

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση:, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, και, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.12.2021 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 2324/17.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «..... **Ε.Π.Ε.**» (στο εξής: «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον Αττικής, οδός, αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

κατά της, όπως εκπροσωπείται νόμιμα, (στο εξής: «η αναθέτουσα αρχή»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. Φ.600.163/73/41261/Σ. 6154 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (στο εξής : «η προσβαλλόμενη»), με την οποία έγιναν αποδεκτά τα Πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού κατά τα οποία, μεταξύ άλλων, έγιναν αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής, η τεχνική και οικονομική προσφορά της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία «..... **ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ**» και ανακηρύχθηκε η τελευταία προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού ευρώ, υπερβάλλοντος του ποσού των ευρώ, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ποσού€.
2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτός κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.
3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 16.12.2021 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, λόγω της τότε αδυναμίας λειτουργίας του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ (βλ. τα υπ' αρ. 43492 ΕΞ/08.12.2021 και 44994 ΕΞ/20.12.2021 έγγραφα του Προϊσταμένου Διεύθυνσης Διαχείρισης, Ανάπτυξης & Υποστήριξης του ΕΣΗΔΗΣ), λαμβανομένου υπόψη ότι η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 07.12.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017
4. Επειδή, η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα της οποίας η προσφορά μετά και την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών κρίθηκε καταρχήν αποδεκτή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, πλην όμως δεν ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος καθόσον η έτερη συνδιαγωνιζόμενη προσέφερε χαμηλότερη τιμή, θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στη ζημία της από την μη ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου και την (τυχόν) παράνομη συμμετοχή έτερων προσφερόντων, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση (ΔΕΕ, απόφαση της 14.02.2019, C-54/18 -, σκ. 35-37).

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

5. Επειδή, με την υπ' αριθμ./2021 Διακήρυξη η προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό δημόσιο διαγωνισμό για την προμήθεια Νωπών Κρεάτων και Πουλερικών για τις ανάγκες των μονάδων και της Νήσου με εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ευρώ πλέον ΦΠΑ με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά.

6. Επειδή, δια της προσβαλλόμενης απόφασης με θέμα «Διαγωνισμοί - Συμβάσεις» η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε **α.** Την αποδοχή του από Πρακτικού ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, **β.** Την αποδοχή του από Πρακτικού αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών και **γ.** Την αποδοχή του από Πρακτικού αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και την ανακήρυξη ως προσωρινού αναδόχου της εταιρείας με την επωνυμία «..... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ», η οποία υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής ανά είδος.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε προς την ΑΕΠΠ στις τις με αρ. πρωτ. /..... απόψεις της επί της προσφυγής, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του, τις οποίες προηγουμένως είχε κοινοποιήσει και στην ΑΕΠΠ και δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και στις 14.01.2022 προς τους ενδιαφερόμενους τρίτους. Με τις απόψεις της, για τους λόγους που ειδικότερα αναφέρονται σε αυτές, ζητεί την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

8. Επειδή, στις 21.01.2022 η προσφεύγουσα εταιρεία κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του και μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ το με ημ/νία Υπόμνημά της προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο ωστόσο δεν δύναται να ληφθεί υπ' όψη καθόσον έχει κατατεθεί σε χρόνο πέραν των πέντε ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης των απόψεων της αναθέτουσας αρχής προς την προσφεύγουσα.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της, μετά την παράθεση ιστορικού της υπόθεσης, ζητεί την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης για

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

τους παρακάτω δύο λόγους οι οποίοι συνοπτικά έχουν ως εξής:

α' Λόγος Προσφυγής:

«Το άρθρο 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της διακήρυξης, η οποία αποτελείτο κανονιστικό πλαίσιο του υπόψη διαγωνισμού και δεσμεύει, συνεπώς, τόσο την αναθέτουσα αρχή που τον διενεργεί, όσο και όλους όσοι συμμετέχουν σε αυτόν ανεπιφύλακτα (ΣτΕ ΕΑ 632/2010, ΣτΕ 4231/2000 7μ), ορίζει ότι «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν:

α) τις κυριότερες συμβάσεις προμηθειών που έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας,

β) το τεχνικό προσωπικό ή τεχνικούς φορείς, ιδίως τους υπεύθυνους για τον έλεγχο της ποιότητας που διαθέτουν,

γ) τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτουν και τα μέτρα που λαμβάνουν για την εξασφάλιση της ποιότητας, καθώς και τα μέσα μελέτης και έρευνας,

δ) τα συστήματα διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και ανίχνευσης κατά την εκτέλεση της σύμβασης που διαθέτουν,

ε) μέτρα περιβαλλοντικής διαχείρισης κατά την εκτέλεση της σύμβασης,

στ) το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και τον αριθμό των διευθυντικών στελεχών τους κατά τα τελευταία τρία έτη,

ζ) τον τρόπο έγκαιρης μεταφοράς και διανομής των προϊόντων,

η) τις εγκαταστάσεις που θα κατασκευάσουν, στο χώρο που θα τους υποδειχθεί, για την αποθήκευση και διανομή των προϊόντων, τηρώντας τους απαραίτητους κανόνες υγιεινής, θ) την μέθοδο άμεσης αντικατάστασης, έως τις 14:00 της ίδιας ημέρας, των προϊόντων, τα οποία θα απορρίπτονται από την αρμόδια επιτροπή παραλαβής».

Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης της Διακηρύξεως ορίζεται ότι «Α.1.4 Ο πάροχος υπηρεσιών οφείλει να ορίσει υπεύθυνο έργου και αναπληρωματικό, ο οποίος πρέπει αφενός να επιβλέπει την ορθή λειτουργία, αφετέρου να έρχεται σε επαφή με

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

τα αρμόδια όργανα της Υπηρεσίας για οποιοδήποτε πρόβλημα προκόψει».

Το άρθρο 2.2.8 «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» της Διακηρύξεως ορίζει ότι «2.2.8.1 Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. (...) 2.2.8.4 Αν ο υποψήφιος πάροχος υπηρεσιών κάνει επίκληση στην ικανότητα από τους τρίτους αυτοί θα πρέπει με υπεύθυνη δήλωση να δηλώσουν ότι δεν θα διαθέσουν τους ίδιους διαθέσιμους πόρους σε άλλους κατά τον χρονικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης. Η υπεύθυνη δήλωση υποβάλλεται στο φάκελο τεχνικής προσφοράς».

Το άρθρο 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών της Διακηρύξεως ορίζει ότι «2.2.9.1.1 Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ68 καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος Ι». Σύμφωνα με το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 «1. Όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, 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», ενώ σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 «Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το

άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ίδιες πληροφορίες για τους φορείς αυτούς».

Στην υπό κρίση περίπτωση, ζητείται ρητώς από την Διακήρυξη ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής, οι συμμετέχοντες φορείς να διαθέτουν για την εκτέλεση της σύμβασης κατ' ελάχιστου Υπεύθυνο Έργου, Αναπληρωματικό Υπεύθυνο Έργου και Υπεύθυνο για τον έλεγχο ποιότητας. Η εταιρεία «..... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ» έχει δηλώσει στην προσφορά της, και συγκεκριμένα στο Ε.Ε.Ε.Σ., συνοδευόμενο από την δήλωση με ονομασία «ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ 2.2.6» (ΣΧΕΤ 9 και 11), ότι το τεχνικό προσωπικό το οποίο θα χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης θα αποτελείται από τον ως Υπεύθυνο έργου και Τεχνικό ασφαλείας, την ως Αναπληρωματική Υπεύθυνη έργου και την ως Υπεύθυνη κτηνίατρο. Ωστόσο, όπως προκύπτει από τον υποβληθέντα Πίνακα Προσωπικού της εταιρείας (ΣΧΕΤ 10) και το Καταστατικό της εταιρείας (ΣΧΕΤ 12), οι κ.κ. και δεν ανήκουν στο προσωπικό της εταιρείας, ούτε είναι εταίροι. Επιπροσθέτως, στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. στο Μέρος IV, παρ. Γ, η «..... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ» έχει δηλώσει ότι διαθέτει ένα (1) διευθυντικό στέλεχος και έναν υπάλληλο. Όπως, δε, αποδεικνύεται από τον Πίνακα Προσωπικού, η μόνη υπάλληλος της εταιρείας είναι η Επομένως, οι κ.κ. και μπορούν να θεωρηθούν μόνο τρίτοι ως προς την προσφέρουσα εταιρεία.

Σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας, οι μόνες μορφές συμμετοχικής παρουσίας σε δημόσιο διαγωνισμό πέραν της ένωσης οικονομικών φορέων είναι είτε μέσω του θεσμού της στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα («δάνεια εμπειρία») είτε μέσω της υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους της προς ανάθεση σύμβασης («υπεργολαβία»). Άλλη μορφή συνεργασίας τρίτου οικονομικού φορέα με συμμετέχοντα υποψήφιο, το δικαίωμα των δημοσίων συμβάσεων δεν αναγνωρίζει. Σε αμφότερες, δε, τις ως άνω περιπτώσεις, θα ήταν υποχρεωτική (για την περίπτωση της δάνειας εμπειρίας σε κάθε περίπτωση, βάσει του άρθρου 78 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ για την υπεργολαβική ανάθεση, μόνο εφόσον αυτή υπερέβαινε το 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης ή προβλεπόταν ρητά από τη διακήρυξη του διαγωνισμού, βάσει του άρθρου 131 παρ. 6 του Ν. 4412/2016) η υποβολή χωριστού Ε.Ε.Ε.Σ.

Από την επισκόπηση των δικαιολογητικών συμμετοχής της «.....

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ» προκύπτει ότι στο Ε.Ε.Ε.Σ., Μέρος ΙΙ, παρ. Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων, η ανωτέρω εταιρεία έχει δηλώσει ότι δεν στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής. Περαιτέρω, δεν έχουν υποβληθεί Ε.Ε.Ε.Σ. των ανωτέρω τρίτων φυσικών προσώπων, ούτε υπεύθυνες δηλώσεις σύμφωνα με την παρ. 2.2.8.4. της Διακήρυξης με τις οποίες να δηλώνουν ότι δεν θα διαθέσουν τους ίδιους διαθέσιμους πόρους σε άλλους κατά τον χρονικό διάστημα εκτέλεσης της σύμβασης. Προκύπτει, επομένως, ότι η προσφέρουσα εταιρεία δεν πληροί το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας καθώς δεν διαθέτει το απαραίτητο προσωπικό, όπως αυτό ζητείται από τον όρο 2.2.6 και το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, για να στελεχώσει την ομάδα έργου που θα εκτελέσει την σύμβαση εφόσον της ανατεθεί.

Προσέτι, στα πλαίσια εφαρμογής του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016 και της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων, είναι επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του υποψηφίου, απαραίτητη η υποβολή οποιασδήποτε έγγραφης δέσμευσης, για την απόδειξη της ανάληψης των σχετικών δεσμεύσεων εκ μέρους του φορέα στις ικανότητες του οποίου προτίθεται να στηριχθεί, προκειμένου ομοί με την υποβολή του αντίστοιχου χωριστού Ε.Ε.Ε.Σ., να μπορεί να ελεγχθεί κατ' ελάχιστον η κάλυψη εκ μέρους του τρίτου οικονομικού φορέα, των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και η μη συνδρομή στο πρόσωπό του, των λόγων αποκλεισμού. Υπό αυτήν την έννοια, από την εξέταση της προσφοράς της εταιρείας «..... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ» δεν κατέστη σαφές, με ποιο τρόπο καλύπτονται οι προϋποθέσεις νόμιμης συμμετοχής των ως άνω τρίτων φυσικών προσώπων στην εκτέλεση της σύμβασης, με έναν από τους προεκτεθέντες τρόπους που αποκλειστικά αναγνωρίζει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και ούτως, δεν καλύφθηκε εκ μέρους της, η απαίτηση για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής από την άποψη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2.2.6 της Διακήρυξης (οράτε ΑΕΠΠ 701/2021 σκ. 3940).

Τέλος, είναι προφανής η εσφαλμένη συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ. καθ' ο μέρος η συμμετέχουσα εταιρεία δήλωσε αφενός ότι δεν θα στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου, αφετέρου ότι δεν θα αναθέσει υπεργολαβικά τμήμα της σύμβασης σε τρίτο φορέα, η οποία ωστόσο πλημμέλεια σε συνδυασμό με τα ανωτέρω δεν δύναται να ιαθεί μέσω της διαδικασίας των διευκρινίσεων, δεδομένου ότι δεν έχουν υποβληθεί οι

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

ζητούμενες επί ποινή αποκλεισμού δεσμεύσεις και τα απαιτούμενα Ε.Ε.Σ. των τρίτων φορέων.

Τα ανωτέρω αποτελούν σοβαρές αποκλίσεις από τους όρους της Διακήρυξης και μη θεραπεύσιμες πλημμέλειες. Ουδεμία, δε, αμφιβολία καταλείπεται ότι εν προκειμένω πρόκειται για απαράβατους όρους, τους οποίους οφείλουν να εφαρμόσουν απαρέγκλιτα, τόσο οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς, όσο και η αναθέτουσα αρχή κατά την οικεία διαγωνιστική διαδικασία. Ως εκ περισσού δε τονίζεται ότι το ανωτέρω ρυθμιστικό πλαίσιο, θεσπίζει διατάξεις αναγκαστικού δικαίου (jus cogens), από την εφαρμογή των οποίων η Αναθέτουσα Αρχή δεν μπορεί να αποκλίνει νομίμως, χωρίς η απόφασή της αυτή, να πάσχει ακυρότητας.

Ως εκ τούτου, η προσφορά της εταιρείας «..... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ» έπρεπε να απορριφθεί κατά δέσμια αρμοδιότητα της Αναθέτουσας Αρχής και η υπό στοιχεία Απόφαση πρέπει να ακυρωθεί καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της ανωτέρω εταιρείας».

β' Λόγος Προσφυγής:

Με τον δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα εταιρεία επαναλαμβάνοντας τους ανωτέρω παρατιθέμενους σχετικούς όρους της Διακήρυξης ισχυρίζεται ότι η «..... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ» δεν πληροί τον όρο 2.2.6 παρ. α' της Διακήρυξης κατά το ότι στο υποβληθέν εκ μέρους της ΕΕΕΣ όσο και στη συνοδευτική αυτού δήλωση δηλώνει απερίφραστα ότι δεν έχει εκτελέσει οποιαδήποτε σύμβαση προμήθειας κατά την τελευταία τριετία.

10. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

11. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, 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 επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους 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 (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SRL ECLI:EU:C:2015:228. 28, και απόφαση, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

12. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣτΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001,4/2001, 85/2000).

13. Επειδή, το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» αναφέρει το εξής: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102.».

14. Επειδή, το αρ. Άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης» ορίζει ότι : «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθορισθεί σύμφωνα με τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, και γ) τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθορισθεί σύμφωνα με το άρθρο 84, περί περιορισμού του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων που καλούνται να συμμετάσχουν στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ίδιες πληροφορίες για τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά (...)).».

15. Επειδή, η θέσπιση και η υποχρεωτική χρήση του ΕΕΕΣ στον εκάστοτε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων των οδηγιών, εξυπηρετεί, μεταξύ άλλων, το σκοπό παράκαμψης, κατά το στάδιο υποβολής και αξιολόγησης του συνόλου των προσφορών, της ανάγκης προσκόμισης από τους οικονομικούς φορείς σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής προκειμένου να αποφευχθεί διοικητικός φόρτος τόσο για τις αναθέτουσες αρχές όσο και για τους οικονομικούς φορείς, ιδία τις ΜΜΕ. Ωστόσο, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να είναι σε θέση να αποδείξουν με τα κατάλληλα και απαιτούμενα στη διακήρυξη έγγραφα, όσα δηλώνουν υπευθύνως με το ΕΕΕΣ. Άλλωστε, το ΕΕΕΣ αποτελεί κατά το νόμο (βλ. παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016) Υπεύθυνη Δήλωση, που επιφέρει τις κυρώσεις του ν. 1599/1986, και στην οποία, κατά πάγια νομολογία, δεν δύναται να βεβαιωθούν γεγονότα μελλοντικά αλλά αφορά αποκλειστικά και μόνον σε γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα, όχι, όμως, μέλλοντα (πρβλ. ΠΕ 160, 58/1984 και ΣτΕ 781/2010). Επομένως, αφενός οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν στο ΕΕΕΣ υπευθύνως γεγονότα τα οποία ισχύουν κατά το χρόνο υπογραφής του, προαποδεικνύοντας τα, συνάμα δε δεσμεύονται ότι, ανά πάσα στιγμή, κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας οφείλουν να αποδείξουν βάσει των οριζόμενων στη διακήρυξη εγγράφων κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, ότι πληρούν τα δηλούμενα. Εν τέλει, η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και η μη συνδρομή στο πρόσωπο των διαγωνιζόμενων των λόγων αποκλεισμού αποδεικνύονται μέσω της υποβολής των οριζόμενων κατά την διακήρυξη αποδεικτικών εγγράφων, κατά το στάδιο κατάθεσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όπου, βεβαίως, μεταξύ άλλων, ο προσωρινός ανάδοχος καλείται να αποδείξει ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερος, κατά τα οριζόμενα στην διακήρυξη, τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του, όσο και κατά το χρόνο κατακύρωσης.

16. Επειδή, η επίμαχη Διακήρυξη, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει συνεπώς τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, οι οποίοι συμμετέχουν σε αυτόν ανεπιφύλακτα, προβλέπει τα

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

ακόλουθα στους κατωτέρω όρους της, που σχετίζονται με το εξεταζόμενο ζήτημα:

*«2.2.6. «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν:
(... ..)*

β) το τεχνικό προσωπικό ή τεχνικούς φορείς, ιδίως τους υπεύθυνους για τον έλεγχο της ποιότητας που διαθέτουν.

2.2.9.2.2. «Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 της παρούσας οι φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4 - 2.2.8)».

17. Επειδή, μετά την εκτίμηση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, της ισχύουσας νομοθεσίας, καθώς και του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης ως προς τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο προσφυγής προκύπτουν τα ακόλουθα:

Η επίμαχη Διακήρυξη στον όρο 2.2.6, στον οποίο παραθέτει τα κριτήρια που σωρευτικώς πρέπει να πληρούνται προς απόδειξη της Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας απαιτεί, μεταξύ άλλων, να δηλώνει ο οικονομικός φορέας τον τεχνικό προσωπικό ή τους τεχνικούς φορείς που διαθέτει και ιδίως τον υπεύθυνο για τον έλεγχο της ποιότητας. Εν προκειμένω, η ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχος «..... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ» στο εκ μέρους της υποβληθέν ΕΕΕΣ στο Μέρος II Πεδίο Γ στο ερώτημα περί στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων απαντά «ΟΧΙ». Επιπλέον, στο Μέρος IV πεδίο Γ' «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» στο ερώτημα σχετικά με το τεχνικό προσωπικό ή τις τεχνικές υπηρεσίες για τον έλεγχο της ποιότητας απαντά «Όλες οι πληροφορίες κατατίθενται και έχουν επισυναφτεί στην τεχνική προσφορά. Η επιχείρηση θα χρησιμοποιήσει το ανάλογο εξειδικευμένο τεχνικό προσωπικό για την επίτευξη του έργου». Ακόμα, στην με ημ/νία υπεύθυνη δήλωση που υποβάλλει ο νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας σχετικά με την πλήρωση του όρου 2.2.6 της Διακήρυξης περί Τεχνικής και Επαγγελματικής

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

Ικανότητας δηλώνει επί λέξει «*Διαθέτω το τεχνικό προσωπικό για την επιτυχή ολοκλήρωση της παρούσης σύμβασης και επιπλέον υπάρχει υπεύθυνος κτηνίατρος, Τεχνικός Ασφαλείας, Υπεύθυνος έργου και Αναπληρωματικός έργου*». Επιπλέον, στην κατατεθείσα τεχνική προσφορά της, στην οποία παραπέμπει δια της απάντησής της στο σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ για το τεχνικό προσωπικό και τον υπεύθυνο ελέγχου ποιότητας, δεν αναφέρεται σε συγκεκριμένα πρόσωπα υπό τις ανωτέρω ιδιότητες. Εκ των ανωτέρω καθίσταται σαφές σύμφωνα με το περιεχόμενο του υποβληθέντος ΕΕΕΣ, της ως άνω από υπεύθυνης δήλωσης του νόμιμου εκπρόσωπου της εταιρείας καθώς και το περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας, έχουν δηλωθεί τα στοιχεία του τεχνικού προσωπικού της συμμετέχουσας και ήδη προσωρινής αναδόχου εταιρείας «..... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ», σύμφωνα με τον όρο 2.2.6 παρ. β', ήτοι του κ. ως τεχνικού ασφαλείας, ο οποίος αποτελεί και προσωπικό της εταιρείας, σύμφωνα με τον με ημ/νία Πίνακα Προσωπικού της εταιρείας. Πλην όμως δεν έχει δηλωθεί ο υπεύθυνος για τον έλεγχο της ποιότητας που διαθέτει η συμμετέχουσα εταιρεία, κατά τα τη ρητή απαίτηση του όρου 2.2.6 παρ. β', η οποία μάλιστα συνοδεύεται και από τη λέξη «*ιδίως*», σημαίνοντας την απαρέγκλιτη αναγκαιότητα ως προς τη δήλωση συγκεκριμένου προσώπου με την ιδιότητα του υπευθύνου για τον έλεγχο της ποιότητας. Εφόσον δε η «..... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ» κατά τη σχετική δήλωση στο ΕΕΕΣ της δεν στηρίζεται για τη συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό στις ικανότητες τρίτου φορέα, δεν δύναται να πιθανολογηθεί ότι ένα από τα έτερα δύο πρόσωπα που αναφέρονται στην από υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπρόσωπου της εταιρείας είναι υπεύθυνος για τον έλεγχο της ποιότητας, αν και σε κάθε περίπτωση ουδέν περί αυτού δηλώνεται ρητώς. Κατά τούτο η υποβληθείσα προσφορά της «..... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ» είναι ελλιπής και άρα πλημμελής, η δε αναθέτουσα αρχή έσφαλε κατά την αποδοχή της, γενομένου δεκτού του πρώτου λόγου προσφυγής. Επισημαίνεται τέλος ότι το Παράρτημα Ι της Διακήρυξης «*Αναλυτική Περιγραφή του φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης*», στο οποίο επίσης αναφέρεται η προσφεύγουσα προς απόδειξη της πλημμελούς δήλωσης της προσωρινής αναδόχου ως προς το τεχνικό προσωπικό και τον υπεύθυνο για τον έλεγχο της

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

ποιότητας, δεν αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του υποψηφίου και επομένως οι δηλώσεις της «..... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ» ως προς τον υπεύθυνο έργου και τον αναπληρωματικό αυτού δεν σχετίζονται με την εξέταση του παρόντος λόγου σχετικά με την πλήρωση του όρου 2.2.6 παρ. β' της Διακήρυξης.

18. Επειδή, μετά την εκτίμηση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, της ισχύουσας νομοθεσίας, καθώς και του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης ως προς τον δεύτερο προβαλλόμενο λόγο προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Όπως και ανωτέρω εκτέθηκε, η επίμαχη Διακήρυξη στον όρο 2.2.6 παραθέτει τα κριτήρια που σωρευτικώς πρέπει να πληρούνται προς απόδειξη της Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας και απαιτεί, μεταξύ άλλων, να δηλώνει ο οικονομικός φορέας τις κυριότερες συμβάσεις προμηθειών που έχει εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας. Ωστόσο, η συμμετέχουσα και ήδη προσωρινή ανάδοχος «..... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΙΚΕ» στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της και συγκεκριμένα στο Μέρος IV - Γ «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» στην πρώτη ερώτηση (σελ. 12) περί των συμβάσεων προμηθειών που έχουν εκτελεστεί κατά την τελευταία τριετία δηλώνει επί λέξει: «ΔΕΝ ΥΠΑΡΧΟΥΝ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ», σε αντίθεση με τη ρητή απαίτηση της Διακήρυξης. Ομοίως και στην όσο και στη συνοδευτική αυτού από 12.11.2021 υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου της εταιρείας στο σημείο «1» δηλώνει «Δεν έχω εκτελέσει συμβάσεις προμηθειών την τελευταία τριετία». Ο δε επί αυτού ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής που παρατίθεται στις απόψεις της, σύμφωνα με τον οποίο «στη σημείωση της σελ. της διακήρυξης, διευκρινίζεται ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιλέξουν ένα ή περισσότερα από τα κριτήρια που αναφέρονται στο παρόν άρθρο (2.2.6) και να διαμορφώσουν αντίστοιχα τα πεδία του ΕΕΕΣ. Μπορούν επίσης, χωρίς αυτό να είναι υποχρεωτικό, να διαμορφώσουν το παρόν άρθρο είτε απαιτώντας, ως προς τα κριτήρια που επιλέγουν, ελάχιστα επίπεδα τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, τα οποία πρέπει να καλύπτουν οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς με αναφορά σε συγκεκριμένα μεγέθη (πχ τουλάχιστον συναφείς παραδόσεις τα 3 τελευταία έτη) κατά τρόπο αντικειμενικό, διαφανή χωρίς να εισάγουν διακρίσεις σε βάρος των συμμετοχόντων, είτε ζητώντας από τους οικονομικούς φορείς να δηλώσουν τις ζητούμενες πληροφορίες

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

αναφέροντας τη μεθοδολογία με την οποία θα αξιολογήσουν τις πληροφορίες αυτές. Από τη διατύπωση, λοιπόν, των στοιχείων του όρου 2.2.6 δεν προκύπτει η απαίτηση ο οικονομικός φορέας να έχει οπωσδήποτε εκτελέσει συμβάσεις προμηθειών την τελευταία τριετία (ούτε, φυσικά, και έναν ελάχιστο αριθμό), αλλά, απλώς, ζητείται και απαιτείται να δηλωθούν οι κυριότερες εξ αυτών, εφόσον βέβαια έχει προβεί στη σύναψη και εκτέλεση αντιστοίχων», ουδόλως ευσταθεί, καθόσον η ευχέρεια που παρέχει το αρ. 75 του Ν. 4412/2016 ως προς τον προσδιορισμό των κριτηρίων επιλογής αφορά τις αναθέτουσες αρχές κατά την κατάρτιση της Διακήρυξης και όχι τους οικονομικούς φορείς κατά τη συμμετοχή τους στους διαγωνισμούς. Κατά τούτο, άπαξ και κάποιο κριτήριο επιλογής ορισθεί δια σχετικού όρου της Διακήρυξης, θα πρέπει και να πληρούται από τους συμμετέχοντες. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή όρισε ρητώς ως προϋπόθεση προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας την εκτέλεση συμβάσεων προμηθειών κατά την τελευταία τριετία. Επομένως, εφόσον ο όρος αυτός ετέθη από την αναθέτουσα αρχή στο κανονιστικό πλαίσιο του υπ' όψη διαγωνισμού, θα πρέπει σε όλες τις περιπτώσεις να πληρούται από τους διαγωνιζόμενους και συνεπώς η, καθ' ομολογίαν της ίδιας της συμμετέχουσας και ήδη προσωρινής αναδόχου, μη εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων προμηθειών καθιστά την προσφορά της πλημμελή. Εν όψει των ανωτέρω θα πρέπει να γίνει δεκτός και ο δεύτερος λόγος προσφυγής, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

19. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

21. Επειδή, συνακόλουθα, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (αρ. 363 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.
3. Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Αριθμός Απόφασης: 201 / 2022

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 10
Φεβρουαρίου 2022 στον

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

.....

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

.....

α/α

.....