούμε καμία άλλη διακήρυξη που να απαιτεί ως πρότυπο διασφάλισης ποιότητας για το ISO ... και το ISO ... πεδίο πιστοποίησης (επιπλέον των τροφίμων ξηρής αποθήκευσης και αποθήκευσης σε ψύξη) για τρόφιμα ή προϊόντα κατεψυγμένα, ενώ αυτό μάλιστα ουδόλως αιτιολογείται από την Αναθέτουσα. Η εταιρία μας διαθέτει όλα τα ανωτέρω πιστοποιητικά ποιότητας που αναφέρει η Διακήρυξη με όλα τα πεδία πλην των προϊόντων κατάψυξης (συνημμένο ...). Ο παραπάνω προβληματισμός μας επιτείνεται από το γεγονός ότι στα υπό προμήθεια είδη (όπως άλλωστε και σε όλους τους διαγωνισμό ΤΕΒΑ) δεν εντοπίζεται κανένα προϊόν για το οποίο να απαιτείται κατάψυξη. Λαμβάνοντας υπ' όψιν και το με αριθμ. πρωτ. ...έγγραφο παροχής διευκρινήσεων που κοινοποίησε η Αρχή όπου στην τελευταία παράγραφο της ... σελίδας αυτού ορίζεται ότι: Απαιτήσεις είδους Αλκοολούχα Λοσιόν.

Σχετικά με την απαίτηση υποβολής πιστοποιητικού διασφάλισης ποιότητας ή ισοδύναμο αυτού διαπιστευμένο από το Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης (ΕΣΥΔ) ή άλλο αντίστοιχο φορέα των κατασκευαστών και μόνο για τα Είδη Βασικής Υλικής Συνδρομής, Διευκρινίζεται ότι σύμφωνα με το Άρθρο 82 του Ν. 4412/2016 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης (άρθρο 62 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), όπως ισχύει «Οι αναθέτουσες αρχές, εάν απαιτούν την προσκόμιση πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας τα οποία βασίζονται στη σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων και έχουν πιστοποιηθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη. Επίσης, κάνουν δεκτά άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει τα εν λόγω πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας». Η παραπάνω διευκρίνηση για τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας, όπως σαφώς ορίζει η Διευκρίνηση αφορά μόνο τα Είδη Βασικής υλικής Συνδρομής, ενώ δεν γίνεται κάποια διόρθωση/υπόμνηση για το γεγονός ότι ζητούντα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας για προϊόντα καταψυγμένα που όπως αναφέρουμε και παραπάνω δεν είναι στα υπό προμήθεια είδη. Ενόψει των ανωτέρω ζητούμε την ακύρωση του σχετικού όρου κατά το μέρος που αξιώνει από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς να διαθέτουν τα πιστοποιητικά ποιότητος ISO ... & ISO ... με πεδίο πιστοποίησης μεταξύ άλλων και για τρόφιμα κατεψυγμένα ή προϊόντα κατεψυγμένα προκειμένου να υποβάλλουν ορθή προσφορά, διότι δεν υπάρχει νόμιμος λόγος προσκόμισής τους.».

• 5ος λόγος Προσφυγής: Ασάφεια του όρου ως προς τα απαιτούμενα φορτηγά μεταφοράς και παράδοσης τροφίμων

• Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας: «Το σημείο της διακήρυξης ορίζει: «.... Ο προσφέρων οικονομικός φορέας είναι υποχρεωμένος να λάβει όλα τα κατάλληλα μέτρα για τη σωστή μεταφορά και παράδοση των ειδών στον υποδεικνυόμενο από την αναθέτουσα αρχή τόπο παράδοσης. **Ο οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον ... (...) φορτηγά για την μεταφορά και παράδοση των τροφίμων και τουλάχιστον ... (...) φορτηγά για τη μεταφορά των προϊόντων βασικής υλικής συνδρομής.**» Σχετικά με τον παραπάνω όρο επισημαίνουμε ότι δεν έχει διατυπωθεί με σαφήνεια καθόσον η γενική και αόριστη αναφορά στην απαίτηση ότι ο οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει ... (...) φορτηγά για την μεταφορά και την παράδοση τροφίμων και ...(...) φορτηγά για την μεταφορά των προϊόντων βασικής υλικής συνδρομής προκαλεί ανασφάλεια στον υποψήφιο συμμετέχοντα, για το εάν διαθέτει τα κατάλληλα φορτηγά για την εκτέλεση της σύμβασης, καθόσον δεν εξειδικεύεται το μέγεθος του φορτηγού και ορθότερα δεν προσδιορίζεται το ωφέλιμο φορτίο που απαιτείται να έχει το φορτηγό ενώ στερεί από την Αναθέτουσα Αρχή την ευχέρεια να ελέγξει την επαγγελματική επάρκεια του οικονομικού φορέα σε σχέση με τον παραπάνω όρο. Δηλαδή ο παραπάνω όρος ενέχει τον κίνδυνο ένας οικονομικός φορέας να διαθέτει συνολικά ... φορτηγά (...+...) που όμως να είναι μικρής χωρητικότητας και εξ αυτού του λόγου, να μην είναι εφικτό να εκτελεσθεί προσηκόντως και εγκαίρως το έργο μεταφοράς και παράδοσης. Περαιτέρω λαμβάνοντας υπ' όψιν και το με αριθμ. πρωτ. ...έγγραφο παροχής διευκρινήσεων που κοινοποίησε η Αρχή και συγκεκριμένα στη ... σελίδα στην παρ. ..., η ασάφεια δεν αποκαταστάθηκε καθόσον η Αναθέτουσα Αρχή τοποθετήθηκε ως εξής: «Σύμφωνα με το άρθρο, «Ο προσφέρων οικονομικός φορέας είναι υποχρεωμένος να λάβει όλα τα κατάλληλα μέτρα για τη σωστή μεταφορά και παράδοση των ειδών στον υποδεικνυόμενο από την αναθέτουσα αρχή τόπο παράδοσης. Ο οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον ...(...) φορτηγά για την μεταφορά και παράδοση των τροφίμων και τουλάχιστον ... (...) φορτηγά για τη μεταφορά των προϊόντων βασικής υλικής συνδρομής.».

Οι άδειες κυκλοφορίας των οχημάτων απαιτείται να πληρούν τις απαιτήσεις της ισχύουσας νομοθεσίας. Για την τεκμηρίωση των απαιτήσεων του άρθρου της Διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να υποβάλλουν τα δικαιολογητικά που ορίζονται στο άρθρο ...».

Για να καταστήσουμε κατανοητή την εν γένει αστοχία του παραπάνω όρου αρκεί να αναφέρουμε ότι η εταιρία μας διαθέτει ... (...) φορτηγά συνολικής χωρητικότητας άνω των ... τόνων, που διαθέτει η ίδια, καθώς ο στόλος αυτός είναι "υπεραρκετός για να καλύψει το έργο της μεταφοράς και της διανομής. Ένα δεύτερο κριτήριο που θα έπρεπε η Αναθέτουσα Αρχή να λάβει υπ' όψιν της (πέραν της χωρητικότητας) για τον υπολογισμό των απαιτούμενων μεταφορικών μέσων είναι το γεγονός ότι η διακήρυξη απαιτεί ... (...) διανομές σε κάθε ..., οπότε το μεταφορικό έργο ανά ημέρα είναι αρκετά χαμηλό και ως εκ τούτου, δεν απαιτούνται οκτώ φορτηγά για την έγκαιρη υλοποίηση του έργου. Επιπρόσθετα, να σημειώσουμε ότι στον προηγούμενο διαγωνισμό TEBA της ...που ανάδοχος αναδείχθηκε η εταιρεία μας προβλέπονταν ο ίδιος αριθμός των οκτώ φορτηγών (...+...), πλην όμως ήταν δικαιολογημένο διότι η αξία του διαγωνισμού (και περίπου αναλογικά και το συνολικό φορτίο των υπό προμήθεια ειδών) ήταν περίπου τριπλάσια από αυτά της που ζητούνται από την υπό κρίση διακήρυξη. Το γεγονός ότι ως απαίτηση αναφέρεται μόνο στο πλήθος των οχημάτων που απαιτούνται (... για τα τρόφιμα και ...για τα είδη ΒΥΣ) και όχι το ωφέλιμο φορτίο που θα πρέπει να διαθέτουν οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς βαίνει ανατιολογήτως υπέρ των οικονομικών φορέων που διαθέτουν πολλά μικρά μεταφορικά μέσα (αφού δεν απαιτείται από την διακήρυξη κάποια ελάχιστη χωρητικότητα ανά φορτηγό ή συνολικά).

Σε περαιτέρω ανάπτυξη του συλλογισμού μας και για να αναδείξουμε το απρόσφορο της ζητούμενης απαίτησης εάν για παράδειγμα κάποιος οικονομικός φορέας διαθέτει ... φορτηγά χωρητικότητας ... τόνων το καθένα (σύνολο ... τόνους) ικανοποιεί τις απαιτήσεις της διακήρυξης, ενώ η εταιρία μας μολονότι διαθέτει τέσσερα λιγότερα φορτηγά, αλλά πολλαπλάσιας χωρητικότητας θα πρέπει να μισθώσει από τρίτους μεταφορικά μέσα ώστε να πληροί τον σχετικό όρο της διακήρυξης.

Ενόψει των ανωτέρω ο απαιτούμενός αριθμός των οκτώ (...+...=...) φορτηγών βαίνει πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, αυξάνοντας δυσανάλογα το κόστος συμμετοχής για την εταιρεία μας, αφού θα πρέπει να απορροφήσουμε την δαπάνη της μίσθωσης τεσσάρων επιπλέον φορτηγών και ως εκ τούτου ζητούμε την ακύρωση του παραπάνω όρου, προκειμένου αυτός να τεθεί με προσδιορισμό του ωφέλιμου φορτίου που θα πρέπει να διαθέτει ο στόλος του υποψήφιου οικονομικού φορέα.».

• 6ος λόγος Προσφυγής: Αντικατάσταση του όρου άδεια λειτουργίας υγειονομικού ενδιαφέροντος με τον ορθό Άδεια-γνωστοποίηση για Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής

Όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα: «Το σημείοΑπαίτηση παραγράφου (σελ. ... διακήρυξης) ορίζει τα εξής: «...Επιπλέον, απαιτείται: 1) Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας είναι έμπορος πρέπει να καταθέσει, επί ποινή αποκλεισμού, με την προσφορά του: τη νόμιμη άδεια λειτουργίας υγειονομικού ενδιαφέροντος της επιχείρησης από την Αρμόδια υπηρεσία για την αποθήκευση, διατήρηση, διακίνηση τροφίμων και ευπαθών προϊόντων η οποία περιλαμβάνει τα είδη για τα οποία λαμβάνει μέρος ο οικονομικός φορέας».

Όσον αφορά τον παραπάνω απαίτηση να επισημάνουμε ότι βάσει του Ν. 4442/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει σήμερα, (ΦΕΚ 230Α/2016 “Νέο Θεσμικό Πλαίσιο για την άσκηση οικονομικής δραστηριότητας και άλλες διατάξεις), καθώς και του Ν. 4512/2018 (ΦΕΚ 5Α) “Ρυθμίσεις για την εφαρμογή των Διαθρωπτικών Μεταρρυθμίσεων του Προγράμματος Οικονομικής Προσαρμογής και άλλες διατάξεις “η άσκηση χονδρικού εμπορίου και η ίδρυση Κέντρου Αποθήκευσης και Διανομής (ΚΑΔ) απαιτεί έγκριση εγκατάστασης από την μόνη αρμόδια υπηρεσία της Δ/σης Ανάπτυξης της περιοχής δραστηριότητας, καθώς και ακόλουθη ανάρτηση/δημοσίευση στην πλατφόρμα notifybusiness της “γνωστοποίησης” λειτουργίας, σύμφωνα με τις υποδείξεις της Δ/σης Ανάπτυξης , που πλέον υπέχει θέση άδειας λειτουργίας. Κάθε άλλη αδειοδότηση από την έναρξη ισχύος του παραπάνω νομοθετικού πλαισίου καταργείται με την εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων. Αντίστοιχη άδεια “γνωστοποίηση” Υγειονομικού Ενδιαφέροντος, αφορά την ίδρυση καταστημάτων υγειονομικού

ενδιαφέροντος (κυρίως καταστήματα εστίασης) τα οποία αδειοδοτούνται από τις επιτροπές ποιότητας ζωής των Δήμων στην περιφέρεια των οποίων εγκαθίσταται κάθε επιχείρηση. Εκ των ανωτέρω συνάγεται πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η συμμετοχή σε Δημόσιους Διαγωνισμούς προμήθειας και διανομής τροφίμων, απαιτεί την νόμιμη αδειοδότηση χονδρικού εμπορίου ΚΑΔ και όχι όπως αναφέρει η διακήρυξή, άδεια υγειονομικού ενδιαφέροντος. Ο όρος λοιπόν άδεια λειτουργίας υγειονομικού ενδιαφέροντος είναι αδόκιμος και ικανός να προκαλέσει σύγχυση στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς. Και τούτο καθόσον μπορεί να γίνει δεκτός κάποιος οικονομικός φορέας που τυχόν διαθέτει άδεια για κατάστημα υγειονομικού ενδιαφέροντος που ουδεμία σχέση έχει με την υπό κρίση διακήρυξη (νοουμένου ότι δεν πληροί τα ποιοτικά κριτήρια επαγγελματικής καταλληλότητας που απαιτεί η Διακήρυξη) και παράλληλα να αποκλεισθεί κάποιος άλλος οικονομικός φορέας που διαθέτει άδεια-γνωστοποίηση για Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής επειδή ξεκίνησε την επιχειρηματική του δραστηριότητα με το καινούριο νομοθετικό πλαίσιο. Ενόψει των ανωτέρω ο παραπάνω όρος πρέπει να ακυρωθεί, άλλως, να αναπροσαρμοσθεί ως προς το περιεχόμενό του, ώστε να διασφαλίζει ότι στον υπό κρίση διαγωνισμό μπορούν να συμμετέχουν και οι οικονομικοί φορείς που διαθέτουν άδεια – γνωστοποίηση με το ισχύον νομοθετικό καθεστώς και να απαλειφθεί ο όρος που αξιώνει ο οικονομικός φορέας να διαθέτει άδεια λειτουργίας υγειονομικού ενδιαφέροντος διότι δεν προσιδιάζει στην υπό κρίση προμήθεια [...]».

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (12.02.2021), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στις 02.02.2021 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

7. Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα αναφέρει ως προς τον 1^ο λόγο Προσφυγής (άρ.) , τα εξής: «[...] Ο νόμος 4412/2016 στο άρθρο 75 αυτού δίνει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να ζητήσει την απόδειξη ενός ικανοποιητικού επιπέδου εμπειρίας μέσω συμβάσεων που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Η διατύπωση του νόμου είναι σαφής. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας... Με άλλα λόγια, δεν υποχρεούνται να απαιτούν συγκεκριμένο επίπεδο εμπειρίας. Οι αναθέτουσες αρχές είναι ελεύθερες να θέσουν ή να μη θέσουν ελάχιστες απαιτήσεις τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων στον εκάστοτε διαγωνισμό. Ο καθορισμός του επιπέδου των απαιτήσεων τελεί υπό τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, αλλά υπόκειται στο γενικό κανόνα ότι πρέπει αυτό να είναι ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης (Οδηγία 13 ΕΑΑΔΗΣΥ). Η δε απόδειξη της ζητούμενης εμπειρίας μπορεί να ζητείται, μεταξύ άλλων, και με την προσκόμιση καταλόγου εκτέλεσης παραδόσεων που οι υποψήφιοι πραγματοποιήσαν την τελευταία τριετία, με συνακόλουθη αναφορά σε κάποια ενδεικτικά αναφερόμενα στο νόμο χαρακτηριστικά των εν λόγω παραδόσεων, όπως της ημερομηνίας εκτέλεσης αυτών, του προϋπολογισμού και άλλων. Επιπροσθέτως, όπως η Αρχή σας έχει κρίνει, η θέσπιση με τη διακήρυξη των όρων που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει άνευ ετέρου τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές και τα κριτήρια επιλογής περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (ΕΑ ΣτΕ 676/2011, 1025/2010, 691/2009, 1049/2007). Περαιτέρω, για την παρανομία τέτοιου όρου δεν αρκεί ο περιορισμός του ανταγωνισμού, ακόμη και αν αυτός είναι σοβαρός ή ακόμη και αν καταλείπει μόνο έναν δυνητικό μετέχοντα (περίπτωση που δεν συνιστά φωτογραφικό όρο, αφού ο όρος καθίσταται φωτογραφικός επειδή όχι

απλά έχει αποτέλεσμα αποκλεισμού του ανταγωνισμού, αλλά διότι συγχρόνως ο αποκλεισμός αυτός είναι και αδικαιολόγητος), αλλά ο ταυτόχρονος αδικαιολόγητος χαρακτήρας του ως προς το σκοπούμενο δια του περιορισμού αποτέλεσμα και η δυσαναλογία μέσων (περιορισμού) προς τον σκοπό αυτού σχετικά με την ικανοποιητική κάλυψη των αναγκών της αναθέτουσας και την εξυπηρέτηση των συμφερόντων αυτής και του εν γένει δημοσίου συμφέροντος (ΑΕΠΠ 238/2017, 3/2018). Τα προσόντα που σχετίζονται με την οικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των υποψήφιων πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων (Βλ. ΣτΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003).

Εν προκειμένω, ο αμφισβητούμενος με την προδικαστική προσφυγή όρος της υποπαραγράφου ...της διακήρυξης βρίσκεται σε πλήρη συνάφεια με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, σε αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό αυτής και είναι πρόσφορος για τη διακρίβωση των ικανοτήτων των υποψηφίων. Ειδικότερα, επειδή το έργο, όπως αναφέρει η προσφεύγουσα, οι εν γένει απαιτήσεις της διακήρυξης πρέπει να είναι μεγαλύτερες από εκείνες των διακηρύξεων, που αφορούν την προμήθεια αντίστοιχων ειδών στους ωφελούμενους μίας Περιφερειακής Ενότητας. Διότι, οι υποψήφιοι οφείλουν, στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, να αποδείξουν ότι διαθέτουν την ικανότητα εκτέλεσης μίας ιδιαιτέρως μεγάλης σύμβασης, όπως η υπό ανάθεση. Με άλλα λόγια, οι υποψήφιοι οφείλουν να αποδείξουν με την στο παρελθόν εκτέλεση αντίστοιχης σύμβασης, ως προς τον προϋπολογισμό, τη διάρκεια, το αντικείμενο, την πληθώρα των παραδόσεων των προς προμήθεια ειδών, την ικανότητά τους, να υποστηρίξουν τις ιδιαίτερες απαιτήσεις της σύμβασης.

Συγκεκριμένα : Πρώτον, η απαίτηση εκτέλεσης ... (...) τουλάχιστον συμβάσεων προμηθειών τροφίμων σωρευτικά κατά τα τελευταία τρία έτη προϋπολογισμού μεγαλύτερου ή ίσου του ... επί τοις εκατό (...) της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, δεν αποτελεί δυσανάλογο περιορισμό, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι δήθεν θα

αρκούσε για την απόδειξη της ικανότητας των υποψηφίων, εκτέλεσης της παρούσας σύμβασης, η στο παρελθόν εκτέλεση πολλών συμβάσεων, η κάθε μία μικρής προϋπολογισθείσας δαπάνης, η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη των οποίων ανέρχεται στο ...α τοις εκατό (...) ή ανωτέρω της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, είναι πλήρως αβάσιμος. Και τούτο διότι, το άθροισμα των εν λόγω συμβάσεων δεν αποδεικνύει ότι τη συγκεκριμένη χρονική στιγμή ο υποψήφιος έχει τις απαιτούμενες δυνατότητες να εκτελέσει σύμβαση, όπως η υπό ανάθεση, με διπλάσια προϋπολογισθείσα δαπάνη από το σύνολο όλων των συμβάσεων, που αυτός έχει εκτελέσει κατά την τελευταία τριετία. Πρέπει να τονίσουμε ότι από τη διακήρυξη δεν απαιτείται η στο παρελθόν εκτέλεση ... (...) συμβάσεων προϋπολογισμού ίσου ή μεγαλύτερου του εκατό τοις ... (...) της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, αλλά προϋπολογισμού μεγαλύτερου ή ίσου του πενήντα επί τοις εκατό (50) της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, από τη διακήρυξη απαιτείται οι υποψήφιοι να έχουν εκτελέσει δύο συμβάσεις το άθροισμα της συνολικής τους προϋπολογισθείσας δαπάνης των οποίων να είναι ίσο ή μεγαλύτερο από το μισό της προϋπολογισθείσας δαπάνης της υπό ανάθεσης σύμβασης. **Άλλως, απαιτείται οι υποψήφιοι να έχουν εκτελέσει ... (...) συμβάσεις προϋπολογισθείσας δαπάνης, η κάθε μία, ίσης με το ... της προϋπολογισθείσας δαπάνης της υπό ανάθεση σύμβασης.**

Δεύτερον, το ζητούμενο χρονικό διάστημα εκτέλεσης των εν λόγω συμβάσεων είναι σύμφωνο με τα προβλεπόμενα στο ν.4412/2016. Αντιθέτως, η επέκταση της χρονικής διάρκειας πέραν της τελευταίας τριετίας θα απαιτούσε ειδική προς τούτο αιτιολόγηση από την αναθέτουσα αρχή. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, περί δήθεν υποχρέωσης επέκτασης της τριετίας, αντανάκλα τις ιδιαίτερες συνθήκες που θα την ευνοούσαν προσωπικώς, ανάλογα με τις εκλεσθείσες από μέρους της συμβάσεις.

Τρίτον, η απαίτηση ολοκλήρωσης των συμβάσεων αυτών ή ολοκλήρωσης του αντικειμένου τους κατά 75 είναι πλήρως ανάλογη με τον επιδιωκόμενο από την υπό ανάθεση σκοπό της σύμβασης, ήτοι την εκτέλεση προμήθειας συνολικού προϋπολογισμού 1.537.487,90 € με ΦΠΑ σε τρεις Περιφερειακές Ενότητες.

Αβασίμως, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο εν λόγω όρος είναι ατελέσφορος καθόσον δεν εξυπηρετεί τον επιδιωκόμενο σκοπό που είναι η καλή εκτέλεση της σύμβασης η οποία αποδεικνύεται και από το πρώτο στάδιο υλοποίησης . Καθώς, η ορθή εκτέλεση μίας σύμβασης δεν προκύπτει από το πρώτο στάδιο υλοποίησης αυτής, από τις πρώτες δηλαδή παραδόσεις, αντιθέτως, αποδεικνύεται από την υλοποίηση αυτής σε ποσοστό εκτέλεσης μεγαλύτερο των τριών τετάρτων του αντικειμένου αυτής. Άλλως, ορθή εκτέλεση μικρότερου ποσοστού του αντικειμένου της σύμβασης ισοδυναμεί με ορθή εκτέλεση σύμβασης μικρότερων απαιτήσεων από την υπό ανάθεση σύμβαση.

Τέταρτον, η απαίτηση οι εκτελεσθείσες συμβάσεις να περιλαμβάνουν την «Προμήθεια ιδίων ή αντίστοιχων ειδών τουλάχιστον κατά ... αυτών που αναφέρονται στην παρούσα», είναι επίσης πλήρως ανάλογη. Και τούτο, διότι, απαιτείται οι υποψήφιοι να έχουν εκτελέσει σύμβαση, αφενός, με ίδια ή αντίστοιχα και όχι μόνο με ίδια με τα υπό προμήθεια είδη, αφετέρου, το ποσοστό εκτέλεσης αυτών να αντιστοιχεί στο ... και όχι το 100% του αντικειμένου των εκτελεσθεισών συμβάσεων.

Πέμπτον, η ειδικότερη απαίτηση, ως προς την εκτέλεση στο παρελθόν συμβάσεων τροφίμων σε ψύξη, είναι και αυτή πλήρως ανάλογη με το αντικείμενο το διαγωνισμού και σύμφωνη με τον ζητούμενο τρόπο εκτέλεσης αυτής. Ειδικότερα, το αντικείμενο του διαγωνισμού απαιτεί τη μεταφορά των ειδών με κατάλληλα οχήματα στα σημεία και τους χώρους Διανομής των Κ.Σ. του ΤΕΒΑ ανά ... (...) για την παράδοση στους ωφελούμενους του ΤΕΒΑ. Τόσο η μεταφορά όσο και η αποθήκευση των προϊόντων για την εκτέλεση της επόμενης διανομής πρέπει να εκτελούνται σε ψυκτικούς θαλάμους κατάλληλης θερμοκρασίας, με όργανα θερμομέτρησης και καταγραφής της θερμοκρασίας. Επομένως, για την επιτυχή εκτέλεση της σύμβασης οι υποψήφιοι πρέπει αφενός, να είναι εφοδιασμένοι με κατάλληλους ψυκτικούς θαλάμους τόσο, στις αποθήκες όσο, και στα οχήματα μεταφοράς των ειδών αφετέρου, να έχουν εκτελέσει αντίστοιχες συμβάσεις, η εκτέλεση των οποίων περιελάμβανε τη διατήρηση και τη μεταφορά τροφίμων σε ψύξη. Ο σημαντικός ρόλος της διαχείρισης των ειδών σε ψύξη προκύπτει από διάφορες παραγράφους της

διακήρυξης, μεταξύ των οποίων, την παράγραφο στην οποία αναφέρεται ότι: «Με σκοπό την υποστήριξη του έργου των Κοινωνικών Συμπράξεων, ο οικονομικός φορέας στο πλαίσιο της παρούσας Διακήρυξης απαιτείται να υποστηρίξει στην επί τόπου διανομή των ειδών στους ωφελούμενους, καθώς και στην προσωρινή αποθήκευση των ειδών της προμήθειας μέχρι την επόμενη διανομή τους» και την παράγραφο στην οποία προβλέπεται ότι: «Ο οικονομικός φορέας καλείται να αναλάβει την παροχή υπηρεσιών για τη μεταφορά και προσωρινή αποθήκευση των ποσοτήτων των ειδών της σύμβασης που δεν διανεμήθηκαν κατά την επί τόπου διανομή και την εκ νέου μεταφορά τους στους χώρους της διανομής των Κοινωνικών Συμπράξεων για κάθε ... για την εκ νέου διανομή τους στους ωφελούμενους, παρέχοντας τις υπηρεσίες που περιγράφονται στην προηγούμενη παράγραφο. Η προσωρινή αποθήκευση των ειδών θα πραγματοποιείται σε αποθηκευτικούς χώρους, που διαθέτουν τις νόμιμες αδειοδοτήσεις, ανάλογα με τα είδη προς προσωρινή αποθήκευση, και θα διατίθενται από τον Οικονομικό Φορέα στις αντίστοιχες Κοινωνικές Συμπράξεις για το χρονικό διάστημα υλοποίησης της σύμβασής του» και την παράγραφο, σύμφωνα με την οποία: «Για τα νωπά τρόφιμα και δεδομένου ότι πρόκειται για ευαλλοίωτα είδη, εάν μέχρι το τέλος της προβλεπόμενης ημέρας παράδοσης για οποιοδήποτε λόγο και σε οποιοδήποτε σημείο διανομής δεν διανεμηθεί όλη η ποσότητα στους ωφελούμενους, τότε ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να τα παραλάβει με δικά του κατάλληλα μεταφορικά ψυκτικά μέσα προκειμένου να τα μεταφέρει και να τα παραδώσει σε επιλ...μες κοινωνικές δομές (πχ συσσίτια) που θα υποδείξει η Αναθέτουσα Αρχή σύμφωνα με τον συνολικό σχεδιασμό της».

Έκτον, μετά από έρευνα στα δικαιολογητικών υποψηφίων σε προηγούμενους διαγωνισμούς, που συμμετείχε η εταιρεία μας, συγκεκριμένα στις εκτελεσθείσες συμβάσεις εταιρειών, που δραστηριοποιούνται στον εν λόγω χώρο καταλήξαμε ότι μεταξύ των δυνάμενων ελληνικών εταιρειών να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό συγκαταλέγονται τουλάχιστον τρεις εταιρείες, η δική μας και άλλες δύο (σχετ. ... έως ...). Δεδομένου ότι θα υπάρχουν και άλλες ελληνικές εταιρείες δυνάμενες να συμμετάσχουν, που εταιρεία μας δεν γνωρίζει και ότι ο

διαγωνισμός είναι διεθνής, το ποσοστό συμμετοχής των υποψηφίων στον διαγωνισμό σίγουρα θα αυξηθεί. Επομένως, ο ισχυρισμός περί δήθεν περιορισμού συμμετοχής των υποψηφίων εξαιτίας του ανωτέρω όρου της διακήρυξης είναι πλήρως αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί. Επομένως, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

Β' Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής

Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα παραπονείται για τη δήθεν παραβίαση του άρθρου 75 του ν.4412/2016 από την παράγραφο2 της διακήρυξης, η οποία προβλέπει ότι : «... (...) τουλάχιστον συμβάσεις διανομής τροφίμων (... , ... , ...)...». Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: «Από τα παραπάνω συνάγεται ευχερώς ότι Ο εν λόγω ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι πλήρως αβάσιμος. Και τούτο, διότι, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω ο διαγωνισμός αφορά την προμήθεια τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής σε ωφελούμενους ..., ήτοι της ..., ... και ... της Επομένως, το σύνολο των ωφελούμενων φυσικών προσώπων, όπως αναφέρει και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της το μήνα ... του έτους ..., αντιστοιχούσε σε ...δικαιούχους και αντίστοιχα ...ωφελούμενα μέλη των οικογενειών τους.

Επιπροσθέτως, από την σελίδα ... και επόμενα της διακήρυξης προκύπτει ότι τα ζητούμενα προς προμήθεια πακέτα τροφίμων είναι για την ... πακέτα, για την ... πακέτα και για την ... πακέτα, σύνολο προς προμήθεια πακέτων ...Δεδομένου ότι το κάθε υπό προμήθεια πακέτο αντιστοιχεί σε ένα και πλέον φυσικά πρόσωπα, ανάλογα, με το αν οι ωφελούμενοι έχουν οικογένεια ή όχι, η παρούσα σύμβαση απαιτεί την προμήθεια τροφίμων σε κατ' ελάχιστον ...φυσικά πρόσωπα. Ως εκ τούτου, η απαίτηση της διακήρυξης οι υποψήφιοι να έχουν εκτελέσει στο παρελθόν σύμβαση προμήθειας τροφίμων σε πακέτο σε τουλάχιστον σε ... φυσικά πρόσωπα είναι πλήρως ανάλογη με τις απαιτήσεις της παρούσας σύμβασης. Άλλως, η εμπειρία σε προγενέστερη σύμβαση προμήθειας, με μικρότερο αριθμό ωφελουμένων αποδεικνύει μόνο την ικανότητα του υποψηφίου προμήθειας των εν λόγω ειδών, όχι όμως την ικανότητα προμήθειας ειδών σε ...ωφελούμενους, φυσικά πρόσωπα, όπως απαιτείται από την υπό ανάθεση παρούσα σύμβαση. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι ο

προσβαλλόμενος με την προσφυγή όρος της διακήρυξης είναι πλήρως σύμφωνος τόσο, με τις αρχές του ανταγωνισμού, της αναλογικότητας και της ίσης συμμετοχής των υποψηφίων που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων όσο, και με τις ειδικότερες σχετικές με την προγενέστερη εμπειρία των υποψηφίων διατάξεις του άρθρου 75 του ν.4412/2016. Ο δεύτερος λόγος ακύρωσης πρέπει να απορριφθεί.

Γ' Ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται γενικώς και αορίστως ότι το σημείο της διακήρυξης.... , ο πίνακας του στοιχείου ... που προβλέπει τα αποδεικτικά μέσα πλήρωσης των ζητούμενων στοιχείων σχετικά με τους αποθηκευτικούς χώρους, οι λοιποί όροι της διακήρυξης και το αριθμ. πρωτ. ...έγγραφο παροχής διευκρινήσεων της αναθέτουσας αρχής δεν είναι σαφή. Μεταξύ της πληθώρας των ασαφειών, που κατά την προσφεύγουσα, περιλαμβάνει η διακήρυξη είναι η εξειδίκευση της απαίτησης του τύπου της αποθήκευσης, η χωρητικότητα, οι άδειες, αλλά και ο αριθμός των ζητούμενων αποθηκών σε ...ή ... ή Ο εν λόγω λόγος της προσφυγής προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος, καθώς η προσφεύγουσα δεν επικαλείται άμεση βλάβη από τους ανωτέρω γενικώς αναφερόμενους όρους της διακήρυξης, ούτε αναφέρει τις διατάξεις του νόμου, που παραβιάζουν οι αναφερόμενοι όροι της διακήρυξης και καθιστούν αδύνατη ή ουσιαδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Άλλως, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ουδεμία παρανομία της διακήρυξης αντιθέτως, ισχυρίζεται με γενικές, διάσπαρτες αναφορές σε διαφορετικούς όρους της ότι αυτή είναι κακογραμμένη. Και τούτο, αφενός, χωρίς μέχρι σήμερα να έχει διατυπώσει προς την αναθέτουσα αρχή σαφές ερώτημα προς άρση οποιασδήποτε δήθεν ασάφειας σχετικά με τις αποθήκες, αφετέρου, χωρίς με την υπό κρίση προσφυγή να προσβάλει συγκεκριμένο προς ακύρωση όρο της διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, οι ανωτέρω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι. Ειδικότερα, η διακήρυξη, όπως αναφέρει και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της δεν απαιτεί συγκεκριμένο αριθμό αποθηκών.

Σύμφωνα με το άρθρο οι υποψήφιοι απαιτείται να διαθέτουν μία ή περισσότερες εγκαταστάσεις αποθηκών. Η διακήρυξη ορίζει μόνο τις λοιπές απαιτήσεις των αποθηκών και όχι το πλήθος αυτών. Και τούτο, διότι, το κόστος της μεταφοράς, της προσωρινής αποθήκευσης των ειδών της σύμβασης που δεν διανεμήθηκαν κατά την επί τόπου διανομή και την εκ νέου μεταφορά τους στους χώρους στους ωφελούμενους το αναλαμβάνει ο ανάδοχος. Η αναθέτουσα αρχή ενδιαφέρεται μόνο για τη σωστή αποθήκευση των προϊόντων, προκειμένου αυτά να διατηρηθούν, σύμφωνα με τις προδιαγραφές της διακήρυξης και την έγκαιρη μεταφορά τους στην επόμενη διανομή και όχι για το πλήθος των αποθηκών που θα χρησιμοποιηθούν για την ως άνω ορθή εκτέλεση της σύμβασης. Επομένως, ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος άλλως ως αβάσιμος.

Δ' Ως προς τον τέταρτο λόγο της προσφυγής Η παράγραφος ...της διακήρυξης Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης ορίζει στην υποπαράγραφο ...ότι οι υποψήφιοι, μεταξύ άλλων πιστοποιητικών οφείλουν να προσκομίσουν: «Πιστοποιητικό σε κατάψυξη».

Η προσφεύγουσα προβάλλει τον τέταρτο λόγο της προσφυγής της απαραδέκτως άλλως και αβασίμως. Και τούτο, διότι, αφενός, επιδιώκει την ακύρωση του εν λόγω όρου επειδή η ίδια δεν διαθέτει το σχετικό πιστοποιητικό, αφετέρου, δεν αναφέρει τον κανόνα δικαίου που παραβιάζει ο εν λόγω όρος της διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, το γεγονός ότι η προσφεύγουσα δεν διαθέτει πιστοποιητικό με πεδίο πιστοποίησης τροφίμων σε κατάψυξη , άλλως η έκδοση του σχετικού πιστοποιητικού δεν ήταν μέχρι σήμερα εντός της εμπορικής της πρακτικής της προσφεύγουσας δεν θεμελιώνει το έννομο συμφέρον αυτής για προσβολή του συγκεκριμένου όρους της διακήρυξης. Επομένως, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

Ε' Ως προς τον πέμπτο λόγο της προσφυγής Στην παράγραφο της διακήρυξης προβλέπεται ότι: Ο προσφέρων οικονομικός φορέας είναι υποχρεωμένος να λάβει όλα τα κατάλληλα μέτρα για τη σωστή μεταφορά και παράδοση των ειδών στον υποδεικνυόμενο από την αναθέτουσα αρχή τόπο παράδοσης. Ο οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον ... (...)

φορτηγά για την μεταφορά και παράδοση των τροφίμων και τουλάχιστον ... (...) φορτηγά για τη μεταφορά των προ όντων βασικής υλικής συνδρομής.

Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο εν λόγω όρος της διακήρυξης δεν είναι σαφής, καθώς αναφέρει αορίστως ότι ο υποψήφιος πρέπει να διαθέτει ... (...) φορτηγά, προκαλώντας ανασφάλεια στον υποψήφιο, για το αν διαθέτει τα κατάλληλα οχήματα και ότι εσφαλμένως, δεν εξειδικεύει το μέγεθος του φορτηγού και το ωφέλιμο φορτίο αυτού. Ο εν λόγω ισχυρισμός της προβάλλεται απαραδέκτως άλλως αβασίμως, καθώς και πάλι δεν προσδιορίζει το παράνομο του εν λόγω όρου και τη βλάβη που της προκαλεί καθιστώντας αδύνατη τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης δεν ορίζει λεπτομέρειες σχετικά με τα χαρακτηριστικά των φορτηγών αυτοκινήτων γιατί, όπως αναφέρει και προσφεύγουσα σύμφωνα με το άρθρο, "Ο προσφέρων οικονομικός φορέας είναι υποχρεωμένος να λάβει όλα τα κατάλληλα μέτρα για τη σωστή μεταφορά και παράδοση των ειδών στον υποδεικνυόμενο από την αναθέτουσα αρχή τόπο παράδοσης". Επομένως, ο υποψήφιος οφείλει να φέρει εις πέρας την εκτέλεση της σύμβασης με οποιοδήποτε τύπο φορτηγών αυτοκινήτων επιθυμεί αρκεί να πληρούνται οι λοιπές ζητούμενες από τη διακήρυξη προδιαγραφές. Σε κάθε περίπτωση, το βάρος της επιλογής φορτηγών το φέρει ο ανάδοχος, αν αυτός εξαιτίας της επιλογής του αδυνατεί να εκπληρώσει τους όρους της σύμβασης, που αφορούν τη μεταφορά των προ όντων τότε θα του επιβληθούν οι σχετικές από τη σύμβαση κυρώσεις. Ειδικότερα, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της εκτέλεσης της σύμβασης που προβλέπονται, μεταξύ άλλων, και στο Παράρτημα της διακήρυξης στις σελίδες ...-... της διακήρυξης, οι προβλεπόμενες παραδόσεις και κατ' επέκταση οι απαιτούμενες διαδρομές για την εκτέλεση των παραδόσεων απαιτούν ο ανάδοχος να διαθέτει αρκετά φορτηγά, ήτοι ... (...)φορτηγά, όπως αναφέρει ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης, μέτριας χωρητικότητας για να δύναται να εκτελεί το πλήθος των σε μικρά χρονικά διαστήματα παραδόσεων, και όχι, ... (...) φορτηγά, μεγάλης χωρητικότητας, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, τα οποία είναι αντικειμενικώς αδύνατο να εκτελούν τις παραδόσεις στο ίδιο χρονικό

διάστημα που εκτελούν ... (...)φορτηγά, μικρότερης χωρητικότητας. Κατ' ακολουθίαν, ο ανωτέρω λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

ΣΤ. Ως προς τον έκτο λόγο Προσφυγής [...] Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο ανωτέρω όρος θα προκαλέσει σύγχυση στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς επειδή σύμφωνα με τον ν. 4442/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει σήμερα, (ΦΕΚ 230Α/2016 'Νέο Θεσμικό Πλαίσιο για την άσκηση οικονομικής δραστηριότητας και άλλες διατάξεις) καθώς και τον ν. 4512/2018 (ΦΕΚ 5Α) «Ρυθμίσεις για την εφαρμογή των Διαθρωπικών Μεταρρυθμίσεων του Προγράμματος Οικονομικής Προσαρμογής και άλλες διατάξεις», η άσκηση χονδρικού εμπορίου και η ίδρυση Κέντρου Αποθήκευσης και Διανομής (ΚΑΔ) απαιτεί έγκριση εγκατάστασης από την μόνη αρμόδια υπηρεσία της Δ/σης Ανάπτυξης της περιοχής δραστηριότητας καθώς και ακόλουθη ανάρτηση/δημοσίευση στην πλατφόρμα notifybusiness της 'γνωστοποίησης'' λειτουργίας σύμφωνα με τις υποδείξεις της Δ/σης Ανάπτυξης, που πλέον υπέχει θέση άδειας λειτουργίας . Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα αβασίμως ισχυρίζεται ότι δύναται να γίνει δεκτός κάποιος οικονομικός φορέας που τυχόν διαθέτει άδεια για κατάστημα υγειονομικού ενδιαφέροντος που ουδεμία σχέση έχει με την υπό κρίση διακήρυξη (νοουμένου ότι δεν πληροί τα ποιοτικά κριτήρια επαγγελματικής καταλληλότητας που απαιτεί η Διακήρυξη) και παράλληλα να αποκλεισθεί κάποιος άλλος οικονομικός φορέας που διαθέτει άδεια-γνωστοποίηση για Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής επειδή ξεκίνησε την επιχειρηματική του δραστηριότητα με το καινούριο νομοθετικό πλαίσιο . Ο εν λόγω όρος αποτελεί καταγραφή του ισχύοντος αδειοδοτικού πλαισίου των δραστηριοποιούμενων στον εν λόγω χώρο εταιρειών, το οποίο ουδεμία βλάβη προκαλεί στην προσφεύγουσα, χωρίς να αναφέρεται η παρανομία της διακήρυξης. Επομένως, και ο έκτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.[...].».

8. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. ...έγγραφο Απόψεων της αναθέτουσας αρχής αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση Προσφυγή τα εξής: «[...] Ειδικότερα επί των λόγων ακύρωσης της Διακήρυξης σας γνωρίζουμε τα

ακόλουθα: 1. 1ος Λόγος Ακύρωσης. Απαίτηση προηγούμενης εμπειρίας των οικονομικών φορέων στην εκτέλεση ανάλογων έργων:

Η ελάχιστη εμπειρία των οικονομικών φορέων στην υλοποίηση ανάλογων συμβάσεων, όπως περιλαμβάνεται στο σημείο ...της Διακήρυξης καθορίστηκε με βάση τις ανάγκες υλοποίησης των έργων του Ε.Π. ΤΕΒΑ που υλοποιούμε από το ...έως σήμερα και την εμπειρία μας από την εκτέλεση των συμβάσεων που έχουμε συνάψει το αντίστοιχο διάστημα με οικονομικούς φορείς για την εξυπηρέτηση των αναγκών των άμεσα ωφελούμενων. Η ...ως Αναθέτουσα Αρχή επέλεξε τα συγκεκριμένα ελάχιστα επίπεδα εμπειρίας (προϋπολογισμό συμβάσεων τουλάχιστον ίσο με το ... του προϋπολογισμού της Διακήρυξης, εύρος κάλυψης προϊόντων σε ποσοστό τουλάχιστον ίσο με το ... της Διακήρυξης, όγκος κρίσιμων προϊόντων ίσος ή μεγαλύτερος του ... των ποσοτήτων των νωπών ειδών της Διακήρυξης) με κριτήριο την κάλυψη των αναγκών της, την αρχή της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

Σχετικά με την περίοδο αναφοράς της εμπειρίας των οικονομικών φορέων ήτοι ...-...αυτή καθορίστηκε με βάση το χρόνο υποβολής του αιτήματος προέγκρισης της Διακήρυξης από την αρμόδια Διαχειριστική Αρχή και τον εκτιμώμενο χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης.

2. 2ος Λόγος Ακύρωσης. Απαίτηση προηγούμενης εμπειρίας των οικονομικών φορέων στην διανομή τροφίμων σε φυσικά πρόσωπα: Η ...ως Αναθέτουσα Αρχή επέλεξε τα συγκεκριμένα ελάχιστα επίπεδα εμπειρίας (διανομή τροφίμων σε τουλάχιστον ... φυσικά πρόσωπα, ήτοι το 38,44% των ωφελουμένων αρχηγών οικογενειών της Διακήρυξης) με κριτήριο την κάλυψη των αναγκών της, την αρχή της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Επιλέξαμε τη διατύπωση της απαίτησης σε απόλυτο αριθμό, καθώς ο αριθμός των ωφελουμένων επικαιροποιείται μηνιαίως. Σχετικά με την περίοδο αναφοράς της εμπειρίας των οικονομικών φορέων ήτοι ...-..., αυτή καθορίστηκε με βάση το χρόνο υποβολής του αιτήματος προέγκρισης της Διακήρυξης από την αρμόδια Διαχειριστική Αρχή και τον εκτιμώμενο χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης.

3.3ος Λόγος Ακύρωσης. Απαίτηση διάθεσης αποθηκευτικών χώρων για την εκτέλεση της σύμβασης:

Στη Διακήρυξη σύμφωνα με τις απαιτήσεις των έργων που υλοποιούμε στο πλαίσιο του ΤΕΒΑ έχουμε συμπεριλάβει αφενός, την απαίτηση οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασής, συμπεριλαμβανομένων και ενδεχόμενων παρατάσεων αυτής, πλέον της εγκατάστασής του, «Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής» (ΚΑΔ), με τις κατά νόμο άδειες λειτουργίας για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου, το οποίο να έχει έγκριση ψυκτικής εγκατάστασης (...) από την αρμόδια υπηρεσία του ΕΦΕΤ και να βρίσκεται στην περιοχή της χωρικής έκτασης της Η συγκεκριμένη εγκατάσταση, θα αποτελεί τον κεντρικό κόμβο του δικτύου διανομών, εφοδιασμού και αναδιανομής αδιάθετων προϊόντων της υπό ανάθεση σύμβασης, θα πρέπει να έχει τη δυνατότητα αποθήκευσης τουλάχιστον του 25% των συνολικών ποσοτήτων των ειδών της παρούσης και πιστοποιήσεις για αποθήκευση ξηρού φορτίου, ψυχρού φορτίου και δυνατότητας ανασυσκευασίας. (...). και αφετέρου, να αναλάβουν την παροχή υπηρεσιών για τη μεταφορά και προσωρινή αποθήκευση των ποσοτήτων των ειδών της σύμβασης που δεν διανεμήθηκαν κατά την επί τόπου διανομή και την εκ νέου μεταφορά τους στους χώρους της διανομής των Κοινωνικών Συμπράξεων για κάθε ... για την εκ νέου διανομή τους στους ωφελούμενους, παρέχοντας τις υπηρεσίες που περιγράφονται στην προηγούμενη παράγραφο. Η προσωρινή αποθήκευση των ειδών θα πραγματοποιείται σε αποθηκευτικούς χώρους, που διαθέτουν τις νόμιμες αδειοδοτήσεις, ανάλογα με τα είδη προς προσωρινή αποθήκευση, και θα διατίθενται από τον Οικονομικό Φορέα στις αντίστοιχες Κοινωνικές Συμπράξεις για το χρονικό διάστημα υλοποίησης της σύμβασής του. Για την εύρυθμη υλοποίηση του έργου της Κοινωνικής Σύμπραξης απαιτείται οι αποθηκευτικοί χώροι που θα διατίθενται από τον οικονομικό φορέα, να βρίσκονται εντός της χωρικής έκτασης της (...).

Για το σημείο επειδή η Διακήρυξη αφορά... συγχρηματοδοτούμενες πράξεις και τις αντίστοιχες διαχειριστικές απαιτήσεις τους, πρακτικά ζητούμε κάθε οικονομικός φορέας που θα υποβάλλει προσφορά να καθορίσει αποθηκευτικό

χώρο ανά Πράξη και αντίστοιχα Κοινωνική Σύμπραξη. Στη Διακήρυξη καθορίζουμε τις απαιτήσεις που χρειάζεται να πληρούν οι χώροι αποθήκευσης και όχι τον αριθμό τους. Κάθε οικονομικός φορέας καλείται να προσδιορίσει τους χώρους που θα διαθέσει, δεδομένου ότι το κόστος μετακίνησης των προϊόντων από, το Κ.Α.Δ. προς τους χώρους διανομής, τους χώρους διανομής προς τους χώρους προσωρινής αποθήκευσης και αντίστροφα καθώς και από τους χώρους διανομής στο Κ.Α.Δ. ή σε δομές παροχής συσσιτίων για τα νωπά είδη που δεν διανεμήθηκαν, βαρύνει τον ανάδοχο.

Σε αυτό το πλαίσιο όπως ήδη περιγράφουμε στη Διακήρυξη και τη σχετική διευκρίνιση είναι αποδεκτές διαφορετικές λύσεις, που περιλαμβάνουν ενδεικτικά από τη διάθεση μόνο του Κ.Α.Δ. που θα λειτουργεί και ως χώρος προσωρινής αποθήκευσης για κάθε Πράξη, έως τη διάθεση του Κ.Α.Δ. και ... διαφορετικών χώρων προσωρινής αποθήκευσης (ένας ανά Πράξη). Από την ανάγνωση της Διακήρυξης, θεωρούμε ότι γίνεται κατανοητό, πως η αναφορά «όπου απαιτείται» αφορά ακριβώς την απόδειξη διάθεσης των αποθηκευτικών χώρων με εναλλακτικούς τρόπους. Γίνεται αποδεκτό ο οικονομικός φορέας να διαθέτει ο ίδιος τους αποθηκευτικούς χώρους, να στηρίζεται στην ικανότητα τρίτων, να προσφεύγει σε υπεργολάβους ή /και να ενοικιάζει τη χρήση των αποθηκευτικών χώρων καθόλη τη διάρκεια της σύμβασης.

4. 4ος Λόγος Ακύρωσης. Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης: Σχετικά με την αναφορά «τροφίμων σε κατάψυξη» στο πεδίο εφαρμογής του Πιστοποιητικού Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας, αυτή έχει συμπεριληφθεί εκ παραδρομής, καθώς τρόφιμα σε κατάψυξη δεν συμπεριλαμβάνονται στα υπό προμήθεια είδη.

Σχετικά με την απαίτηση υποβολής πιστοποιητικού διασφάλισης ποιότητας ή ισοδύναμο αυτού διαπιστευμένο από το Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης (ΕΣΥΔ) ή άλλο αντίστοιχο φορέα των κατασκευαστών και μόνο για τα Είδη Βασικής Υλικής Συνδρομής για το είδος Αλκοολούχα Λοσιόν, όπως ήδη έχουμε διευκρινίσει, εφαρμόζεται σε κάθε περίπτωση το Άρθρο 82 του Ν. 4412/2016 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης (άρθρο 62 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) , όπως ισχύει: «1. Οι αναθέτουσες αρχές, εάν απαιτούν

την προσκόμιση πιστοποιητικών εκδιδόμενων από ανεξάρτητους οργανισμούς που βεβαιώνουν ότι ο οικονομικός φορέας συμμορφώνεται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, συμπεριλαμβανομένης της προσβασιμότητας για άτομα με ειδικές ανάγκες, παραπέμπουν σε συστήματα διασφάλισης ποιότητας τα οποία βασίζονται στη σχετική σειρά ευρωπαϊκών προτύπων και έχουν πιστοποιηθεί από διαπιστευμένους οργανισμούς. Οι αναθέτουσες αρχές αναγνωρίζουν ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη -μέλη. Επίσης, κάνουν δεκτά άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει τα εν λόγω πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας.»

5. 5ος Λόγος Ακύρωσης. Απαίτηση εξασφάλισης όλων των κατάλληλων μέτρων για τη σωστή μεταφορά και παράδοση των ειδών στον υποδεικνυόμενο από την αναθέτουσα αρχή τόπο παράδοσης: Στη Διακήρυξη ζητούμε «Ο οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον ... (...)φορτηγά για την μεταφορά και παράδοση των τροφίμων και τουλάχιστον ...(...) φορτηγά για τη μεταφορά των προϊόντων βασικής υλικής συνδρομής». Η ...ως Αναθέτουσα Αρχή διαμόρφωσε τις απαιτήσεις της με βάση τις ανάγκες των έργων που υλοποιεί, τον αριθμό των ωφελούμενων, τη λειτουργία σημείων διανομής σε όλους τους Δήμους των ..., ... και ... και την εξασφάλιση της δυνατότητας χρονικά παράλληλων διανομών λόγω του περιορισμένου χρόνου υλοποίησης της σύμβασης. Για την ικανοποίηση της απαίτησης, ο οικονομικός φορέας επιλέγει την εναλλακτική που επιθυμεί, να διαθέτει ο ίδιος τα φορτηγά, να στηρίζεται στην ικανότητα τρίτων ή να προσφύγει σε υπεργολάβους.

6. 6ος Λόγος Ακύρωσης. Απαίτηση νόμιμης άδειας λειτουργίας της επιχείρησης. Σχετικά με την απαίτηση μας «:1) Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας είναι έμπορος πρέπει να καταθέσει, επί ποινή αποκλεισμού,

με την προσφορά του: τη νόμιμη άδεια λειτουργίας υγειονομικού ενδιαφέροντος της επιχείρησης από την Αρμόδια υπηρεσία για την αποθήκευση, διατήρηση, διακίνηση τροφίμων και ευπαθών προϊόντων η οποία περιλαμβάνει τα είδη για τα οποία λαμβάνει μέρος ο οικονομικός φορέας.» αυτή δεν αναιρεί αφενός την απαίτηση της παραγράφου

«.... Λόγω του όγκου των προϊόντων και για την εύρυθμη υλοποίηση του έργου της Κοινωνικής Σύμπραξης, ο Οικονομικός Φορέας, επί ποινή αποκλεισμού, απαιτείται να διαθέσει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασής του, συμπεριλαμβανομένων και ενδεχόμενων παρατάσεων αυτής, πλέον της εγκατάστασής του, «Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής» (ΚΑΔ), με τις κατά νόμο άδειες λειτουργίας για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου, το οποίο να έχει έγκριση ψυκτικής εγκατάστασης (...) από την αρμόδια υπηρεσία του ΕΦΕΤ και να βρίσκεται στην περιοχή της χωρικής έκτασης της Η συγκεκριμένη εγκατάσταση, θα αποτελεί τον κεντρικό κόμβο του δικτύου διανομών, εφοδιασμού και αναδιανομής αδιάθετων προϊόντων της υπό ανάθεση σύμβασης, θα πρέπει να έχει τη δυνατότητα αποθήκευσης τουλάχιστον του 25% των συνολικών ποσοτήτων των ειδών της παρούσης και πιστοποιήσεις για αποθήκευση ξηρού φορτίου, ψυχρού φορτίου και δυνατότητας ανασυσκευασίας» και επίσης δεν αναιρεί την απαίτηση της παραγράφου

«... Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε κράτος μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ) ή σε τρίτες χώρες που έχουν προσχωρήσει στη ΣΔΣ, ή σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην προηγούμενη περίπτωση και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες

με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε αντίστοιχα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο.».

Επειδή, Η υπό κρίση Διακήρυξη δημοσιεύθηκε με νόμιμους όρους και αφορά την κάλυψη επειγόντων κοινωνικών αναγκών. Τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχουν τεθεί είναι απολύτως ανάλογα του αντικειμένου της σύμβασης. Υπάρχει αντικειμενικός κίνδυνος απώλειας πόρων λόγω του ιδιαίτερα περιορισμένου διαθέσιμου χρονικού διαστήματος για την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, συμβασιοποίηση και την υλοποίηση του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης επ ωφελεία των δικαιούχων του ΤΕΒΑ. Το αργότερο τον ... εξαντλείται η δυνατότητα της ...να υποστηρίξει τους δικαιούχους του ΤΕΒΑ μέσω των υπολοίπων αντίστοιχης σύμβασης τριπλάσιου προϋπολογισμού που υλοποιεί η προσφεύγουσα. Ήδη έχει παραταθεί η καταληκτική ημερομηνία του διαγωνισμού. Το χρονικό διάστημα της παράτασης που δόθηκε στους οικονομικούς φορείς για την περαιτέρω διευκρίνιση σημείων της Διακήρυξης είναι απολύτως ικανό και επαρκές για την περαιτέρω ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Το χρονικό διάστημα της παράτασης είναι ικανό για την προετοιμασία φορέων που δεν πρόλαβαν να συγκροτήσουν φάκελο προσφοράς. Παρακαλούμε να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή κατά της Διακήρυξης ...με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ..., σύμφωνα με το υπέρτερο δημόσιο συμφέρον».

9. Επειδή, στις 04.03.2021 η προσφεύγουσα υπέβαλε Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, στο οποίο αναφέρει τα εξής: «[...] Σχετικά με τις απόψεις για τον 1ο και 2ο Λόγο Προσφυγής, η Αναθέτουσα ουδόλως αιτιολογεί την ανάγκη θέσπισης των σχετικών απαιτήσεων και ειδικά την ρητή απαγόρευση της άθροιση συμβάσεων για την πλήρωση των απαιτήσεων. Σχετικά με τις Απόψεις για τον 3ο Λόγο Προσφυγής, το αν η Διακήρυξη και η αντίστοιχη διευκρίνιση της Αναθέτουσας ήταν κατανοητή και προέκυπταν σαφώς τα όσα αναφέρει στις

Απόψεις της η Αναθέτουσα θα κριθεί από την Αρχή σας. Σχετικά με τις Απόψεις για τον 4ο Λόγο Προσφυγής, για την αναφορά «τροφίμων σε κατάψυξη» η Αναθέτουσα δηλώνει ότι έχει συμπεριληφθεί εκ παραδρομής, κάτι που όμως γίνεται εκ των υστέρων και μετά την κατάθεση της Προσφυγής μας. Σχετικά με τις Απόψεις για τον 5ο Λόγο Προσφυγής, Η Αναθέτουσα ουδόλως αιτιολογεί την απόφαση της να ορίσει μόνο αριθμό φορτηγών και όχι κάποια απαίτηση σχετικά με το ωφέλιμο φορτίο κάθε φορτηγού ή συνολικά. Σχετικά με τις Απόψεις για τον 6ο Λόγο Προσφυγής, η Αναθέτουσα ούτε αιτιολογεί ούτε τροποποιεί την χρησιμοποίηση την απαίτηση για «νόμιμη άδεια λειτουργίας υγειονομικού ενδιαφέροντος», που όπως αναλύουμε στην προσφυγή μας δεν θα έπρεπε να ζητείται». Στη συνέχεια του Υπομνήματός της, η προσφεύγουσα αντικρούει τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος. Δοθέντος, όμως, ότι τέτοια δυνατότητα δεν προβλέπεται στον νόμο - αφού το ασκούμενο, κατ' άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, δικαίωμα προς υποβολή Υπομνήματος παρέχεται μόνο προς απόκρουση των αιτιάσεων των αναθετουσών αρχών/αναθετόντων φορέων - δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη από την Αρχή.

10. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...]».

11. Επειδή, στο άρθρο 53 («Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης») παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης

[...] περιέχουν ιδίως: [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 [...].

12. Επειδή, στο άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/16, ορίζεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α' ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό [...] 3. [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν 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. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους

οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. [...] Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος.».

13. Επειδή, στο άρθρο 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «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 [...] Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. [...] Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο

οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης [...]. «.

14. Επειδή, στο άρθρο 80 («Αποδεικτικά μέσα») του Ν. 4412/2017 (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφοι 1, 5 και 10 αντίστοιχα, ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν 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΄, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών [...].».

15. Επειδή στο Μέρος II («Τεχνική ικανότητα») του Παραρτήματος XII («Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής») του Προσαρτήματος Α΄ του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη.

Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία· β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου· για την εκτέλεση του έργου· γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του· δ) αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης· ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ ονόματος της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού· ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, όπου κριθεί απαραίτητο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας· στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης· ζ) αναφορά των μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης που μπορεί να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης· η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια· θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης· ι)

αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας· ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται: i) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής, ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα».

16. Επειδή, στην 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), προβλέπεται ότι: «[...] οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της Οδηγίας [...] 2004/18/ΕΚ [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες [...]». Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες, ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...]». Ομοίως, στην αιτιολογική σκέψη 83 της ως άνω Οδηγίας, προβλέπεται ότι: «Οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις όσον αφορά την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα συχνά αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή ΜΜΕ σε δημόσιες προμήθειες. Ενδεχόμενες τέτοιες απαιτήσεις θα πρέπει να είναι συναφείς και ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. Ειδικότερα, δεν θα πρέπει να επιτρέπεται στις

αναθέτουσες αρχές να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να έχουν έναν ελάχιστο κύκλο εργασιών ο οποίος θα είναι δυσανάλογος προς το αντικείμενο της σύμβασης· η σχετική απαίτηση δεν θα πρέπει κανονικά να υπερβαίνει κατ' ανώτατο όριο το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Ωστόσο, σε δεόντως δικαιολογημένες περιστάσεις, θα πρέπει να μπορούν να εφαρμόζονται υψηλότερες απαιτήσεις. Οι εν λόγω περιστάσεις μπορεί να σχετίζονται με τους υψηλούς κινδύνους που συνεπάγεται η εκτέλεση της σύμβασης ή με το γεγονός ότι η έγκαιρη και ορθή εκτέλεσή της είναι κρίσιμης σημασίας, παραδείγματος χάρη γιατί αποτελεί απαραίτητη προκαταρκτική προϋπόθεση για την εκτέλεση άλλων συμβάσεων [...].».

17. Επειδή, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και A.S. Graelis, "Public Procurement and the EU Competition Rules" (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii) και κρίνονται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι *in abstracto* (βλ.κατ' αναλογία Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκουλα, 2017, σελ. 410 επ.) . Κατά την επιλογή σε επίπεδο κατάρτισης διακήρυξης των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων (βλ. ειδικά την παρ. 4.1 του «Ευρωπαϊκού Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» καθώς και την Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας»). Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που

αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της. Εν προκειμένω, για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και περί τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της. 21.

18. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, εναργώς προκύπτει ότι, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις. Εξάλλου, όπως περιγράφεται και στον «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» και ειδικότερα στο πεδίο 4.1 αυτού με τίτλο «*Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής*» διευκρινίζεται ότι: «...Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη

συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων.....».

19. Επειδή, είναι νόμιμη η πρόβλεψη στη Διακήρυξη μίας τουλάχιστον παράδοσης συναφούς κατά την φύση και τον προϋπολογισμό αγαθού, ως ελάχιστου κριτηρίου τεχνικής καταλληλότητας του ενδιαφερόμενου να μετάσχει στον διαγωνισμό και επίσης, ότι η ειδική εμπειρία αποδεικνύεται από εκτελεσμένες συμβάσεις, ο αριθμός των οποίων και ο καθορισμός του ορίου του συνολικού προϋπολογισμού αυτών εξειδικεύεται συγκεκριμένα στη Διακήρυξη από την αναθέτουσα αρχή (Βλ. ΣΤΕ ΕΑ 1184/2009). Ειδικότερα, «η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέψει ρητώς, κατ' αρχήν είτε στην προκήρυξη του διαγωνισμού είτε στη συγγραφή υποχρεώσεων, την απαίτηση να πληρούνται ορισμένες ικανότητες και συγκεκριμένοι όροι βάσει των οποίων ο υποψήφιος πρέπει να αποδείξει την καταλληλότητά του να αναλάβει και να εκτελέσει την επίμαχη σύμβαση. Ομοίως, υπό εξαιρετικές περιστάσεις, λαμβανομένων υπόψη τόσο της φύσεως των σχετικών εργασιών, όσο και του αντικειμένου και των σκοπών της συμβάσεως, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέψει περιορισμούς, ιδίως όσον αφορά τον επιτρεπόμενο αριθμό εμπλεκόμενων οικονομικών φορέων, δυνάμει του άρθρου 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18» (βλ., υπ' αυτή την έννοια, Αποφάσεις της 7ης Απριλίου 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψεις 39 έως 41, και της 5ης Απριλίου 2017, *Borta*, C-298/15, EU:C:2017:266, σκέψη 90 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Όταν, όμως, η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει να κάνει χρήση της δυνατότητας αυτής, πρέπει να διασφαλίζει ότι οι ειδικοί κανόνες που θέτει συνδέονται με το αντικείμενο και με τον σκοπό της συμβάσεως και είναι σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας (βλ., στο ίδιο πνεύμα, Απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψεις 40 και 56). [...] Υπό τις συνθήκες αυτές, δεν είναι δυνατό να αποκλειστεί *a priori*

το ενδεχόμενο η αναγκαία πείρα προς εκτέλεση της επίμαχης συμβάσεως, την οποία έχει αποκτήσει οικονομικός φορέας στο πλαίσιο όχι μίας, αλλά δύο ή περισσότερων διαφορετικών συμβάσεων, να μπορεί να θεωρηθεί επαρκής από την αναθέτουσα αρχή, και άρα να δικαιολογεί την κατακύρωση της συμβάσεως αυτής στον εν λόγω οικονομικό φορέα. Πράγματι, όπως σημείωσε ο Γενικός Εισαγγελέας στο σημείο 62 των προτάσεών του, από τη στιγμή που οι όροι εκτελέσεως συγκεκριμένης συμβάσεως μπορούν κατ' αρχήν να πληρούνται με σωρευτική επίκληση των ικανοτήτων και της πείρας περισσότερων οικονομικών φορέων, θα ήταν κατά μείζονα λόγο παράλογο να αποκλειστεί *a priori* η δυνατότητα σωρεύσεως της πείρας και των ικανοτήτων τις οποίες ο ίδιος οικονομικός φορέας απέκτησε όντως στο πλαίσιο διαφορετικών συμβάσεων. Για τον λόγο αυτόν, στην περίπτωση όπου, όπως στην υπόθεση της κύριας δίκης, η δυνατότητα επικλήσεως της πείρας που έχει αποκτηθεί στο πλαίσιο περισσότερων συμβάσεων δεν έχει αποκλειστεί ούτε με την προκήρυξη του διαγωνισμού ούτε με τη συγγραφή υποχρεώσεων, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, υπό τον έλεγχο των αρμόδιων εθνικών δικαστηρίων, να εξετάσει αν η συνδυασμένη πείρα από δύο ή περισσότερες συμβάσεις, λαμβανομένων υπόψη τόσο των σχετικών εργασιών, όσο και του αντικειμένου και του σκοπού της επίμαχης συμβάσεως, αρκεί για να διασφαλιστεί η ορθή εκτέλεσή της. Κατόπιν των ανωτέρω, στο έβδομο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 44 της οδηγίας 2004/18, σε συνδυασμό με το άρθρο 48, παράγραφος 2, στοιχείο α', της οδηγίας αυτής και με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων, όπως κατοχυρώνεται στο άρθρο 2 της ίδιας οδηγίας, έχει την έννοια ότι επιτρέπει σε οικονομικό φορέα να στηριχθεί σε προηγούμενη πείρα επικαλούμενος ταυτόχρονα δύο ή περισσότερες αναθέσεις συμβάσεων ως μία σύμβαση, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή έχει αποκλείσει τη δυνατότητα αυτή βάσει όρων που είναι συνδεδεμένοι και ανάλογοι με το αντικείμενο και με τον σκοπό της επίμαχης δημόσιας συμβάσεως» (βλ. C-387/14, Esaprojekt Sp. z.o.o κατά Województwo Łódzkie, σκ. 82-88).

20. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων. (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δε θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό. Επισημαίνεται δε ότι ο περιορισμός του ανταγωνισμού, θα πρέπει να ελέγχεται ακόμη περισσότερο σε σχέση με τον αποκλεισμό νεοσύστατων ή νεοεισερχόμενων σε έναν κλάδο επιχειρήσεων, ήτοι εκείνης της ομάδας οικονομικών φορέων που δύνανται να μεταβάλουν δυναμικά τον ανταγωνισμό εντός μιας δεδομένης αγοράς.

21. Επειδή, έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον

διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014).

22. Επειδή, η θέσπιση με τη Διακήρυξη προδιαγραφών, που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή απαραίτητες για την εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν μπορεί πάντα να ερείδεται επί του δικαιολογητικού λόγου ότι δεν παραβιάζει άνευ ετέρου τις θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου, που έχουν ενσωματωθεί και στην εθνική έννομη τάξη και ιδιαιτέρως τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται ενδεχομένως αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν δυνητικών υποψηφίων που δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι εκάστοτε τιθέμενες προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Και τούτο διότι σε κάθε περίπτωση αφενός μεν, τα θεσπιζόμενα κριτήρια καταλληλότητας πρέπει να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, αφετέρου δε, τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση στο Διαγωνισμό πρέπει να δικαιολογούνται και μάλιστα επαρκώς από κάποιο επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος και να μην τελούν σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου ότι συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του Δικαίου της Ένωσης (βλ. ΕΣ Τμ. Μείζονος Επταμελούς Σύνθεσης 3065/2014, ΕΣ μ. Μείζονος - Επταμελούς Σύνθεσης 6022/2015).

23. Επειδή εν προκειμένω, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη. Κάθε

επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Συνεπώς, στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να εφαρμόζουν κριτήρια επιλογής τα οποία είναι αναλογικά προς τα χαρακτηριστικά της εκάστοτε διαδικασίας. Περαιτέρω, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

24. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει Προδικαστική Προσφυγή κατά της Διακήρυξης 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 στον διαγωνισμό, την διαδικασία

επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣτΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων Διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο, τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

25. Επειδή, από την εξέταση του συνόλου των στοιχείων της εν λόγω υπόθεσης, λεκτέα είναι τα εξής:

Σύμφωνα με το άρθρο 75 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει τα κριτήρια επιλογής της Διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον, να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα.

Περαιτέρω, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή, για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο καταλληλότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί από αυτήν, θα πρέπει επίσης να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι θα αποτελεί αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη της ικανότητας και της αξιοπιστίας για την άρτια εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτόν. Επιπροσθέτως, οι δυσανάλογες χρηματοοικονομικές ή τεχνικές απαιτήσεις των

αναθετουσών αρχών ή η παρατεταμένη δέσμευση των οικονομικών φορέων απέναντι σε αυτές, περιορίζουν/παρεμποδίζουν την ελεύθερη συμμετοχή των Μ.Μ.Ε στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων.

Υπενθυμίζεται ότι το αντικείμενο της υπό κρίση Διακήρυξης περιλαμβάνει: 1). την προμήθεια των ειδών και αγαθών που περιγράφονται στο Παράρτημα ...της Διακήρυξης, 2). την οργάνωση των ειδών και αγαθών σε τυποποιημένα «δέματα» και τη μεταφορά και παράδοσή τους με κατάλληλα οχήματα στα σημεία και τους χώρους Διανομής των Φορέων-Εταίρων των Κ.Σ. του ΤΕΒΑ ανά ... (...), 3). την εκφόρτωση, και παράδοση αυτών ταξινομημένων ανά κατηγορία «δέματος» εντός των χώρων διανομής στους ωφελούμενους του Προγράμματος, όπως τα ανωτέρω αναλυτικά αναφέρονται στη Διακήρυξη και στο Παράρτημα αυτής. Η προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει επί ποινή αποκλεισμού μία ολοκληρωμένη και ενιαία πρόταση για την εκτέλεση της Προμήθειας, και αυτή να αναφέρεται στο σύνολο των ειδών και στο σύνολο των ποσοτήτων των υπό προμήθεια ειδών του Συγκεντρωτικού Πίνακα της Διακήρυξης (Πίνακας ...).

• 1ος Λόγος Προσφυγής: Η απαίτηση σωρευτικής πλήρωσης των όρων του όρου της Διακήρυξης περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό

Υπό την έννοια του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, οι όροι που τίθενται για να καθορισθούν οι ελάχιστες αναγκαίες τεχνικές – επαγγελματικές ικανότητες των οικονομικών φορέων πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της προμήθειας.

Βάσει του επίμαχου όρου της Διακήρυξης, ο υποψήφιος θα πρέπει να έχει εκτελέσει ... (...) συμβάσεις, που θα πρέπει να είναι είτε πλήρως εκτελεσθείσες ή τουλάχιστον σε ποσοστό που να αντιστοιχεί στο ... επί της συνολικής αξίας της σύμβασης την τριετία ..., ..., Περαιτέρω, οι εκτελεσθείσες αυτές συμβάσεις (τουλάχιστον δύο), θα πρέπει: α) να έχουν προϋπολογισμό ίσο ή μεγαλύτερο του πενήντα επί τοις εκατό (...) της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, β) να περιλαμβάνουν την προμήθεια ιδίων ή αντίστοιχων ειδών τουλάχιστον κατά ... αυτών που αναφέρονται στην υπό κρίση Διακήρυξη και γ) να περιλαμβάνουν ποσότητες (που να έχουν επίσης παραδοθεί από τον

ανάδοχο) τουλάχιστον ίσων ή μεγαλύτερων από το ... των αναφερόμενων στην επίμαχη Διακήρυξη:

- νωπών κρεάτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης
 - νωπών τυροκομικών σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης και
 - νωπών φρούτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης.
- Όπως διατείνεται η προσφεύγουσα, η απαίτηση δύο (πλήρως εκτελεσμένων ή τουλάχιστον σε ποσοστό ...) συμβάσεων με προϋπολογισμό μεγαλύτερο ή ίσο του πενήντα τοις εκατό της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, σε συνδυασμό με τις λοιπές απαιτήσεις για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που πρέπει να πληρούνται σωρευτικώς, δεν παρίσταται ούτε αναγκαία, ούτε πρόσφορη για την εξυπηρέτηση του σκοπού για τον οποίο τέθηκε αλλά, αντίθετα, είναι δυσανάλογη προς το αντικείμενο της οικείας σύμβασης και περιορίζει αδικαιολόγητα τη συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων. Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, ο επίμαχος όρος είναι δυσανάλογος και περιοριστικός του ανταγωνισμού διότι: α) η εμπειρία των οικονομικών φορέων μπορεί να προκύπτει και από την εκτέλεση περισσότερων συμβάσεων μικρότερης αξίας, β) λόγω του μεγάλου μέσου όρου υλοποίησης της υπό ανάθεση σύμβασης (όπως και των αντίστοιχων συμβάσεων δωρεάν διανομής τροφίμων), το ποσοστό ... ολοκλήρωσης που απαιτεί η Διακήρυξη, **θα πρέπει να απαλειφθεί ή να μειωθεί στο εύλογο ποσοστό του ...** και γ) για τον υπολογισμό της τριετίας θα έπρεπε να είχε ληφθεί υπόψη η δημοσίευση σε εθνικό επίπεδο (έτος ...) και όχι η αποστολή στην Εφημερίδα της Ε.Ε. (έτος ...), ώστε να έχουν προλάβει να συμβασιοποιηθούν περισσότερες συμβάσεις του οικείου κλάδου (ΤΕΒΑ ...-...9).
- Κατά την αναθέτουσα αρχή, τα συγκεκριμένα ελάχιστα επίπεδα εμπειρίας (προϋπολογισμός συμβάσεων τουλάχιστον ίσος ή μεγαλύτερος με το ... του προϋπολογισμού της Διακήρυξης, εύρος κάλυψης προϊόντων σε ποσοστό τουλάχιστον ίσο με το ... της Διακήρυξης, όγκος κρίσιμων προϊόντων ίσος ή μεγαλύτερος του ... των ποσοτήτων των νωπών ειδών της Διακήρυξης κλπ), τέθηκαν με κριτήριο την κάλυψη των αναγκών της, την αρχή της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

• Επί των απαιτήσεων του ως άνω όρου1., λεκτέα είναι τα εξής:

α) Καταρχάς, απορρίπτεται ως αόριστος, αναπόδεικτος και συνεπώς, ως απαράδεκτος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τον οποίοι μία επιχείρηση που έχει εκτελέσει επιτυχώς περισσότερες συμβάσεις, επιδεικνύει ακόμα μεγαλύτερη αξιοπιστία από κάποιον οικονομικό φορέα που μπορεί να έχει εκτελέσει μόνον ... συμβάσεις, ως ζητείται. Όπως, μάλιστα, συνομολογεί στην υπό κρίση Προσφυγή της, εάν επιτρεπόταν η άθροιση περισσοτέρων συμβάσεων, τότε θα μπορούσε να αθροίσει τις ποσότητες και τις αξίες από τους ... (...) διαγωνισμούς ΤΕΒΑ που έχει εκτελέσει τα τελευταία τρία έτη (... , ... , ...).

Θα πρέπει στο σημείο αυτό να επισημανθεί πως η προσφεύγουσα, στην προσπάθειά της να αποδώσει αντανταγωνιστικό περιεχόμενο στην επίμαχη απαίτηση – **η οποία δεν επιτρέπει την άθροιση πολλών συμβάσεων για την πλήρωση της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας** – επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας του επίμαχου όρου, να προσδιορίσει με βάση τις δικές της εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου και ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007). Υπενθυμίζεται, επίσης, ότι η θέσπιση με τη Διακήρυξη απαιτήσεων που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων που δεν πληρούν τους όρους αυτούς. Σε κάθε δε περίπτωση, η **βασική απαίτηση** εκτέλεσης δύο παρόμοιων συμβάσεων, πέραν του ότι αποτελεί νόμιμη επιλογή της οικείας αναθέτουσας αρχής προς διασφάλιση της πλήρωσης του επίμαχου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, συνδέεται, εν προκειμένω, με το αντικείμενο και με τον σκοπό της οικείας συμβάσεως, η οποία σημειωτέον είναι σύνθετη και απαιτεί τη διανομή μεγάλου όγκου τροφίμων σε τρεις (3) Κοινωνικές Συμπράξεις της υπόψη Περιφέρειας και ως εκ τούτου, είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας.

β) Εντούτοις, δοθείσης της **ιδιαίτερης φύσης του υπό ανάθεση αντικειμένου**, που αποσκοπεί στην ικανοποίηση κοινωνικών αναγκών που προέκυψαν κυρίως τα τελευταία χρόνια, συνεπεία της οικονομικής κρίσης, με αποτέλεσμα να μην έχει μέχρι σήμερα συμβασιοποιηθεί ή/και ολοκληρωθεί μεγάλος αριθμός συμβάσεων (βλ. σκέψη 5 της παρούσας, όπου αναλύεται το ιστορικό των εν λόγω διαγωνισμών), αν και βρίσκονται σε εξέλιξη σχετικοί διαγωνισμοί (ΤΕΒΑ ...-...), ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τον οποίον η (εναλλακτική) απαίτηση ολοκλήρωσης μιας αντίστοιχης σύμβασης **σε ποσοστό το ... της αξίας της οικείας σύμβασης, δεν εξυπηρετεί τον σκοπό απόδειξης της καλής εκτέλεσής της**, γίνεται, εν προκειμένω, δεκτός ως βάσιμος. Άλλωστε, το τιθέμενο ποσοστό ... είναι εν πάση περιπτώσει αυθαίρετο, αφού ουδόλως αιτιολογήθηκε η θέσπισή του (γιατί αποφασίσθηκε το ... και όχι ...?) στο σχετικό έγγραφο Απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

Εν όψει των ανωτέρω, γίνεται δεκτό το αίτημα του προσφεύγοντος, όπως απαλειφθεί το επίμαχο ποσοστό ... και **όπως αναδιαμορφωθεί ο όρος με τη θέσπιση ενός περισσότερο εύλογου ποσοστού, όπως είναι το προτεινόμενο ...**, αφού κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, το ποσοστό ... είναι, επίσης, ενδεικτικό της συμβατικής συμπεριφοράς και εν γένει της αξιοπιστίας και της τεχνικής εμπειρίας ενός αναδόχου. Μάλιστα, στην εξεταζόμενη περίπτωση γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, τους οποίους, άλλωστε, ουδόλως αντέκρουσε η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τους οποίους μέχρι τις ... έχουν υλοποιηθεί μόνο ... (...) αντίστοιχες συμβάσεις σε ποσοστό ... και πιο συγκεκριμένα: α) η σύμβαση μεταξύ του Δήμου ... και της εταιρίας με την επωνυμία «...» και β) η σύμβαση μεταξύ του ...και της εταιρίας με την επωνυμία «...».

Συμπερασματικά, η επιλογή της οικείας αναθέτουσας αρχής όπως ζητήσει (εναλλακτικά της πλήρους ολοκλήρωσης) την ολοκλήρωση σε ποσοστό ... δύο (2) αντίστοιχων συμβάσεων, ΔΕΝ συνδέεται αναγκαίως με το αντικείμενο του ένδικου Διαγωνισμού, ούτε αποτελεί αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη της ικανότητας και της αξιοπιστίας για την άρτια εκτέλεση της υπό ανάθεση

σύμβασης και για τον λόγο αυτόν, το επίμαχο ποσοστό πρέπει να αναπροσαρμοσθεί, ως ανωτέρω αναλύθηκε.

γ) Κατά τα λοιπά, η απαίτηση εκτέλεσης ... (...) τουλάχιστον συμβάσεων προμηθειών τροφίμων **προϋπολογισμού μεγαλύτερου ή ίσου του πενήντα τοις εκατό (...)** της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, αποτελεί εύλογο και σαφή όρο για την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής. Ομοίως, η επιμέρους απαίτηση του όρου1., σύμφωνα με την οποία: «β) *Ειδικά για τα τρόφιμα σε ψύξη, να προκύπτει πως ο οικονομικός φορέας έχει ολοκληρώσει την παράδοση ποσοτήτων τουλάχιστον ίσων ή μεγαλύτερων από το ... των αναφερόμενων στην παρούσα διακήρυξη: α) νωπών κρεάτων σε τυποποιημένες β) νωπών τυροκομικών σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης και γ) νωπών φρούτων σε τυποποιημένες συσκευασίες λιανικής κατανάλωσης, αντίστοιχα.*», γίνονται εν προκειμένω, δεκτές οι αιτιάσεις της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τις οποίες η εν λόγω απαίτηση εναρμονίζεται με τα οριζόμενα στις λοιπές παραγράφους του επίμαχου άρθρου (βλ....., και), που αφορούν στην προσωρινή αποθήκευση των ειδών της προμήθειας μέχρι την επόμενη διανομή τους, στην προσωρινή αποθήκευση των ποσοτήτων των ειδών της σύμβασης που δεν διανεμήθηκαν κατά την επί τόπου διανομή, στη διάθεση των κατάλληλων μεταφορικών ψυκτικών μέσων, προκειμένου για αδιάθετα νωπά τρόφιμα κλπ. και ως εκ τούτου, τελεί σε αναλογία με το υπό ανάθεση αντικείμενο και εξυπηρετεί την προσήκουσα εκτέλεση της οικείας σύμβασης.

δ) Τέλος, για λόγους περαιτέρω ανοίγματος της προς ανάθεση σύμβασης στον ανταγωνισμό, γίνεται, εν προκειμένω, δεκτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τον οποίο η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένα αποφάσισε να χαρακτηρίσει ως τελευταία τριετία τα έτη από ... έως και ..., λαμβάνοντας υπόψη της -ως αφετηρία- την ημερομηνία κατά την οποία η οικεία Διακήρυξη εστάλη προς δημοσίευση στην Εφημερίδα της Ε.Ε (31.12.2020) και όχι τα έτη από ... έως ..., ως προτείνει στην Προσφυγή της, με αφετηρία την ημερομηνία δημοσίευσης της Διακήρυξης στον εθνικό τύπο (08.01.2021). Παρόλο που η θέσπιση της επίμαχης τριετίας (... , ... , ...) είναι νόμιμη,

λαμβανομένου υπόψη του χρόνου που απαιτείται για την υλοποίηση της επίμαχης κατηγορίας συμβάσεων, αλλά και της σχετικά πρόσφατης εντατικοποίησης διεξαγωγής τους από τις Περιφέρειες της χώρας μέσω του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (έτος ...και εντεύθεν), κρίνεται ότι η **ανακατάταξη της επίμαχης τριετίας στα έτη ..., ... και ... - με σχετική τροποποίηση του επίμαχου όρου - θα επιτρέψει τη συμμετοχή περισσότερων οικονομικών φορέων στον ένδικο Διαγωνισμό**, αφού εντός των ανωτέρω ετών θα έχει, εντωμεταξύ, ολοκληρωθεί η εκτέλεση περισσότερων (προκηρυσσόμενων με βάση την κατανομή του προϋπολογισμού ΤΕΒΑ ...-...), συμβάσεων μεγάλης κλίμακας, όπως είναι η προς ανάθεση. Συνεπώς, η διάρκεια της τριετίας θα πρέπει να τροποποιηθεί, ως προτείνεται στην υπό κρίση Προσφυγή.

Εν κατακλείδι, η οικεία αναθέτουσα αρχή ουδόλως εμποδίζεται στο παρόν στάδιο εξέλιξης και υλοποίησης δημόσιων διαγωνισμών δωρεάν διανομής γευμάτων σε απόρους, να αναζητεί τον πλέον ικανό υποψήφιο ανάδοχο προς ικανοποίηση των αναγκών της — οι οποίες σημειωτέον είναι σύνθετες αφού αφορούν στις Κοινωνικές Συμπράξεις των ..., ... και ... και συνεπώς, σε μεγάλο αριθμό ωφελούμενων — ο οποίος θα έχει υλοποιήσει παρόμοιες -σε όγκο και πολυπλοκότητα- συμβάσεις.

Μολονότι τα προσόντα που τέθηκαν στον όρο της επίμαχης Διακήρυξης όσον αφορά στις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των υποψηφίων είναι σε γενικές γραμμές συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης και ανάλογα προς τον σκοπό της — και ως εκ τούτου, πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων προς εκτέλεση της οικείας σύμβασης (Βλ. ΣτΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003) - εντούτοις, η θέσπιση του επίμαχου ποσοστού ... και ο «περιορισμός» της τριετίας στα έτη ..., ..., ..., θέτουν εμπόδια στον ανταγωνισμό, ήτοι, περιορίζουν αναίτιολογήτως τη συμμετοχή μεγαλύτερου αριθμού ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων και για τον λόγο αυτόν, δέον ακυρωθούν και αναδιαμορφωθούν, ως αναλύθηκε στην παρούσα σκέψη, απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας αρχής. Με βάση

τα προλεχθέντα, ο σχετικές -με το επίμαχο ποσοστό ... και την περίοδο αναφοράς- αιτιάσεις της υπό κρίση Προσφυγής γίνονται δεκτές ως βάσιμες.

• 2ος λόγος Προσφυγής: Η απαίτηση προηγούμενης εκτέλεσης ... συμβάσεων υλικής συνδρομής ... φυσικών προσώπων-ωφελομένων του όρου παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας

• Στο άρθρο ορίζεται ότι: «... (...) τουλάχιστον συμβάσεις διανομής τροφίμων (ξηρά, νωπά και τρόφιμα σε ψύξη) ή ειδών βασικής υλικής συνδρομής σε πακέτο σε τουλάχιστον ... (...) φυσικά πρόσωπα, ωφελομένους – αρχηγούς οικογενειών, με υπόδειξη κάποιου φορέα κατά την τελευταία τριετία (... , ... , ...). Ειδικότερα, ως διανομή, λογίζεται η οργάνωση των διαφόρων ειδών σε πακέτα προς τους ωφελομένους και η υποστήριξη της αναθέτουσας αρχής στην επί τόπου διανομή τους. Ως αντίστοιχη σύμβαση ορίζεται κάθε σύμβαση που περιλαμβάνει εκτός τυχόν άλλων αντικειμένων, και διανομή απευθείας σε ωφελομένους - φυσικά πρόσωπα, ειδών συναφών με αυτά της παρούσας διακήρυξης. Ως διανομή για τους σκοπούς του παρόντος έργου, λογίζεται σωρευτικά η οργάνωση τουλάχιστον τεσσάρων διαφορετικών ειδών, εκ των οποίων τα δύο τουλάχιστον να είναι νωπά κρέατα ή τυροκομικά, σε πακέτα τα οποία να έχουν διατεθεί προς τους ωφελομένους καθώς και την υποστήριξη της Αναθέτουσας Αρχής στην πακετοποίηση για την επί τόπου διανομή τους. [...]».

• Κατά την προσφεύγουσα, το πλήθος των ... ωφελουμένων που ορίζει ως ελάχιστο όριο η επίμαχη Διακήρυξη, υπερβαίνει τους ωφελουμένους του προγράμματος ΤΕΒΑ στις περισσότερες ...της χώρας και επομένως, δεν τηρήθηκαν κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων, οι βασικές αρχές που απορρέουν από το εθνικό και το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως δε της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ενόψει των ανωτέρω, αιτείται την ακύρωση, άλλως, την αναπροσαρμογή του όρου της Διακήρυξης, διότι το περιεχόμενό του καταστρατηγεί, ως υποστηρίζει, το πνεύμα της διάταξης του άρθρου 75 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και νοθεύει τον ανταγωνισμό, αφού της στερεί το δικαίωμα να συμμετάσχει στον Διαγωνισμό, μολονότι έχει εκτελέσει

συμβάσεις με τον ζητούμενο αριθμό ωφελούμενων, οι οποίες, όμως, συμβασιοποιήθηκαν το έτος ... και ως εκ τούτου, δεν δύναται να τις επικαλεσθεί.

• Όπως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, η επίμαχη απαίτηση (... ωφελούμενοι) διατυπώθηκε σε απόλυτο αριθμό, «καθώς ο αριθμός των ωφελουμένων επικαιροποιείται μηνιαίως», ενώ η περίοδο αναφοράς (... έως ...), καθορίστηκε με βάση τον χρόνο υποβολής του αιτήματος προέγκρισης της Διακήρυξης από την αρμόδια Διαχειριστική Αρχή και τον εκτιμώμενο χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης.

Καταρχάς, για την περίοδο αναφοράς (... έως ...), ισχύουν *mutatis mutandis* όσα προαναφέρθηκαν και στον 1^ο λόγο της κρινόμενης Προσφυγής. Ως εκ τούτου, η επίμαχη τριετία θα πρέπει να επαναπροσδιορισθεί στα έτη ..., ...και ... για λόγους περαιτέρω ανοίγματος της οικείας σύμβασης στον ανταγωνισμό, αφού κατά το ανωτέρω διάστημα θα έχουν ολοκληρωθεί περισσότερες συμβάσεις, που ανατέθηκαν στο πλαίσιο σχετικών Διαγωνισμών (TEBA ...-...).

Περαιτέρω, στο Παράρτημα ... - .../... της επίμαχης Διακήρυξης ορίζεται ότι:

«... Οι προμήθειες έχουν προσδιοριστεί ανάλογα με τις ανάγκες των ωφελούμενων οικογενειών, σύμφωνα με τα διαθέσιμα στατιστικά στοιχεία από τη συμμετοχή τους κατά τον Οι προδιαγραφές έχουν ακολουθήσει τον Οδηγό Εφαρμογής του Προγράμματος TEBA (...) και έχουν ενσωματώσει τις καλές πρακτικές των προηγούμενων αποκεντρωμένων διανομών τροφίμων. Η μελέτη αυτή έχει σκοπό να θέσει τις προϋποθέσεις ώστε στις ωφελούμενες οικογένειες των Κοινωνικών Συμπράξεων ..., ... και ... της ..., να διανεμηθούν τα απαραίτητα είδη σίτισης και βασικών αναγκών. Τα είδη αυτά θα είναι διατροφικά αξιολογημένα, θα καλύπτουν τις βασικές διατροφικές και άλλες ανάγκες διαβίωσης των ωφελούμενων και θα παρέχονται σε επαρκή ποικιλία (... είδη τροφίμων και ... είδη βασικών αναγκών – είδη βασικής υλικής συνδρομής). Οι διανομές των προϊόντων θα γίνονται σε τακτική βάση, σύμφωνα με τις οδηγίες της Αναθέτουσας Αρχής, θα πραγματοποιούνται σε χώρους κατάλληλους που θα καθορίζονται από τους Εταίρους της Κοινοπραξίας και θα οργανώνονται με τέτοιο τρόπο ώστε να έχουμε όσο το

δυνατό συντομότερους χρόνους αναμονής, με σεβασμό στην αξιοπρέπεια των ωφελούμενων πολιτών. [...]»

Πιο συγκεκριμένα από την επισκόπηση του Παραρτήματος ... (βλ. σελ. ... και επόμ. της Διακήρυξης), προκύπτει ότι τα ζητούμενα προς προμήθεια πακέτα τροφίμων είναι για την, ανέρχονται σε ... πακέτα, για την, ανέρχονται σε ...πακέτα και για την, ανέρχονται ... πακέτα (σύνολο προς προμήθεια πακέτων: ...). Συνεπώς, δοθέντος ότι το κάθε υπό προμήθεια πακέτο αντιστοιχεί σε ένα και πλέον φυσικά πρόσωπα, ανάλογα με το αν οι ωφελούμενοι έχουν οικογένεια ή όχι, η προς ανάθεση σύμβαση απαιτεί την προμήθεια τροφίμων σε -κατ' ελάχιστον- ...φυσικά πρόσωπα.

Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, η απαίτηση του όρου της επίμαχης Διακήρυξης, κατά την οποία οι υποψήφιοι θα πρέπει να έχουν εκτελέσει στο παρελθόν δύο συμβάσεις προμήθειας τροφίμων σε πακέτο σε τουλάχιστον ... φυσικά πρόσωπα, είναι μεν ανάλογη με τις κοινωνικές ανάγκες του δικαιούμενου πληθυσμού, ήτοι, σχετίζεται με τις απαιτήσεις του συγκεκριμένου συμβατικού αντικειμένου, ως αυτό προσδιορίζεται στα έγγραφα της οικείας σύμβασης (βλ. Παράρτημα ...), **εντούτοις, για λόγους περαιτέρω ανοίγματος της οικείας σύμβασης στον ανταγωνισμό**, θα πρέπει προς πλήρωση της παρ. της Διακήρυξης, να επιτραπεί στους υποψηφίους η επίκληση περισσότερων εκτελεσθεισών συμβάσεων, οι οποίες αθροιστικά θα συγκεντρώνουν τον αριθμό των ... ωφελούμενων, καθόσον η αναθέτουσα αρχή ουδόλως υποστήριξε ή απέδειξε στο σχετικό έγγραφο Απόψεών της προς την Αρχή, ότι έχουν υλοποιηθεί την τελευταία τριετία (και δη, ως η τριετία αυτή εννοείται στην επίμαχη Διακήρυξη), συμβάσεις διανομής τροφίμων με αποδέκτη τόσο μεγάλο αριθμό ωφελούμενων. Συνεπώς, μολονότι ο αριθμός των ωφελούμενων οικογενειών έχει, όπως αναφέρεται στο Παράρτημα ..., προκύψει από τα διαθέσιμα στατιστικά στοιχεία, εντούτοις για τη συμμετοχή περισσότερων οικονομικών φορέων στον ένδικο Διαγωνισμό, θα πρέπει να επιτραπεί η επίκληση περισσότερων ανάλογων συμβάσεων, που αθροιστικά θα πληρούν τον ζητούμενο αριθμό ωφελουμένων, απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας αρχής. Άλλωστε, ως έχει

κριθεί: «...από τη στιγμή που οι όροι εκτελέσεως συγκεκριμένης συμβάσεως μπορούν κατ' αρχήν να πληρούνται με σωρευτική επίκληση των ικανοτήτων και της πείρας περισσότερων οικονομικών φορέων, θα ήταν κατά μείζονα λόγο παράλογο να αποκλειστεί *a priori* η δυνατότητα σωρεύσεως της πείρας και των ικανοτήτων τις οποίες ο ίδιος οικονομικός φορέας απέκτησε όντως στο πλαίσιο διαφορετικών συμβάσεων» (βλ. σκέψη 19 της παρούσας).

Επομένως, ο επίμαχος όρος της Διακήρυξης βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και ως εκ τούτου, θα πρέπει να αναπροσαρμοσθεί, κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα (δυνατότητα άθροισης περισσότερων συμβάσεων, σε συνδυασμό με την τροποποίηση της τεθείσας τριετίας). Με βάση τα προλεχθέντα ο σχετικός λόγος της υπό κρίση Προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

• **3^{ος} λόγος Προσφυγής: Ασάφεια του όρου περί προσωρινής αποθήκευσης των ειδών**

Στον όρο της εν θέματι Διακήρυξης ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: «...Η προσωρινή αποθήκευση των ειδών θα πραγματοποιείται σε αποθηκευτικούς χώρους, που διαθέτουν **τις νόμιμες αδειοδοτήσεις**, ανάλογα με τα είδη προς προσωρινή αποθήκευση, και θα διατίθενται από τον Οικονομικό Φορέα στις αντίστοιχες Κοινωνικές Συμπράξεις για το χρονικό διάστημα υλοποίησης της σύμβασής του. Για την εύρυθμη υλοποίηση του έργου της Κοινωνικής Σύμπραξης απαιτείται οι αποθηκευτικοί χώροι που θα διατίθενται από τον οικονομικό φορέα, να βρίσκονται εντός της χωρικής έκτασης της Ο οικονομικός φορέας αναλαμβάνει πλήρως και αποκλειστικά την ευθύνη για την ασφαλή μεταφορά και αποθήκευση του συνόλου των ειδών της σύμβασης για το χρονικό διάστημα που υποδεικνύει η Αναθέτουσα Αρχή. Σε περίπτωση απώλειας ή καταστροφής των εν λόγω ειδών για οποιονδήποτε λόγο, ο οικονομικός φορέας οφείλει να τα αντικαταστήσει χωρίς καθυστέρηση».

Επίσης, στο άρθρο περ. ...της Διακήρυξης (σελ. ... και επόμεν.) ορίζεται ότι: «**B.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου ...οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν επί ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα αποδεικτικά στοιχεία: [...]** Απαίτηση παραγράφου α) Υπεύθυνη Δήλωση με

ρητή αναφορά στη δέσμευση που αναλαμβάνει για την ικανοποίηση της απαίτησης καθόλη τη διάρκεια της σύμβασης. β) Περιγραφή των αποθηκευτικών χώρων: γ) Στοιχεία τεκμηρίωσης (διεύθυνση/χωροθέτηση, κατόψεις, άδειες οικοδομής, βεβαιώσεις χρήσης γης από τις οποίες να προκύπτει ότι επιτρέπεται η χρήση τους ως χώρων αποθήκευσης), δ) Αντίγραφα των αντίστοιχων αδειών, ε) Συμβάσεις συνεργασίας/ ενοικίασης για τη χρήση των αποθηκευτικών χώρων καθόλη τη διάρκεια της σύμβασης, όπου απαιτείται».

- Η προσφεύγουσα διαμαρτύρεται για το γεγονός ότι στον επίμαχο όρο, όπως και στο άρθρο («Αποδεικτικά μέσα») περ. ...της Διακήρυξης, δεν καθορίζεται ρητά **ο αριθμός και η χωρητικότητα** των απαιτούμενων αποθηκευτικών χώρων και επίσης, ότι δεν καθορίζεται «... εάν πρόκειται για άδειες εκδιδόμενες από την Πολεοδομία ή εάν πρόκειται για άδειες λειτουργίας... Βεβαίωση χρήσης γης από την οποία να προκύπτει η χρήση τους ως χώρων αποθήκευσης και αντίγραφα των αντίστοιχων αδειών, χωρίς όμως να γίνεται εξειδίκευση (τι είδους αποθήκευσης; Απαιτείται άδεια χονδρεμπορίου-Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής όπως στο σημείο; απαιτείται ψυγείο για τα είδη ψυγείου και αν ναι απαιτείται κωδικός ... όπως ορίζει η νομοθεσία;) - Επίσης απαιτείται να προσκομισθούν Συμβάσεις συνεργασίας/ ενοικίασης για τη χρήση των αποθηκευτικών χώρων καθόλη τη διάρκεια της σύμβασης, όπου απαιτείται, χωρίς όμως να εξηγεί η Αναθέτουσα Αρχή σε ποιες περιπτώσεις απαιτείται και ποια ενδεχομένως είναι η Αρχή ή η Υπηρεσία που θα ορίσει τι απαιτείται ανά περίπτωση ...».

- Όπως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, στην επίμαχη Διακήρυξη καθορίστηκαν οι απαιτήσεις που θα πρέπει να πληρούν οι χώροι αποθήκευσης και όχι ο αριθμός ή η χωρητικότητά τους, καταλείποντας το θέμα αυτό στη διακριτική ευχέρεια του υποψηφίου αναδόχου. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι για τον λόγο αυτόν. θα γίνουν αποδεκτές διαφορετικές/εναλλακτικές λύσεις, αρκεί να επιτυγχάνεται ο σκοπός της ορθής εκτέλεσης της σύμβασης, όπως, άλλωστε, αποδεικνύεται από τη χρήση της φράσης «όπου απαιτείται» στο επίμαχο άρθρο. Όπως μάλιστα χαρακτηριστικά αναφέρει στο έγγραφο Απόψεών της: «...Σε αυτό το πλαίσιο, όπως ήδη

περιγράφουμε στη Διακήρυξη και τη σχετική διευκρίνιση, είναι αποδεκτές διαφορετικές λύσεις, που περιλαμβάνουν ενδεικτικά από τη διάθεση μόνο του Κ.Α.Δ. που θα λειτουργεί και ως χώρος προσωρινής αποθήκευσης για κάθε Πράξη, έως τη διάθεση του Κ.Α.Δ. και ... διαφορετικών χώρων προσωρινής αποθήκευσης (ένας ανά Πράξη). [...]».

Από την απλή γραμματική διατύπωση των όρων και περ. ...της Διακήρυξης, αλλά και από το περιεχόμενο του σχετικού εγγράφου παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής – όπου αναφέρεται ότι: «Οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν μία ή περισσότερες εγκαταστάσεις σύμφωνα με το άρθρο, για τις οποίες θα προσδιορίσουν τη διάθεσή τους ανά Κοινωνική Σύμπραξη και Πράξη...» – προκύπτει σαφώς ότι, ενώ στα έγγραφα της σύμβασης έχουν ορισθεί ρητώς τα αποδεικτικά έγγραφα που αφορούν στη μίσθωση/διάθεση των αποθηκευτικών χώρων [π.χ Υπεύθυνη Δήλωση με ρητή αναφορά στη δέσμευση που αναλαμβάνει για την ικανοποίηση της απαίτησης καθόλη τη διάρκεια της σύμβασης, Περιγραφή των αποθηκευτικών χώρων, στοιχεία τεκμηρίωσης (διεύθυνση/χωροθέτηση, κατόψεις, άδειες οικοδομής, βεβαιώσεις χρήσης γης από τις οποίες να προκύπτει ότι επιτρέπεται η χρήση τους ως χώρων αποθήκευσης), αντίγραφα των αντίστοιχων αδειών κλπ, βλ. άρθρο περ. ...της Διακήρυξης], **η επιλογή του αριθμού των αποθηκευτικών χώρων ή και της χωρητικότητάς τους, καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια του υποψηφίου αναδόχου**, ήτοι, στον τρόπο οργάνωσης της επιχειρηματικής του δραστηριότητάς του, προκειμένου να ανταποκριθεί στις ανάγκες της οικείας σύμβασης, μη δυνάμενου, άλλωστε, αυτού να αποκλεισθεί για λόγους που ΔΕΝ προβλέπονται ρητώς και σαφώς στην εν θέματι Διακήρυξη, παρά μόνο για τη μη προσήκουσα εκτέλεση της οικείας σύμβασης.

Εν όψει των ανωτέρω, γίνονται δεκτές οι αιτιάσεις της παρεμβαίνουσας, κατά τις οποίες: «...Η αναθέτουσα αρχή ενδιαφέρεται μόνο για τη σωστή αποθήκευση των προϊόντων, προκειμένου αυτά να διατηρηθούν, σύμφωνα με τις προδιαγραφές της διακήρυξης και την έγκαιρη μεταφορά τους στην επόμενη διανομή και όχι για το πλήθος των αποθηκών που θα χρησιμοποιηθούν για την ως άνω ορθή εκτέλεση της σύμβασης...».

Άλλωστε, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος, κρίσιμη είναι η εξέταση της βλάβης του προσφεύγοντος, λόγω του επικαλούμενου επικείμενου αποκλεισμού του ιδίου από τη διαγωνιστική διαδικασία ή της ενδεχόμενης δυσχέρειας συμμετοχής του και όχι η διαμόρφωση συνθηκών ευνοϊκότερων για τη συμμετοχή του. Με βάση τα προλεχθέντα και δοθέντος ότι ουδεμία ζημία υφίσταται η προσφεύγουσα από τη θέσπιση του επίμαχου όρου, ο σχετικός λόγος Προσφυγής απορρίπτεται ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος και συνεπώς, ως απαράδεκτος.

• 4^{ος} λόγος Προσφυγής: Μη νόμιμη η απαίτηση προσκόμισης Πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας για προϊόντα καταψυγμένα τα οποία δεν περιλαμβάνονται στα υπό προμήθεια είδη (άρ. ...της Διακήρυξης)

- Η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση του όρου ...της Διακήρυξης καθότι μέρος ζητείται από τους υποψήφιους να διαθέτουν Πιστοποιητικά ποιότητας ISO ... & ISO ... με πεδίο πιστοποίησης (μεταξύ άλλων) και για τρόφιμα κατεψυγμένα ή προϊόντα κατεψυγμένα, διότι δεν εντάσσονται στα υπό προμήθεια είδη και συνεπώς, δεν συντρέχει νόμιμος λόγος προσκόμισής τους.
- Όπως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση του εν λόγω όρου, επειδή δεν διαθέτει το οικείο Πιστοποιητικό. Όπως, επίσης υποστηρίζει στην Παρέμβασή της, αφού δεν αναφέρεται στην κρινόμενη Προσφυγή ο κανόνας δικαίου που παραβιάζεται από τη θέσπιση του επίμαχου όρου, ο σχετικός λόγος Προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος.
- Παρά δε το γεγονός ότι στο προαναφερόμενο έγγραφο Απόψεών της, η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί πως «η αναφορά «*τροφίμων σε κατάψυξη*» στο πεδίο εφαρμογής του Πιστοποιητικού Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας, αυτή έχει συμπεριληφθεί εκ παραδρομής, καθώς τρόφιμα σε κατάψυξη δεν συμπεριλαμβάνονται στα υπό προμήθεια είδη...», εντούτοις, δεν έχει μέχρι σήμερα προβεί στην κατάργηση της επίμαχης φράσης. Επομένως, παρόλο που το επίμαχο πεδίο του άρθρου ...της Διακήρυξης ετέθη εν προκειμένω, εκ παραδρομής, αφού αφορά σε κατεψυγμένα προϊόντα που δεν ζητούνται στον ένδικο Διαγωνισμό, **δέον απαλειφθεί από την εν θέματι Διακήρυξη, κατ’**

εφαρμογή της αρχής της διαφάνειας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς (ως προτείνεται από την προσφεύγουσα), ώστε να μην δημιουργείται σύγχυση στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, να διασφαλισθεί η σαφήνεια των όρων της Διακήρυξης και η υποβολή αντικειμενικά συγκρίσιμων προσφορών. Με βάση τα προλεχθέντα, η επίμαχη απαίτηση θα πρέπει - καθό μέρος αφορά στα κατεψυγμένα τρόφιμα - να απαλειφθεί από το κείμενο της ένδικης Διακήρυξης.

• 5ος λόγος Προσφυγής: Ασάφεια του όρου ως προς τα απαιτούμενα φορτηγά μεταφοράς και παράδοσης τροφίμων και βασικής υλικής συνδρομής

• Κατά την προσφεύγουσα, η απαίτηση του άρθρου της Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία ο οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει ... (...)φορτηγά για την μεταφορά και την παράδοση τροφίμων και ...(...) φορτηγά για την μεταφορά των προϊόντων βασικής υλικής συνδρομής, δεν είναι σαφώς διατυπωμένη και επομένως *«προκαλεί ανασφάλεια στον υποψήφιο συμμετέχοντα, για το εάν διαθέτει τα κατάλληλα φορτηγά για την εκτέλεση της σύμβασης καθόσον δεν εξειδικεύεται το μέγεθος του φορτηγού και ορθότερα, δεν προσδιορίζεται το ωφέλιμο φορτίο που απαιτείται να έχει το φορτηγό ενώ στερεί από την Αναθέτουσα Αρχή την ευχέρεια να ελέγξει την επαγγελματική επάρκεια του οικονομικού φορέα σε σχέση με τον παραπάνω όρο.»*.

Μάλιστα, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι ο επίμαχος όρος δεν τελεί σε αναλογία με το προκηρυσσόμενο αντικείμενο, σε αντίθεση με τον προηγούμενο Διαγωνισμό ΤΕΒΑ της ... (όπου ανάδοχος αναδείχθηκε η ίδια), στον οποίον προβλέπονταν ο ίδιος αριθμός φορτηγών (...+... =...), πλην, όμως, ήταν δικαιολογημένο *«διότι η αξία του διαγωνισμού (και περίπου αναλογικά και το συνολικό φορτίο των υπό προμήθεια ειδών) ήταν περίπου τριπλάσια από αυτά της που ζητούνται από την υπό κρίση διακήρυξη»*. Τέλος, κατά την άποψη της προσφεύγουσας, ο ανωτέρω όρος δεν διευκρινίστηκε ούτε με το με αρ. πρωτ. ...έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής (βλ. σελίδα ..., παρ. ... της διευκρίνισης).

- Όπως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, ο υποψήφιος ανάδοχος είναι ελεύθερος να επιλέξει τη χωρητικότητα των ζητούμενων μέσων, αρκεί να είναι σε θέση να εκτελέσει τις περιγραφόμενες στη Διακήρυξη και στα Παραρτήματα αυτής μεταφορές και παραδόσεις και επίσης, ότι: *«Για την ικανοποίηση της απαίτησης, ο οικονομικός φορέας επιλέγει την εναλλακτική που επιθυμεί, να διαθέτει ο ίδιος τα φορτηγά, να στηρίζεται στην ικανότητα τρίτων ή να προσφύγει σε υπεργολάβους».*
- Τόσο από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου της Διακήρυξης, όσο και από το περιεχόμενο του εγγράφου παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, όπου αναφέρεται ότι: *«Σύμφωνα με το άρθρο ..., «Ο προσφέρων οικονομικός φορέας είναι υποχρεωμένος να λάβει όλα τα κατάλληλα μέτρα για τη σωστή μεταφορά και παράδοση των ειδών στον υποδεικνυόμενο από την αναθέτουσα αρχή τόπο παράδοσης. Ο οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον ... (...)φορτηγά για την μεταφορά και παράδοση των τροφίμων και τουλάχιστον ... (...) φορτηγά για τη μεταφορά των προϊόντων βασικής υλικής συνδρομής.».* Οι άδειες κυκλοφορίας των οχημάτων απαιτείται να πληρούν τις απαιτήσεις της ισχύουσας νομοθεσίας. Για την τεκμηρίωση των απαιτήσεων του άρθρου της Διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να υποβάλλουν τα δικαιολογητικά που ορίζονται στο άρθρο ...». προκύπτει σαφώς ότι, ενώ ο απαιτούμενος αριθμός των φορτηγών έχει ορισθεί στα έγγραφα της σύμβασης, **η επιλογή του τύπου (μέγεθος, χωρητικότητα κλπ) των φορτηγών προς εκτέλεση της οικείας σύμβασης καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια του υποψηφίου αναδόχου**, μη δυνάμενου, εξάλλου, αυτού να αποκλεισθεί από τον Διαγωνισμό για λόγους που ΔΕΝ προβλέπονται ρητώς και σαφώς στην εν θέματι Διακήρυξη. Συνεπώς, απόκειται στον υποψήφιο να επιλέξει τη χωρητικότητα των ζητούμενων φορτηγών, αφού προηγουμένως μελετήσει και κατανοήσει τις απαιτήσεις που τέθηκαν για την μεταφορά και την παράδοση των τροφίμων στην επίμαχη Διακήρυξη και στα Παραρτήματα αυτής, ώστε να είναι σε θέση εκτελέσει προσηκόντως το συμβατικό αντικείμενο, ήτοι, σε πλήρη συμμόρφωση προς τα έγγραφα της σύμβασης.

Ειδικότερα, ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τον οποίον παρεμποδίζεται να συμμετάσχει στον εν θέματι Διαγωνισμό, διότι διαθέτει ... (...) φορτηγά και όχι ... (...), όπως ζητείται από τη Διακήρυξη ή ότι «ο απαιτούμενός αριθμός των οκτώ (...+...=...) φορτηγών βαίνει πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, αυξάνοντας δυσανάλογα το κόστος συμμετοχής για την εταιρεία μας, αφού θα πρέπει να απορροφήσουμε την δαπάνη της μίσθωσης ... επιπλέον φορτηγών...», θα πρέπει να επισημανθεί ότι απαραδέκτως στρέφεται κατά της σκοπιμότητας του επίμαχου όρου, με βάση εκτιμήσεις που σχετίζονται με τα δικά της επιχειρηματικά συμφέροντα. Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της Διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007). Λόγω δε της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, αλυσιτελώς προβάλλονται λόγοι που ερείδονται σε έτερες διαγωνιστικές διαδικασίες, ακόμη και εάν αυτές διενεργήθηκαν από την ίδια αναθέτουσα αρχή.

Ως εκ τούτου, γίνονται δεκτές οι αιτιάσεις του παρεμβαίνοντος, σύμφωνα με τις οποίες: «Επομένως, ο υποψήφιος οφείλει να φέρει εις πέρας την εκτέλεση της σύμβασης με οποιοδήποτε τύπο φορτηγών αυτοκινήτων επιθυμεί αρκεί να πληρούνται οι λοιπές ζητούμενες από τη διακήρυξη προδιαγραφές. Σε κάθε περίπτωση, το βάρος της επιλογής φορτηγών το φέρει ο ανάδοχος, αν αυτός εξαιτίας της επιλογής του αδυνατεί να εκπληρώσει τους όρους της σύμβασης, που αφορούν τη μεταφορά των προ όντων τότε θα του επιβληθούν οι σχετικές από τη σύμβαση κυρώσεις» απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

Τέλος, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα ... - Μελέτη...της Διακήρυξης: «... Όσον αφορά στο χώρο αποθήκευσης των δεμάτων που δεν παρελήφθησαν από τους ωφελούμενους, ως ανωτέρω, αυτός θα πρέπει να είναι κατάλληλου

μεγέθους, ώστε να μπορεί να αποθηκεύσει ποσότητες ξηρών τροφίμων και ... που αντιστοιχούν σε μία διανομή, να έχει τις απαραίτητες άδειες και να βρίσκεται εντός της Η παράδοση των υπό προμήθεια ειδών θα αρχίσει αμέσως μετά την υπογραφή της σύμβασης και θα πραγματοποιηθεί τμηματικά και σταδιακά, σύμφωνα με το συνολικό προγραμματισμό παραδόσεων. Οι παραδόσεις των ζητούμενων ειδών θα γίνονται με ευθύνη και δαπάνη του αναδόχου σε σημεία (και επί του εδάφους αυτών), εντός των ορίων των Δήμων της Κοινωνικής Σύμπραξης (Κ.Σ.) της ...της ..., ... και ..., τα οποία σημεία θα υποδείξει η Αναθέτουσα Αρχή. Στα χωρικά όρια της Κοινωνικής Σύμπραξης ...κάθε Περιφερειακής Ενότητας, θα ορίζεται ένα σημείο παράδοσης ανά Εταίρο της Κ.Σ. Ενδεικτικά αναφέρεται ότι η διάθεση των προϊόντων από το προσωπικό του αναδόχου στους ωφελούμενους του ΤΕΒΑ μπορεί να γίνει σε κλειστό ή ανοιχτό χώρο. Στην περίπτωση που ο χώρος είναι ανοικτός, ο ανάδοχος έχει την υποχρέωση, ανάλογα με τις καιρικές συνθήκες, να διαθέτει τέντες για την επαρκή προστασία των ωφελούμενων και των προϊόντων. Οι παραδόσεις θα πραγματοποιούνται, συνολικά για τις ποσότητες που αφορούν, σε κάθε χώρο παράδοσης την ίδια ημέρα και ώρα, στη διάρκεια υλοποίησης της σύμβασης, όπως θα υποδειχθεί από την Αναθέτουσα Αρχή...» (βλ. σελ. ... - ...της Διακήρυξης), οι προβλεπόμενες παραδόσεις και συνεπακόλουθα, οι διαδρομές που απαιτούνται για την εκτέλεση των παραδόσεων, καθιστούν αναγκαίο να διαθέτει ο ανάδοχος αρκετά φορτηγά, ώστε να είναι σε θέση να εκτελέσει το πλήθος των ζητούμενων (για τις ...Κοινωνικές Συμπράξεις) παραδόσεων σε μικρά χρονικά διαστήματα και όχι λιγότερα φορτηγά, ως αορίστως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, στηριζόμενη στα δικά της επαγγελματικά κριτήρια και επιχειρηματικά συμφέροντα.

Με βάση το σύνολο των προαναφερθέντων και δοθέντος ότι για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος, κρίσιμη είναι η εξέταση της βλάβης του προσφεύγοντος, λόγω του επικαλούμενου επικείμενου αποκλεισμού του ιδίου από τη διαγωνιστική διαδικασία ή της ενδεχόμενης δυσχέρειας συμμετοχής του και όχι η διαμόρφωση συνθηκών ευνοϊκότερων για τη συμμετοχή του, ο σχετικός λόγος Προσφυγής απορρίπτεται ως απαράδεκτος.

• **6^{ος} λόγος Προσφυγής: Αντικατάσταση του όρου «άδεια λειτουργίας υγειονομικού ενδιαφέροντος» του άρ. ...περ. ...με τον ορθό «Άδεια-γνωστοποίηση για Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής»**

Στο άρθρο περ. ...της Διακήρυξης (βλ. σελ. ...), ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: «...Επιπλέον, απαιτείται: 1) Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας είναι έμπορος πρέπει να καταθέσει, επί ποινή αποκλεισμού, με την προσφορά του: τη νόμιμη άδεια λειτουργίας υγειονομικού ενδιαφέροντος της επιχείρησης από την Αρμόδια υπηρεσία για την αποθήκευση, διατήρηση, διακίνηση τροφίμων και ευπαθών προϊόντων η οποία περιλαμβάνει τα είδη για τα οποία λαμβάνει μέρος ο οικονομικός φορέας».

• Κατά την προσφεύγουσα, ο όρος «άδεια λειτουργίας υγειονομικού ενδιαφέροντος της επιχείρησης» είναι αδόκιμος και πρέπει να αντικατασταθεί προς αποφυγή δημιουργίας σύγχυσης στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς. Και τούτο, διότι βάσει του Ν. 4442/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει σήμερα, (ΦΕΚ 230Α/2016 «Νέο Θεσμικό Πλαίσιο για την άσκηση οικονομικής δραστηριότητας και άλλες διατάξεις»), καθώς και του Ν. 4512/2018 «Ρυθμίσεις για την εφαρμογή των Διαθρωτικών Μεταρρυθμίσεων του Προγράμματος Οικονομικής Προσαρμογής και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α 5), «...η άσκηση χονδρικού εμπορίου και η ίδρυση Κέντρου Αποθήκευσης και Διανομής (ΚΑΔ) απαιτεί έγκριση εγκατάστασης από την μόνη αρμόδια υπηρεσία της Δ/σης Ανάπτυξης της περιοχής δραστηριότητας, καθώς και ακόλουθη ανάρτηση/δημοσίευση στην πλατφόρμα *notifybusiness* της “γνωστοποίησης” λειτουργίας, σύμφωνα με τις υποδείξεις της Δ/σης Ανάπτυξης, που πλέον υπέχει θέση άδειας λειτουργίας. Κάθε άλλη αδειοδότηση από την έναρξη ισχύος του παραπάνω νομοθετικού πλαισίου καταργείται με την εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων ...».

• Κατά την αναθέτουσα αρχή, ο όρος «άδεια λειτουργίας υγειονομικού ενδιαφέροντος» που τέθηκε στο άρθρο ...περ. ...της Διακήρυξης, μολονότι δεν είναι ο πλέον δόκιμος λόγω των πρόσφατων νομοθετικών εξελίξεων, εντούτοις, δεν αναιρεί την απαίτηση της παραγράφου («Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας») της Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία: «Οι

οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε κράτος μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ) ή σε τρίτες χώρες που έχουν προσχωρήσει στη ΣΔΣ, ή σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην προηγούμενη περίπτωση και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε αντίστοιχα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο.». Επομένως, κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής ουδεμία σύγκρουση μπορεί να επέλθει στους ενδιαφερόμενους ως προς τα προσόντα που πρέπει να πληρούν οι υποψήφιοι και τις άδειες που θα πρέπει αυτοί να διαθέτουν για τη νομότυπη συμμετοχή τους στον εν θέματι Διαγωνισμό.

Εν όψει των ανωτέρω, μολονότι απορρίπτεται ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος, σύμφωνα με τον οποίο: «Και τούτο, καθόσον μπορεί να γίνει δεκτός κάποιος οικονομικός φορέας που τυχόν διαθέτει άδεια για κατάστημα υγειονομικού ενδιαφέροντος που ουδεμία σχέση έχει με την υπό κρίση διακήρυξη (νοουμένου ότι δεν πληροί τα ποιοτικά κριτήρια επαγγελματικής καταλληλότητας που απαιτεί η Διακήρυξη) και παράλληλα να αποκλεισθεί κάποιος άλλος οικονομικός φορέας που διαθέτει άδεια-γνωστοποίηση για Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής επειδή ξεκίνησε την επιχειρηματική του δραστηριότητα με το καινούριο νομοθετικό πλαίσιο [...]», εντούτοις ο επίμαχος όρος θα πρέπει κατ' εφαρμογή της αρχής της διαφάνειας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς να αναδιαμορφωθεί, για λόγους διασφάλισης της σαφήνειας των όρων της επίμαχης Διακήρυξης και της υποβολής αντικειμενικά

συγκρίσιμων (μεταξύ τους) προσφορών. Με βάση τα προλεχθέντα, ο σχετικός λόγος της υπό κρίση Προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω αναφερόμενων, το αίτημα της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτό, και να απορριφθεί της Παρέμβασης.

27. 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, και εν προκειμένω των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, 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).

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Διατάσσει την ακύρωση της υπ' αριθμ. ...ΤΕΒΑ- ...Διακήρυξης, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού της ...για την «Προμήθεια Τροφίμων και Βασικής Υλικής Συνδρομής για τις ανάγκες του Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής για το Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας Απόρων (ΤΕΒΑ/FEAD) των Κοινωνικών Συμπράξεων των ..., ... και ... της ...2020» (Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.: ...), κατά το αναλυτικό σκεπτικό της παρούσας Απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού ... χιλιάδων εξακοσίων σαράντα ... ευρώ και ογδόντα λεπτών 6.646,80€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στις 30 Μαρτίου 2021, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Ελένη Α. Λεπίδα