

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Σεπτεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Πηνελόπη Νεκταρία Ταμανίδη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17-8-2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1042/19-8-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» (εφεξής «προσφεύγων»), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΠΡΟΝΟΙΑΚΩΝ ΕΠΙΔΟΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗΣ» (ΟΠΕΚΑ) (εφεξής «αναθέτων φορέας»), νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής «παρεμβαίνων»), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 9-8-2019 κοινοποιηθείσας σε αυτόν με αρ. 1600/2/8-8-2019 Απόφασης Δ.Σ. της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος δι' αυτής κρίθηκε αποδεκτή στο τμήμα 6 Π.Ε. ΔΡΑΜΑΣ (επιμέρους εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 377.325,00 ευρώ) η προσφορά του παρεμβαίνοντος στο πλαίσιο του ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗΣ-ΣΥΣΚΕΥΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΖΕΣΤΩΝ ΓΕΥΜΑΤΩΝ ΣΕ ΜΑΘΗΤΕΣ ΠΡΩΤΟΒΑΘΜΙΑΣ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ ΚΑΤΑ ΤΗ ΣΧΟΛΙΚΗ ΧΡΟΝΙΑ 2019-2020 αθροιστικής

εκτιμώμενης αξίας 65.044.161,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ, που προκηρύχθηκε με την με αρ. 4/19 και με αρ. πρωτ. 238/Z2/17-5-2019 διακήρυξη, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. την 17-5-2019 και δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ με Μοναδικό Α.Δ.Α.Μ. 19PROC004992172 την 22-5-2019 και στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ με συστημικό α/α 74959 την 23-5-2019.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 το παράβολο με αρ. 29180334495910140016 ποσού 1.886,63 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, ο προσφεύγων με την από 17-8-2019 προσφυγή του, νομίμως υπογεγραμμένη εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος βάλλει κατά της αποδοχής του συνδιαγωνιζομένου του προσωρινού αναδόχου και νυν παρεμβαίνοντος στο ίδιο τμήμα όπου και αυτός υπέβαλε αποδεκτή προσφορά, επικαλούμενος ότι δεν αποδεικνύει την απαιτούμενη εμπειρία και ότι δεν τη διαθέτει εκ των προσκομισθέντων στοιχείων ως και ότι η οικονομική προσφορά του είναι αδικαιολόγητα χαμηλή. Με την από 29-8-2019 εμπρόθεσμη παρέμβασή του, μετά την από 19-8-2019 κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής, ο παρεμβαίνων προσωρινός ανάδοχος μετ' εννόμου συμφέροντος αιτείται την απόρριψη της προσφυγής, ενώ και η αναθέτουσα με τις από 29-8-2019 Απόψεις της προβάλλει ότι αμφότεροι οι ισχυρισμοί της προσφυγής είναι απορριπτέοι. Επομένως, η προσφυγή, όπως και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι

κατά τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης θεσπίζονται κριτήρια επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που προβλέπουν τα εξής: «όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης Σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) να διαθέτουν εμπειρία επιτυχούς εκτέλεσης συμβάσεων παροχής υπηρεσιών παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων (cook & serve), κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών (2016-2018), ύψους για κάθε έτος, τουλάχιστον ίσο με το 70% της προϋπολογισθείσας αξίας της Σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για περισσότερα από ένα Τμήμα, το 70% της προϋπολογισθείσας αξίας της Σύμβασης, προκύπτει από το άθροισμα της προϋπολογισθείσας αξίας των επιμέρους Τμημάτων. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και των προσωρινών συμπράξεων, η παραπάνω ελάχιστη προϋπόθεση μπορεί να καλύπτεται αθροιστικά από όλα τα μέλη της ένωσης. β) να διαθέτουν για την μονάδα παρασκευής των γευμάτων, άδεια λειτουργίας εγκατάστασης παραγωγής γευμάτων με κωδικό αριθμό έγκρισης (IMP) από τον ΕΦΕΤ, για την παραγωγή γευμάτων.» Άρα, σε κάθε περίπτωση, οι προσφέροντες όφειλαν να κατέχουν εκτελεσθείσες συμβάσεις παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων για καθένα από τα έτη 2016, 2017 και 2018 αξίας άνευ ΦΠΑ ίσης με το 70% της άνευ ΦΠΑ εκτιμώμενης αξίας του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία υπέβαλαν προσφορά και εν προκειμένω τουλάχιστον $(70\% \times 377.325,00 =) 264.127,50$ ευρώ, όσον αφορά το προκείμενο τμήμα 6. Κατά τον δε όρο 2.2.9.2 παρ. Β4 προβλέπεται ότι «Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν με τη Τεχνική τους Προσφορά: α) αναλυτικό κατάλογο, στον οποίο να αναφέρονται οι κυριότερες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων (cook & serve), των τριών (3) τελευταίων ετών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.6 της παρούσας. Παρεχόμενες υπηρεσίες διάφορες από αυτές που αφορά η παρούσα Διακήρυξη, δε θα ληφθούν υπόψη για την πλήρωση της συγκεκριμένης απαίτησης. Στον ανωτέρω κατάλογο, πρέπει να δηλώνονται, κατ' ελάχιστον, τα παρακάτω η παρεχόμενη υπηρεσία και το αντικείμενο της σύμβασης [αναλυτική περιγραφή παρεχόμενων

υπηρεσιών, αριθμός παρεχόμενων γευμάτων (συνολικά και ημερησίως), κλπ.], ο αποδέκτης της παρεχόμενης υπηρεσίας, το συμβατικό χρονικό διάστημα εκφρασμένο και σε αριθμό ημερών κατ' έτος, το εκάστοτε συμβατικό ποσό (αξία σύμβασης) και ο προϋπολογισμός του έργου. Τα παραπάνω αποδεικνύονται με βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια Αρχή, σε περίπτωση δημόσιας Αναθέτουσας Αρχής ή βεβαίωση-δήλωση του αποδέκτη, σε περίπτωση ιδιωτικού φορέα. Αν από τις προσκομισθείσες βεβαιώσεις, δεν προκύπτουν με σαφήνεια τα παραπάνω, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να προσκομίσουν τις αντίστοιχες συμβάσεις. Σε κάθε περίπτωση, η Αναθέτουσα Αρχή, μπορεί να ζητά από τους οικονομικούς φορείς, οποιοδήποτε έγγραφο κρίνει σκόπιμο, προς απόδειξη των παραπάνω.». Ο παραπάνω όρος τροποποιήθηκε με την 184/2019 Απόφαση Διοικητή ΟΠΕΚΑ ως εξής «4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν με τη Τεχνική τους Προσφορά: α) αναλυτικό κατάλογο, στον οποίο να αναφέρονται οι κυριότερες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων (cook & serve), των τριών (3) τελευταίων ετών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.6 της παρούσας. Παρεχόμενες υπηρεσίες διάφορες από αυτές που αφορά η παρούσα Διακήρυξη, δε θα ληφθούν υπόψη για την πλήρωση της συγκεκριμένης απαίτησης. Στον ανωτέρω κατάλογο, πρέπει να δηλώνονται, κατ' ελάχιστον, τα παρακάτω: η περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης και της παρεχόμενης υπηρεσίας, ο αποδέκτης της παρεχόμενης υπηρεσίας, το συμβατικό χρονικό διάστημα, το εκάστοτε συμβατικό ποσό (αξία σύμβασης) Τα παραπάνω αποδεικνύονται με βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης που έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια Αρχή, σε περίπτωση δημόσιας Αναθέτουσας Αρχής ή βεβαίωση-δήλωση του αποδέκτη, σε περίπτωση ιδιωτικού φορέα. Αν από τις προσκομισθείσες βεβαιώσεις, δεν προκύπτουν με σαφήνεια τα παραπάνω, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να προσκομίσουν τις αντίστοιχες συμβάσεις. Σε κάθε περίπτωση, η Αναθέτουσα Αρχή, μπορεί να ζητά από τους οικονομικούς φορείς, οποιοδήποτε έγγραφο κρίνει σκόπιμο, προς απόδειξη των παραπάνω.». Πέραιτέρω στο από 28-5-2019 έγγραφο του αναθέτοντος με αρ.

πρωτ. 256/Ζ2 και με θέμα την απάντηση επί των από 27/5/2019 αιτήματα παροχής διευκρινίσεων αναφέρονται αυτολεξεί τα εξής: «σε απάντηση, συνολικά, των ερωτημάτων που θέσατε με τα σχετικά αιτήματά σας, σας γνωρίζουμε τα εξής: Ερώτημα πρώτο: «[...] Στο άρθρο 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα και στην παράγραφο Β4 σελίδα 26 αναφέρεται επί λέξει ότι: «Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν με τη Τεχνική τους Προσφορά: α) αναλυτικό κατάλογο, στον οποίο να αναφέρονται οι κυριότερες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων (cook & serve), των τριών (3) τελευταίων ετών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.6 της παρούσας. Παρεχόμενες υπηρεσίες διάφορες από αυτές που αφορά η παρούσα Διακήρυξη, δε θα ληφθούν υπόψη για την πλήρωση της συγκεκριμένης απαίτησης.» Παρακαλώ για τη διευκρίνιση του επιθέτου διάφορες. Συγκεκριμένα η παρούσα διακήρυξη έχει ως τίτλο την « ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗΣ-ΣΥΣΚΕΥΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΖΕΣΤΩΝ ΓΕΥΜΑΤΩΝ ΣΕ ΜΑΘΗΤΕΣ ΠΡΩΤΟΒΑΘΜΙΑΣ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ». Παρεχόμενες υπηρεσίες σε ιδιώτες, παρασκευής και σερβιρίσματος ζεστών γευμάτων σε κοινωνικές εκδηλώσεις (όπως γάμοι, συνέδρια κλπ) θεωρούνται «σχετικές» ή «διάφορες»; Αν οι παραπάνω υπηρεσίες θεωρούνται «διάφορες», οι υπηρεσίες παρασκευής-συσσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων σε σχολεία είναι οι μόνες σχετικές και άρα αποδεκτές; Αν όχι, μπορείτε να μας δώσετε ένα παράδειγμα άλλης σχετικής υπηρεσίας πλην της παρασκευής-συσσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων σε σχολεία, που να μην θεωρείται «διάφορη»; [...]» Απάντηση: Τα διαλαμβανόμενα στην περ. Β.4. σημείο α) της παρ. 2.2.9.2 (Αποδεικτικά μέσα) της Διακήρυξης, αφορούν αποκλειστικά στον τρόπο απόδειξης εκ μέρους των οικονομικών φορέων, της απαίτησης της παρ. 2.2.6 (Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα), σημείο α) της Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης Σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) να διαθέτουν εμπειρία επιτυχούς εκτέλεσης συμβάσεων παροχής υπηρεσιών παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων (cook & serve), κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών (2016-

2018), ύψους για κάθε έτος, τουλάχιστον ίσο με το 70% της προϋπολογισθείσας αξίας της Σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ [...]». Δηλαδή, η αποδεδειγμένη προηγούμενη επαγγελματική εμπειρία, προς πλήρωση της συγκεκριμένης απαίτησης της παρ. 2.2.6 σημείο α) της Διακήρυξης, αφορά στην παροχή υπηρεσιών παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων στο πλαίσιο της μεθόδου cook & serve. Παρεχόμενες υπηρεσίες που δεν αφορούν στην παραγωγή και διάθεση (cook & serve) ζεστών γευμάτων, δε θα ληφθούν υπόψη. Τέλος, η κρίση επί της συνάφειας της όποιας αποδεδειγμένης προηγούμενης εμπειρίας με τη συγκεκριμένη απαίτηση της προκηρυχθείσας Σύμβασης, είναι στην αρμοδιότητα της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και του αποφαινόμενου οργάνου της Αναθέτουσας Αρχής». Επομένως, κατά τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης και δη όπως αυτοί επαναλήφθηκαν και ερμηνεύθηκαν με το από 28-5-2019 διευκρινιστικό έγγραφο του αναθέτοντος, κατόπιν υποβολής *ad hoc* με την εξεταζόμενη περίπτωση (υπ' αρ. 1 ως άνω) ερωτήματος, προκύπτει καταρχάς ότι το παραπάνω κρίσιμο κριτήριο επιλογής θα πρέπει να πληρούται αποκλειστικά με συμβάσεις με αντικείμενο την παραγωγή και διάθεση αποκλειστικά ζεστών γευμάτων, ενώ συμβάσεις με αντικείμενο την παραγωγή και διανομή κατεψυγμένων γευμάτων (cook & freeze ή cook & chill) ουδόλως λαμβάνονται υπόψη. Περαιτέρω, οι συμβάσεις αυτές, η εκτέλεση και το αντικείμενο τους, καθώς και η τυχόν συνάφεια τους με τα απαιτούμενα πρέπει να αποδεικνύονται ήδη με την υποβολή της προσφοράς. Επιπλέον, ναι μεν καταρχήν απαιτούνται βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης ως μέσο απόδειξης, πλην όμως, σε κάθε περίπτωση, οι προσφέροντες οφείλουν να προσκομίσουν τις αντίστοιχες οικείες συμβάσεις προς συμπλήρωση του τυχόν ατελούς αποδεικτικά και δη ως προς τα αναλυτικώς ζητούμενα στοιχεία, περιεχομένου τους. Ενώ αντίστοιχα η αναθέτουσα δύναται να λαμβάνει υπόψη ως προς τη συνάφεια των υποβληθέντων σε σχέση με τα ζητούμενα, κάθε διαθέσιμο στοιχείο, εκ της δυνατότητας της δε αυτής να ζητά τα οικεία αυτά στοιχεία δια διευκρινίσεων, αυτονόητα προκύπτει και η δυνατότητά της να αναζητά αυτά αυτεπαγγέλτως. Κατά τα ανωτέρω, οι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, θα πρέπει να εξετάζονται ως προς την πλήρωση των ανωτέρω όρων και δη του

ζητούμενου αντικειμένου της προηγούμενης σύμβασης, με το περιεχόμενο της τελευταίας, χωρίς ουδόλως να εμποδίζεται η απόρριψη προσφοράς, σε περίπτωση που η βεβαίωση εκτέλεσης δεν επιβεβαιώνεται ως προς το εκτελεσθέν αντικείμενο από την οικεία σύμβαση, αφού κατά τους όρους της διακήρυξης αποτελούν συνερμηνευόμενα στοιχεία. Δεν προκύπτει πάντως, ότι η διακήρυξη για την πλήρωση του ως άνω κριτηρίου, απαιτούσε ειδικώς μη ημερήσιες αλλά διαρκείς συμβάσεις παροχής υπηρεσιών ζεστών γευμάτων σε τακτή βάση προς κάθε αντισυμβαλλόμενο, αλλά αρκείται στην παραγωγή και διάθεση, καθ' οιονδήποτε τρόπο, ζεστών γευμάτων με τη μέθοδο cook & serve. Η δε εκ του προσφεύγοντος απόπειρα αυθαίρετης και δημιουργικής ερμηνείας του ως άνω κριτηρίου επιλογής, διασταλτικά των ρητών απαιτήσεων και συστατικά του κύκλου αποδεκτών διαγωνιζομένων, δεν ερείδεται σε κάθε περίπτωση, επί σαφούς όρου της διακήρυξης, όπως απαιτείται ως προϋπόθεση για τον αποκλεισμό προσφοράς. Ούτε η διακήρυξη παρέπεμψε για την πλήρωση του ως άνω κριτηρίου, σε προηγούμενες συμβάσεις αντίστοιχες, παρόμοιες ή πληρούσες τις συγκεκριμένες προδιαγραφές και την περιγραφή φυσικού αντικειμένου της προκειμένης υπό ανάθεση σύμβασης, αλλά ρητά απαίτησε αυτές να αφορούν απλώς παραγωγή και διάθεση ζεστών γευμάτων με τη μέθοδο cook & serve, χωρίς να θέτει περαιτέρω προϋποθέσεις περί διάρκειας και σκοπού των συμβάσεων αυτών ή καθημερινών και τακτικών παραδόσεων. Άρα, η εκ του προσφεύγοντος σύνδεση του κριτηρίου επιλογής του όρου 2.2.6 με τις τεχνικές προδιαγραφές της υπό ανάθεση σύμβασης, οδηγεί σε ανεπίτρεπτη μεταβολή και διεύρυνση του σαφούς περιεχομένου του πρώτου και οι οικείες αιτιάσεις του είναι κατά τούτο απορριπτέες. Και τούτο διότι οι προδιαγραφές και όροι της προς σύναψη σύμβασης και η περιγραφή του φυσικού αντικειμένου αυτής δεν περιέχονται στη διακήρυξη επί σκοπώ περιορισμού του κύκλου των δυνάμενων κατά τους όρους της διακήρυξης να συμμετέχουν στο διαγωνισμό, ούτε προκειμένου να υποκαταστήσουν τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, τα οποία από μόνα τους οριοθετούν τους πιθανούς αντισυμβαλλομένους του αναθέτοντος, αλλά προκειμένου να καταστούν γνωστοί στους πιθανούς αντισυμβαλλομένους του αναθέτοντος οι

συμβατικοί όροι της υπό ανάθεση σύμβασης. Σημειωτέον δε, ότι ο προσφεύγων ειδικώς προβάλλει τη μη επάρκεια για την εκπλήρωση του κριτηρίου επιλογής, των παραδόσεων στα πλαίσια μη διαρκών συμβάσεων με τακτικές παραδόσεις, χωρίς να προβάλλει άλλες παραβάσεις, περί της απόδειξης των ζητούμενων. Όμως, ο ως άνω ισχυρισμός του, όπως προβάλλεται, χωρίς η ΑΕΠΠ να έχει, σύμφωνα και με το άρ. 367 Ν. 4412/2016, αρμοδιότητα επέκτασης του προς αυτεπάγγελτη εξέταση λοιπών ζητημάτων των προσφορών των μετεχόντων, πέραν των προβαλλομένων, ερείδεται επί εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης, ήτοι περί απαίτησης συμβάσεων με άλλο, ειδικότερο και πρόσθετων προϋποθέσεων περιεχόμενο σε σχέση με το ζητούμενο. Περαιτέρω, αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός ότι οι οικείες περί δεξιώσεων παραδόσεις που επικαλείται ο παρεμβαίνων δεν συνιστούν προηγούμενες συμβάσεις, αφού σε κάθε περίπτωση, δεν ζητήθηκε ούτε σύμβαση απαραίτητως δημόσια ούτε συγκεκριμένης διάρκειας, ενώ ως «σύμβαση» εξάλλου, θεωρείται κάθε συμφωνία με αντικείμενο την παραγωγή και διάθεση ζεστών γευμάτων, ουδόλως δε αποκλείονται από την ως άνω έννοια όλως βραχυπρόθεσμες, ευκαιριακές και άμεσα εκτελέσιμες συμβάσεις (που σε κάθε περίπτωση κατά τον ΑΚ συνιστούν συμβάσεις). Εξάλλου, και η παραγωγή γευμάτων για δεξιώσεις και κοινωνικές εκδηλώσεις εξακολουθεί να συνιστά παραγωγή ζεστών γευμάτων υπό την έννοια «cook & serve» (έννοια που κατά τη διακήρυξη, το φάκελο του διαγωνισμού, τη μετάφραση του όρου και τα διδάγματα της κοινής πείρας δεν σχετίζεται με τυχόν διαρκή, τακτική, καθημερινή παροχή γευμάτων, αλλά συνίσταται στην παραγωγή ζεστών γευμάτων προς άμεση διάθεση για κατανάλωση), ενώ σε κάθε περίπτωση, ο προσφεύγων ούτε επικαλείται ούτε αποδεικνύει ότι δεν παρασχέθηκαν στο πλαίσιο αυτών των παραδόσεων του παρεμβαίνοντος άμεσα προετοιμασμένα προς διάθεση ζεστά γεύματα με τη μέθοδο cook & serve. Επομένως, κάθε σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος είναι απορριπτός.

4. Επειδή, όσον αφορά τους περί μη δέσμευσης του παρέχοντος στήριξη τρίτου οικονομικού φορέα, ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, προκύπτει

καταρχάς, ότι κατά τον όρο 2.2.8 της διακήρυξης, ότι πέραν των δηλώσεων και υποβολών των ΕΕΕΣ προσφέροντος και τρίτου, αρκούσε οι προσφέροντες προς στοιχειοθέτησή της να «αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεση τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στις ικανότητες των οποίων στηρίζονται», ενώ κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β10 σε τέτοια περίπτωση ο προσφέρων *«για την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζει ιδίως, σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό»*. Δεδομένου ότι η διακήρυξη δεν εξειδικεύει περαιτέρω, αλλά και λόγω της ενδεικτικής διατύπωσης του όρου 2.2.9.2 παρ. Β10, τούτο σημαίνει ότι αρκούσε οιασδήποτε μορφής απόδειξη δέσμευσης, ήτοι, είτε δια οικείου συμφωνητικού τρίτου και προσφέροντος, το οποίο συνίσταται σε εκατέρωθεν δηλώσεις βουλήσεως και άρα, οπωσδήποτε και σε σχετική δέσμευση δήλωσης του τρίτου είτε δια μονομερούς οικείας δήλωσης δέσμευσης του τρίτου. Περαιτέρω, ως αποδεικτικό μέσο του κριτηρίου επιλογής 2.2.6.β περί μονάδας παρασκευής γευμάτων, άδεια λειτουργίας εγκατάστασης παραγωγής γευμάτων και κωδικού αριθμού έγκρισης (IMP) από τον ΕΦΕΤ για παραγωγή γευμάτων, τέθηκε κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β5.γ και δη ως αναγκαίο στοιχείο της τεχνικής προσφοράς, κατά τους όρους 2.2.9.1 και 2.2.9.2 παρ. Β5, να υποβληθεί μεταξύ άλλων και *«γ) Υπεύθυνη δήλωση για το χρονικό διάστημα που θα εκτελείται η σύμβαση, στην οποία θα δηλώνεται ο αριθμός μερίδων που είναι δεσμευμένος σε άλλες συμβάσεις με το Δημόσιο ή με ιδιώτες καθώς και ο αριθμός των υπολειπόμενων διαθέσιμων μερίδων, σύμφωνα με την παραγωγική ικανότητα»*. Τούτο, με πρόδηλο σκοπό και αντικείμενο απόδειξης ότι η μονάδα παραγωγής γευμάτων που πρέπει να διατίθεται από τους μετέχοντες, έχει ελεύθερη προς εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης για την οποία η υποβληθείσα προσφορά, τουλάχιστον ίση με τη ζητούμενη ανά ημέρα παραγωγή, η οποία όσον αφορά το τμήμα 6, κατά το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της διακήρυξης ανέρχεται σε 1.075 γεύματα ημερησίως. Εξάλλου, ρητά ο ως άνω όρος αποδέχεται τη δέσμευση μέρους της παραγωγικής ικανότητας σε άλλες συμβατικές υποχρεώσεις, χωρίς να απαιτεί οι μονάδες να είναι αδρανείς και όλως ελεύθερες απαραίτητως και με ζητούμενο

απλώς τον αριθμό των υπολειπόμενων διαθέσιμων μερίδων παραγωγικότητας, ο οποίος θα πρέπει να καλύπτει τα ζητούμενα των τμημάτων για τα οποία υποβάλλεται η προσφορά. Πλην όμως, εν προκειμένω, ο ίδιος ο προσφέρων υπέβαλε με την προσφορά του, υπεύθυνη δήλωση κατά τα ως άνω ζητούμενα, το περιεχόμενο της οποίας δεν αμφισβητείται από τον προσφεύγοντα, κατά την οποία (σημ 4) «ο αριθμός των υπολειπόμενων διαθέσιμων μερίδων ανέρχεται σε 3.000 μερίδες μαγειρεμένου φαγητού, 3.000 μερίδες σαλατών και 3.000 τμχ σάντουιτς, σύμφωνα με την παραγωγική ικανότητα», δηλαδή παραγωγική δυναμικότητα, η οποία υπερκαλύπτει σαφέστατα τις ζητούμενες ανά ημέρα 1.075 μερίδες. Επομένως, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος προβάλλεται όλως αλυσιτελώς, αφού δεδομένου ότι ο παρεμβαίνων δια της δικής του μονάδας και μόνο υπερκαλύπτει τα ζητούμενα, είναι όλως αδιάφορο, αν ο αριθμός των υπολειπόμενων μονάδων που αφορά τη μονάδα παραγωγής του τρίτου οικονομικού φορέα που του παρέχει στήριξη είναι ακριβής και ορθός και ακόμη και αν κατέχει όντως αυτός ελεύθερη δυναμικότητα, αφού σε κάθε περίπτωση, η μονάδα του τρίτου οικονομικού φορέα συνιστά όλως πλεονάζον, σε σχέση με την ελάχιστη απαιτούμενη δυναμικότητα που συγκροτεί το οικείο κριτήριο επιλογής. Εξάλλου, ουδόλως από το γεγονός δήλωσης του τρίτου οικονομικού φορέα περί μη δέσμευσης παραγωγικής δυναμικότητας σε συνδυασμό με την υποβολή προσφοράς του σε άλλο τμήμα, προκύπτει τυχόν αιτία αποκλεισμού της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ή εν όλω αναίρεσης της ρητά δηλούμενης εκ μέρους του παροχής στήριξης στις ικανότητες του προς τον παρεμβαίνοντα (θα υπήρχε το ενδεχόμενο μόνο μείωσης της διαθέσιμης δυναμικότητάς του σε βαθμό ανεπαρκή, ώστε κατά συμπλήρωση της δυναμικότητας του παρεμβαίνοντος, να μην πληρούται το κριτήριο επιλογής, περίπτωση που όμως κατά τα ανωτέρω, δεν συντρέχει εν προκειμένω). Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων επικαλείται τον τρόπο που κρίθηκαν από την αναθέτουσα άλλες προσφορές σε άλλα τμήματα, αφού η τυχόν εσφαλμένη αξιολόγηση σε άλλα τμήματα και εσφαλμένη ερμηνεία της διακήρυξης, ουδόλως αποτελούν έρεισμα για την επανάληψη του ίδιου σφάλματος σε άλλες προσφορές και δη προς αποδοχή προσφοράς που δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης.

5. Επειδή περαιτέρω ο προσφεύγων προβάλλει ότι δεν καλύπτεται από τον παρεμβαίνοντα ο ετήσιος αναγκαίος προϋπολογισμός για τα έτη 2016, 2017, 2018 ακόμη κι αν ληφθεί υπόψη η επικαλούμενη δάνεια εμπειρία του έτερου οικονομικού φορέα, ο οποίος βάσει του προσκομισθέντος από 04-06-2019 συμφωνητικού ανέλαβε να δανείσει στον παρεμβαίνοντα, προκειμένου αυτός να πληροί το κριτήριο της Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας, για το έτος 2016: 4.000,00 €, για το έτος 2017: 65.363,91 €, και για το έτος 2018: 287.509,01€. Όμως, κατά τον προσφεύγοντα ο, επίσης, συμπεριλαμβάνει στην αναφερόμενη από αυτόν εμπειρία, όπως αυτή προκύπτει από τον σχετικό κατάλογο παραδόσεων ετών 2016, 2017, 2018, παροχή υπηρεσιών σε ιδιώτες για εκδηλώσεις, που προκύπτει από τα τιμολόγια και συμφωνητικά που έχει προσκομίσει, χωρίς να διακρίνει ποιο μέρος των παραδόσεων του που περιλαμβάνονται στον εν λόγω κατάλογο δανείζονται στην εταιρία Επειδή όσον αφορά τον ισχυρισμό αυτό του προσφεύγοντα, αυτός θα μπορούσε να οδηγήσει σε αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος μόνο στην περίπτωση κατά την οποία ο προσφεύγων ρητώς ειδικώς και ορισμένως προέβαλλε και τεκμηρίωνε αριθμητικώς ότι ο δεν δύναται να παρέχει στήριξη στον παρεμβαίνοντα διότι οι παραδόσεις που του παρέχει ως στήριξη για την πλήρωση του οικείου κριτηρίου επιλογής, έχουν τυχόν απορροφηθεί σε κάλυψη του ίδιου κριτηρίου επιλογής, στο πλαίσιο της δικής του προσφοράς σε άλλα τμήματα του διαγωνισμού και δη κατά ποσό τέτοιο, ώστε το τυχόν υπολειπόμενο δεν επαρκεί για την κατ' ελάχιστον κάλυψη των αντίστοιχων απαιτούμενων κατ' έτος ποσών παραδόσεων από τον παρεμβαίνοντα στο πλαίσιο της δικής του προσφοράς. Επομένως, αορίστως προβάλλονται τα ανωτέρω, ενώ εξάλλου ουδόλως προκύπτει ότι υπήρχε καταρχήν υποχρέωση διαχωρισμού των οικείων παραδόσεων μεταξύ παρεχόμενων ως στήριξη από τη μια πλευρά και επικαλουμένων ως ίδια εμπειρία στο πλαίσιο της προσφοράς του ίδιου του δανείζοντος από την άλλη, παρά μόνο υφίστατο υποχρέωση κάλυψης του κριτηρίου σωρευτικά και για τις παραδόσεις του δανείζοντος στο πλαίσιο της δικής του προσφοράς και για το εισφερόμενο στον παρεμβαίνοντα ποσό για την κάλυψη του οικείου κριτηρίου.

Εξάλλου, εν προκειμένω, ο δανείζων τις παραδόσεις του στον παρεμβαίνοντα, τρίτος οικονομικός φορέας, για το έτος 2017 έχει παράσχει στήριξη με άλλες παραδόσεις από τις επικαλούμενες στη δική του προσφορά ως δική του εμπειρία, ενώ όσον αφορά το 2018 ναι μεν έχει επικαλεστεί τις ίδιες παραδόσεις, πλην όμως στο πλαίσιο της δικής του προσφοράς καλύπτει το οικείο ελάχιστο όριο μέσω στήριξης σε τρίτο (στήριξη που στο πλαίσιο της επιμέρους προσφοράς του νυν τρίτου, μόνη της καλύπτει το ελάχιστο όριο για το 2018 όσον αφορά τον νυν τρίτο), με αποτέλεσμα, ασχέτως τυχόν παραδεκτού της στήριξης έτερου τρίτου στον νυν τρίτο στο πλαίσιο της δικής του προσφοράς (που αφορά την αποδοχή ή μη του νυν τρίτου οικονομικού φορέα στο πλαίσιο της δικής του προσφοράς), άρα σε κάθε περίπτωση, ο νυν τρίτος θα είχε τη δυνατότητα να παράσχει τη στήριξη του για το 2018 στον νυν παρεμβαίνοντα. Επομένως, οι οικείοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος αφενός προβάλλονται αορίστως χωρίς η ΑΕΠΠ να είναι αρμόδια, κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και ως περιοριζόμενη στους λόγους της προσφυγής, ως προβλήθηκαν, να συγκεκριμενοποιήσει, ενώ σε κάθε περίπτωση προβάλλονται και αλυσιτελώς κατά τα ανωτέρω, Περαιτέρω, κατά τα αναφερθέντα στην ανωτέρω σκ. 3, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί της φύσης των παραδόσεων του τρίτου οικονομικού φορέα ως αφορώσες δεξιώσεις και ιδιωτικές εκδηλώσεις, είναι απορριπτέες για τον ίδιο λόγο που απερρίφθησαν οι οικείου κατά των παραδόσεων του ίδιου του παρεμβαίνοντος ισχυρισμοί. Άρα, οι ως άνω ισχυρισμοί πρέπει να απορριφθούν στο σύνολο τους, ως και ο πρώτος λόγος της προσφυγής στο σύνολο του.

6. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής περί αδικαιολόγητα χαμηλής προσφοράς, αυτός καταρχήν προβάλλεται αορίστως, δεδομένου ότι το ορισμένο προβολής τέτοιου είδους ισχυρισμού, προϋποθέτει την εκ μέρους του επικαλούμενου αυτόν στοιχειοθέτηση του βάσει στοιχείων περί το αναμενόμενο εύλογο κόστος της καθ' ης προσφοράς βάσει των παραμέτρων που τη διέπουν και τις ειδικότερες απαιτήσεις του συμβατικού αντικειμένου, έστω και καταρχήν και κατ' εκτίμηση, ουδόλως όμως αρκεί μόνη

της η σύγκριση της προσφερόμενης τιμής με αυτήν άλλων προσφερόντων, ήτοι το αποκλειστικό στοιχείο επί του οποίου ο προσφεύγων στηρίζει τον οικείο ισχυρισμό του. Τούτο διότι εκτός των άλλων, η σύγκριση αυτή, άνευ οιασδήποτε άλλου στοιχείου ως ένδειξη ότι η προσφερόμενη από έτερους οικονομικούς φορείς τιμή είναι εύλογη σε σχέση με το αναμενόμενο καταρχήν κόστος του συμβατικού αντικειμένου, συνιστά όλως συμπτωματικό ζήτημα, ουδόλως δε αποκλείεται η όποια τυχόν διαφορά, να ανάγεται σε διαφορετική πολιτική κέρδους μεταξύ των διαγωνιζομένων. Εξάλλου, και ο παρεμβαίνων προβάλλει περιπτώσεις προσφορών σε τρία άλλα τμήματα, όπου προσφέρθηκε υψηλότερη ή παραπλήσια έκπτωση, αλλά και η αναθέτουσα καταδεικνύει ότι η έκπτωση του παρεμβαίνοντος σε σχέση με τη μέση προσφερόμενη τιμή στον διαγωνισμό, ήταν 13% περίπου χαμηλότερη, στοιχεία που καταδεικνύουν το όλως ανεπαρκές και δυνητικά συμπτωματικό, του ποσοστού έκπτωσης, ως μόνο στοιχείο ερείσματος του προκείμενου ισχυρισμού. Σε κάθε περίπτωση, ο προσφεύγων φέρει το βάρος απόδειξης και επίκλησης των ως άνω στοιχείων, ουδόλως δε οφείλει άνευ τέτοιας στοιχειοθέτησης εκ μέρους του, να προβεί η αναθέτουσα ή ο καθ' ου διαγωνιζόμενος σε απόδειξη ευλόγου της προσφοράς του, λόγω και μόνο της προβολής, αορίστως κατά τα ως άνω του οικείου ισχυρισμού. Εξάλλου, και η προσφορά του προσφεύγοντος στο ίδιο τμήμα είναι 19,15% υψηλότερη αυτής του παρεμβαίνοντος, διαφορά που μόνη της δεν παρίσταται ως προδήλως ευρεία. Σε κάθε περίπτωση, ο παραπάνω δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει κατά τα ανωτέρω, να απορριφθεί.

7. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

8. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο ποσού 1.886,63 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού 1.886,63 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10-9-2019 και εκδόθηκε στις 27-9-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΓΓΕΛΙΚΗ ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝ/ΝΟΣ