

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 Ταμανίδα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15-8-2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1030/16-8-2019 Προδικαστική Προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων «.....» (εφεξής «προσφεύγων»), νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της από 9-8-2019 κοινοποιηθείσας σε αυτήν με αρ. 1600/2/8-8-2019 Απόφασης ΔΣ της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος δι' αυτής κρίθηκε αποδεκτή στο τμήμα 55 Π.Ε. ΠΕΛΛΗΣ (επιμέρους εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 324.675,00 ευρώ) η προσφορά του παρεμβαίνοντος στο πλαίσιο του 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 ευρώ άνευ ΦΠΑ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. 4/19 και με αρ. πρωτ. 238/Z2/17-5-2019 διακήρυξη, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 17-5-2019 και δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ με Μοναδικό ΑΔΑΜ 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. 29184101195910140034 ποσού 1.623,38 ευρώ, πληρώθηκε δε δια εμβάσματος Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος.

2. Επειδή, η από 15-8-2019 προσφυγή, νομίμως υπογεγραμμένη από τον συντονιστή της προσφεύγουσας ένωσης (.....), εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται, στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης υπαγόμενης λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, προς ακύρωση αποδοχής του συνδιαγωνιζόμενου στο ίδιο τμήμα όπου υπέβαλε προσφορά η προσφεύγουσα, αλλά κατετάγη δεύτερη μετά από αυτόν μειοδότης, επικαλούμενη μη συμμόρφωση του με τις τεχνικές προδιαγραφές και δη όσον αφορά το πρόγραμμα διατροφής, ως και μη νόμιμο δανεισμό χρηματοοικονομικής και τεχνικής ικανότητας από τρίτο οικονομικό φορέα. Με την από 26-8-2019 εμπρόθεσμη και μετ' εννόμου συμφέροντος παρέμβασή του, κατόπιν της από 16-8-2019 κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής, ο παρεμβαίνων στρέφεται προς διατήρηση της αποδοχής της προσφοράς του και απόρριψη της προσφυγής, επικαλούμενος καταρχάς το απαράδεκτο της λόγω

μη επισύναψης εκτύπωσης από τη σελίδα της ΓΓΠΣ περί πληρωμής του παραβόλου και βεβαίωσης περί ελέγχου και δέσμευσης του και λόγω μη προσκόμισης των νομιμοποιητικών εγγράφων του υπογράφοντος αυτή συντονιστή της ένωσης και λόγω μη ρητής εξουσιοδότησης του προς υπογραφή της προσφυγής, σε συνδυασμό με την απουσία σφραγίδας του έτερου μέλους της ένωσης «.....». Περαιτέρω, ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι υπέβαλε την από 4-6-2019 ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ του περί γνώσης και αποδοχής των όρων της διακήρυξης και υπεύθυνη δήλωση του της ίδιας ημέρας περί γνώσης και αποδοχής των όρων αυτών και των τεχνικών προδιαγραφών της, ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ότι αφενός, λόγω αδειοδότησης του εντός του 2016, δεν υποχρεούτο κατά τους όρους της διακήρυξης να πληροί τις χρηματοοικονομικές απαιτήσεις εντός του 2016, αφετέρου ότι οι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης που υπέβαλε και η εμπειρία που απέδειξε ήταν επαρκείς και κατάλληλες, ενώ ομοίως πλήρεις και κατάλληλες ισχυρίζεται ότι ήταν τα οικεία έγγραφα δέσμευσης των τρίτων οικονομικών φορέων στους οποίους στηρίζεται. Η δε αναθέτουσα με τις από 26-8-2019 Απόψεις του προβάλλει ότι ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι αόριστος και περαιτέρω αβάσιμος, λόγω της υπεύθυνης δήλωσης του παρεμβαίνοντος με τους όρους της διακήρυξης και σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ότι ο παρεμβαίνων δεν είχε υποχρέωση πλήρωσης της απαίτησης του όρου 2.2.9.2 παρ. Β3 για το 2016 και ότι η εμπειρία που επικαλείται είναι επαρκής και προκύπτει σαφής δέσμευση του παρέχοντος στήριξη στις ικανότητες του τρίτου.

3. Επειδή, όσον αφορά τους περί απαραδέκτου ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος προκύπτουν τα ακόλουθα. Σχετικά με τον ισχυρισμό του ως προς το ότι το παράβολο δε συνοδεύεται από αποδεικτικό πληρωμής και δε φέρει ένδειξη δεσμεύσής του, αυτός είναι απορριπτέος (βλ. *ad hoc* Απόφαση 7μελούς ΑΕΠΠ 3/2018, σκ. 1), διότι ουδόλως η πανηγυρική επί του παραβόλου ένδειξη δεσμεύσης συνιστά προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφυγής, ενώ η δέσμευση επέρχεται ούτως ή άλλως αυτομάτως δια της πληρωμής του

παραβόλου και καθίσταται γνωστή ούτως ή άλλως στην Υπηρεσία της ΑΕΠΠ. Συνεπώς, η μνεία ή μη της δέσμευσης επί του παραβόλου δεν επάγεται κάποια αυτοτελή έννομη συνέπεια και συντελεί μόνο στη διευκόλυνση του εξετάζοντος Κλιμακίου. Η δε Ανακοίνωση της ΑΕΠΠ περί αυτόματης δέσμευσης παραβόλου και η «παρακλήση» προς τους προσφεύγοντες περί εκτύπωσης του παραβόλου με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», λαμβάνει χώρα απλώς και μόνο για διευκόλυνση ελέγχου των υπηρεσιών της Αρχής και των μετεχόντων και ουδόλως συνιστά όρο του παραδεκτού της προσφυγής (εξάλλου ούτε από την παραπάνω Ανακοίνωση της ΑΕΠΠ προκύπτει κάτι τέτοιο). Τούτο, εξάλλου, ουδέν έρεισμα θα είχε στις διατάξεις του άρθρου 363 Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 ΠΔ 39/2017, οι προϋποθέσεις των οποίων ικανοποιούνται με μόνη την ολοσχερή εξόφληση του παραβόλου ήδη προ της υποβολής της προσφυγής (εξάλλου, ακόμη και η επισύναψη του αποδεικτικού πληρωμής δε συνιστά όρο του παραδεκτού, αλλά διαδικαστική διάταξη που πάντως δεν είναι δυνατόν εξ αυτής και μόνο και εφόσον, πάντως το παράβολο πληρώθηκε, να εξαρτάται η αποδοχή της προσφυγής, πράγμα που θα προσέκρουε στον αιτιολογικό σκοπό του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016), ενώ μάλιστα η ΑΕΠΠ ουδεμία εκ του θεσμικού της πλαισίου, ίδια κανονιστική αρμοδιότητα έχει προς τροποποίηση των προϋποθέσεων που θέτουν οι παραπάνω διατάξεις, η δε περί του αντιθέτου ερμηνεία θα σήμαινε δυνατότητά της να θεσπίζει κανόνες δικαίου, άνευ νομοθετικής εξουσιοδότησης. Αντιστοίχως, ναι μεν κατ' άρθρο 5 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, το παράβολο καταβάλλεται κατά την κατάθεση της προσφυγής, αλλά η διάταξη αυτή ερμηνευόμενη υπό το φώς των άρθρων 20 παρ. 1 και 25 παρ. 1 Συντ. και δεδομένου ότι η για το παραδεκτό προσφυγής υποβολή παραβόλου προβλέπεται ως μέσο αποθάρρυνσης άσκησης αστήρικτων και παρελκυστικών προσφυγών, προκύπτει ότι δεν επάγεται την απόρριψη της προσφυγής λόγω είτε μη καταβολής του προσήκοντος κατά το ακριβές ποσό του ή κατά τον απαιτούμενο τύπο του παραβόλου είτε λόγω τυπικών ελλείψεων αυτού. Επομένως, αφενός παράβολο (που πάντως συνυπεβλήθη καταρχήν με την προσφυγή) ατελές ως προς τα στοιχεία του και τον τρόπο έκδοσής του ή ελλιπές κατά το ποσό του, δύναται να διορθωθεί ή

συμπληρωθεί εντός ευλόγου χρόνου μετά την άσκηση της προσφυγής, αφετέρου και κατά μείζονα λόγο αρκεί η πληρωμή και δέσμευσή του (παραβόλου που πάντως συνυπεβλήθη με την προσφυγή) να αποδεικνύεται με έγγραφα και αποδεικτικά ομοίως προσκομιζόμενα εντός ευλόγου χρόνου ή και να προκύπτει αυτεπαγγέλτως και υπηρεσιακά (πρβλ. ΔΕΦΚομ Ν39/2017, σκ. 6, με παραπομπές σε ΟλΣΤΕ 601/2012, 3087/2011, 1583/2010, 1852/2009, 647/2004). Αλυσιτελώς δε επικαλείται προς υποστήριξη του ισχυρισμού του, την Απόφαση ΑΕΠΠ 52/2017, η οποία αφορά καταβολή ελλιπούς παραβόλου, περίπτωση ουδόλως συντρέχουσα εν προκειμένω, πέραν του ότι οι Αποφάσεις 7μελούς Σύνθεσης της ΑΕΠΠ σε κάθε περίπτωση υπερισχύουν κάθε προγενέστερης Απόφασης της ΑΕΠΠ και επιλύουν εφεξής με δεσμευτικό τρόπο για τα Κλιμάκια της ΑΕΠΠ κάθε κρινόμενο δι' αυτών νομικό ζήτημα (πρβλ. άρ. 6 ΠΔ 38/2017 και άρ. 353 παρ. 1 εδ. γ' Ν. 4412/2016). Συνεπώς, ο οικείος ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος νόμω αβάσιμος. Σχετικά με τον περί νομιμοποίησης της προσφυγής ισχυρισμό του (βλ. Απόφαση 7μελούς ΑΕΠΠ 3/2018, σκ. 6), καταρχήν ουδόλως υφίσταται υποχρέωση του προσφεύγοντος να προαποδείξει τη νομιμοποίηση και εκπροσωπευτική αρμοδιότητα του υπογράφοντος το δικόγραφο του, αφού ουδεμία σχετική πρόβλεψη υφίσταται στο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο άσκησης προδικαστικών προσφυγών, η δε νομιμοποίηση του υπογράφοντος καταρχήν τεκμαίρεται, εκτός αν άλλως επικαλείται ο αντίδικος. Η αντίθετη, εξάλλου, εκδοχή θα έθετε αδικαιολόγητα εμπόδια και περιορισμούς στην απονομή προδικαστικής προστασίας (εξαρτώντας αυτήν από όλως τυπικά στοιχεία), αλλά και την πραγμάτωση του σκοπού της ΑΕΠΠ ως διοικητικού οργάνου με οιονεί δικαιοδοτική αρμοδιότητα εκπορευόμενη εκ της Ενωσιακής νομοθεσίας, ο οποίος συνίσταται στην αποτελεσματική και ταχεία επίλυση των διαφορών που προηγούνται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την παροχή της βέλτιστης προδικαστικής προστασίας στους οικονομικούς φορείς, προς εκ μέρους τους εξάλλου εμπέδωση της εμπιστοσύνης προς τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016) και την κατ' αποτέλεσμα τόνωση του ανταγωνισμού στο πλαίσιό τους. Εξάλλου, σε κάθε

περίπτωση, εφόσον η νομιμοποίηση του δικογράφου και η εκπροσωπευτική εξουσία του υπογράφοντος για λογαριασμό οικονομικού φορέα προσώπου αμφισβητούνται ή για κάθε λόγο τίθενται εν αμφιβόλω, η ΑΕΠΠ έχει τη δυνατότητα να ελέγξει ακόμη και αυτεπαγγέλτως το ζήτημα, συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας να ζητήσει από τον προσφεύγοντα (ή αντιστοίχως τον παρεμβαίνοντα) τα οικεία αποδεικτικά στοιχεία, πολλώ δε μάλλον να αναζητήσει αυτά ευθέως από τον φάκελο της υπόθεσης, στον οποίο περιλαμβάνονται και τα έγγραφα της προσφοράς του προσφεύγοντος, επί των οποίων το Κλιμάκιο λαμβάνει πλήρη δικαιώματα πρόσβασης από την αναθέτουσα αρχή, κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ακριβώς προς διευκόλυνση αυτεπαγγέλτου και άμεσου ελέγχου των συνοδευτικών και σχετιζόμενων με την επίδικη υπόθεση εγγράφων. Σε κάθε περίπτωση, με την προσφορά της η νυν προσφεύγουσα υπέβαλε το με αρ. 13491 συμβολαιογραφικό έγγραφο ιδιωτικό συμφωνητικό σύστασης ένωσης για τη συμμετοχή στον προκείμενο διαγωνισμό, κατά το οποίο ως συντονιστής της ένωσης ορίζεται ο, με ρητή εξουσιοδότηση από τα μέλη της ένωσης και εντολή σε αυτόν, να υπογράψει, καταθέσει και υποβάλει την προσφορά και κάθε απαιτούμενο έγγραφο, αλλά και κάθε αίτηση και δήλωση, ως και να ασκήσει το δικαίωμα της ένστασης. Δια των ανωτέρω είναι σαφές ότι το ως άνω πρόσωπο νομιμοποιήθηκε πλήρως για την υπογραφή για λογαριασμό της ένωσης της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής, η οποία προφανώς εμπίπτει ως διοικητικό βοήθημα ενδικοφανούς προστασίας στην περίπτωση της «ένστασης» (όρος που καλύπτει κάθε αντίστοιχο διοικητικό βοήθημα στο πλαίσιο διαγωνιστικών διαδικασιών, ασχέτως ότι ειδικώς όσον αφορά τους υπαγόμενους στο Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 διαγωνισμούς και διαδικασίες, η ένσταση κατά των αποφάσεων της αναθέτουσας καλείται ειδικώς «προδικαστική προσφυγή»), ιδίως αφού από το παραπάνω έγγραφο είναι σαφές ότι η ένωση και τα ιδρυόμενα δικαιώματα και αρμοδιότητες που την αφορούν, σχετίζονται ειδικώς με την προσφορά και τη συμμετοχή στον προκείμενο διαγωνισμό και εξάλλου, ο συντονιστής της ένωσης νομιμοποιείται και για κάθε σχετικό με την προσφορά και την τύχη της ζήτημα και έγγραφο, ως

και για την υπογραφή και κάθε εν γένει εγγράφου, δήλωσης και αίτησης ως προς τη συμμετοχή αυτή. Περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση, αυτονόητος ρόλος και εξουσία του κοινού εκπροσώπου ένωσης και λόγος για τον οποίο απαιτείται σε περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση ορισμός τέτοιου προσώπου, είναι η εκπροσώπηση της ένωσης από συγκεκριμένα πρόσωπα, νομιμοποιούμενα στην υπογραφή κάθε σχετικού με τη συμμετοχή στον διαγωνισμό εγγράφου, στα οποία συγκαταλέγονται και οι διοικητικές προσφυγές περί τη συμμετοχή αυτήν, όπως η προκείμενη και τούτο πέραν της ειδικής εν προκειμένω προς τούτο εξουσιοδότησης προς το ανωτέρω πρόσωπο. Επιπλέον, η θέση σφραγίδων είτε μελών ένωσης είτε μεμονωμένων οικονομικών φορέων προσφευγόντων, στο προδιατυπωμένο έντυπο προδικαστικής προσφυγής ουδόλως συνιστά στοιχείο του παραδεκτού της τελευταίας, αλλά όμως επικουρικό, επουσιώδες και βοηθητικό στοιχείο, που σε καμία περίπτωση όμως, αν λείπει, δεν δύναται να οδηγήσει σε ελλιπή νομιμοποίηση ή απαράδεκτο του δικογράφου. Ούτε η μη σφράγιση της προσφυγής από το έτερο μέλος της ένωσης μόνη της ή σε συνδυασμό με τους λοιπούς, αβάσιμους, ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος, οδηγεί σε οιαδήποτε αμφιβολία περί τη νομιμοποίηση του δικογράφου και σε οιοδήποτε συμπέρασμα περί απαράδεκτου της προσφυγής, ενώ σε κάθε περίπτωση, ο υπογράφων δεν υπέγραψε ως νόμιμος εκπρόσωπος της επιμέρους επιχείρησης-μέλους της ένωσης, αλλά ρητά με την ιδιότητά του ως συντονιστή της ένωσης και μάλιστα, ομοίως ρητά, ως προσφεύγων κατονομάζεται σε κάθε σημείο του δικογράφου, η ένωση. Επομένως, το σύνολο των οικείων περί νομιμοποίησης, σφράγισης και υπογραφής ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος είναι απορριπτέοι. Συνεπώς, και σε συνέχεια και όσων αναφέρθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, η προσφυγή, όπως και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

4. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής περί μη συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές και δη το πρόγραμμα διατροφής και τις συμπληρωματικές της διακήρυξης τροποποιήσεις αυτής, προκύπτει ότι

προβάλλεται όλως αορίστως, αφού η προσφεύγουσα δεν αναφέρει ούτε δια ποίων εγγράφων που υπεβλήθησαν ή αντίστροφα δια της ελλείψεως ποίων εγγράφων που έπρεπε να υποβληθούν, προκύπτει η μη πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών και δη η μη συμμόρφωση με το πρόγραμμα σίτισης, πολλώ δε μάλλον δεν εντοπίζει ούτε τους συγκεκριμένους όρους που παραβιάστηκαν ούτε τις ειδικότερες προδιαγραφές που δεν πληρούνται ή δεν αποδεικνύονται ούτε δια ποιας πλημμέλειας, έλλειψης ή στοιχείου προκύπτει η οικεία παράβαση, παρά όλως αόριστα αναφέρεται στις προδιαγραφές, το πρόγραμμα διατροφής και τις συμπληρωματικές τροποποιήσεις των όρων διακήρυξης, οι οποίες άλλες τροποποίησαν την απόδειξη του κριτηρίου επιλογής 2.2.6 και άλλες συγκεκριμένα επιμέρους σημεία των ζητούμενων προδιαγραφών για συγκεκριμένα είδη, επί των οποίων όμως κανένα ειδικό ισχυρισμό δεν προβάλλει η προσφεύγουσα. Σε κάθε περίπτωση, το Κλιμάκιο ούτε αρμοδιότητα έχει το πρώτον να συγκεκριμενοποιήσει το ίδιο την προσφυγή της προσφεύγουσας ούτε αν έπραττε τούτο, θα τηρούσε ίση μεταχείριση των διαδίκων, πολλώ δεν μάλλον δεν δύναται να προβεί, προς διάσωση της ως άνω αοριστίας, σε αυτεπάγγελτο έλεγχο επί κάθε δυνητικής έλλειψης της τεχνικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος σε σχέση με κάθε όρο της διακήρυξης και των προδιαγραφών, δεδομένου ότι δεν συνιστά κατά νόμο έργο της ΑΕΠΠ, ο αυτεπάγγελτος έλεγχος νομιμότητας της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά κατ' άρ. 367 Ν. 4412/2016, το πεδίο αρμοδίας εκ μέρους της εξέτασης, περιορίζεται και προσδιορίζεται από τους σαφείς ισχυρισμούς των προσφευγόντων. Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος της προσφυγής.

5. Επειδή, κατά τον όρο 2.2.5 της διακήρυξης που θεσπίζει κριτήρια επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ορίζονται τα εξής *«Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, ο προσφέρων οικονομικός φορέας απαιτείται να διαθέτει: α) γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών (3) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων (2016-2018), τουλάχιστον ίσο με το 70% της*

προϋπολογισθείσας αξίας της Σύμβασης. χωρίς ΦΠΑ. ... Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για περισσότερα από ένα Τμήμα, το 70% και το 100% αντίστοιχα, 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, οι παραπάνω ελάχιστες προϋποθέσεις μπορεί να καλύπτονται αθροιστικά από όλα τα μέλη της ένωσης.». Επομένως, οι προσφέροντες οφείλουν να κατέχουν για έκαστη από τις χρήσεις 2016, 2017 και 2018 γενικό κύκλο εργασιών ίσο με το 70% της εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία υποβάλλουν προσφορά, εν προκειμένω δε τουλάχιστον $[70\% \times (324.675,00 + 287.820,00) =]$ 428.746,50 ευρώ, όσον αφορά το προκείμενο τμήμα 55 και το τμήμα 57 που αφορά η προσφορά του. Και τούτο διότι δεδομένου πως η προσφορά όταν αφορά περισσότερα τμήματα όπως εν προκειμένω, το ως άνω κριτήριο επιλογής θεσπίζεται αδιαχώριστα και κατ' ενιαίο τρόπο, δηλαδή ανάγεται στο ίδιο αντικείμενο, ήτοι ολικό κύκλο εργασιών κατ' έτος, το μέγεθος του οποίου συναρτάται με τη συνολική αξία των τμημάτων για τα οποία υπεβλήθη προσφορά και άρα, εφόσον το κριτήριο τυχόν δεν πληρούται ως προς την όλη αξία του συνόλου των τμημάτων της προσφοράς, η προσφορά είναι απορριπτέα για το σύνολο των τμημάτων που αφορά και δεν είναι δυνατόν να διαχωριστεί σε αποδεκτά και μη αποδεκτά τμήματα (εξάλλου, το αντίθετο θα ήταν και αδύνατον, αφού η προσφορά υποβάλλεται ενιαία χωρίς προτεραιότητα ή προτίμηση μεταξύ των τμημάτων από πλευράς προσφερόντων και συνεπώς, η μη πλήρωση για τη συνολική αξία των τμημάτων της προσφοράς, δεν δύναται να διαχωριστεί σε τμήματα για τα οποία ο κύκλος εργασιών αρκεί ως προς την επιμέρους αξία τους και άρα διασώζεται και σε τμήματα, που τίθενται πέραν του κατ' έτος κύκλου εργασιών ούτε υφίσταται οιοδήποτε κριτήριο τέτοιου διαχωρισμού). Ο παρεμβαίνων με το ΕΕΕΣ του δήλωσε στο Μέρος IV Ενότητα Β, ολικό κύκλο εργασιών για το έτος 2017 131.182 ευρώ και για το έτος 2018, 482.094 ευρώ, ενώ για το 2016 ανέφερε ότι δεν είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για το έτος αυτό, λόγω έναρξης δραστηριοτήτων τον Οκτώβριο 2016. Στηρίζεται

δε στις ικανότητες μεταξύ άλλων και του τρίτου οικονομικού φορέα που δηλώνει στο δικό του υποβληθέν ΕΕΕΣ, ολικό κύκλο εργασιών για το 2016 1.822.890,79 ευρώ, για το 2017 1.445.321,39 ευρώ και για το 2018 1.847.456,76 ευρώ, αλλά και σε αυτές του τρίτου οικονομικού φορέα που δηλώνει στο ΕΕΕΣ του ολικό κύκλο εργασιών για το 2016 375.566 ευρώ, για το 2017 596.849 ευρώ και για το 2018 848.229 ευρώ. Επομένως, ασχέτως τι δήλωσε ο ίδιος ο προσφέρων για το έτος 2016, δεδομένου ότι σε κάθε περίπτωση δια της στήριξης στις ικανότητες των παραπάνω τρίτων, στήριξη που έτυχε ρητής επίκλησης στο ΕΕΕΣ του, πληροί το κριτήριο επιλογής και για τα τρία ως άνω έτη, αφού οι κύκλοι εργασιών αυτών συναθροίζονται μετά των δικών του και το άθροισμα κατ' έτος υπερβαίνει κατά πολύ το ελάχιστο απαιτούμενο των 428.746,50 ευρώ. Κατ' αποτέλεσμα, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί μη αναφοράς στο ΕΕΕΣ κύκλου εργασιών του παρεμβαίνοντος για το έτος 2016 προβάλλονται αλυσιτελώς και είναι απορριπτέοι. Περαιτέρω, σε αντίθεση με τα κριτήρια επιλογής του όρου 2.2.6 και του όρου 2.2.7, που κατά τους όρους 2.2.9.2 παρ. Β4 και Β5 και τον όρο 2.4.3.1.α της διακήρυξης, πρέπει να αποδεικνύονται ήδη με την τεχνική προσφορά, τα κριτήρια επιλογής του όρου 2.2.5 αρκεί να αποδεικνύονται με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, κατά τον όρο 3.2 της διακήρυξης, σε συνδυασμό με τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β3. Επομένως, ομοίως αλυσιτελώς προβάλλονται και οι περί μη αποδείξεως πλήρωσης των ως άνω κριτηρίων ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, αφού δεν υπήρχε κατά το παρόν στάδιο τέτοια υποχρέωση, αλλά αρκούσε κατά τον όρο 2.2.9.1 το ΕΕΕΣ ως προκαταρκτική απόδειξη.

6. Επειδή, 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.».

Κατά τον δε όρο 2.2.9.2 παρ. Β4, που αφορά την απόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής 2.2.6.α, απόδειξη που πρέπει να πληρούται ήδη με την προσφορά (κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β4 και τον όρο 2.2.9.1, ως και τον όρο 2.4.3) ορίζεται 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.». ενώ κατά τη με αρ. 256/Ζ2/28-5-2019 διευκρίνιση αναφέρθηκε και ότι «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.». 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 $[70\% \times (324.675,00 + 287.820,00)] = 428.746,50$ ευρώ, όσον αφορά το προκείμενο τμήμα 55 και το τμήμα 57, βλ. και αμέσως προηγούμενη σκέψη περί του αντιστοίχως ερμηνευόμενου και αξιολογούμενου κριτηρίου του κύκλου εργασιών. Επομένως, κατά τα ανωτέρω, το παραπάνω κριτήριο επιλογής θα πρέπει να πληρούται αποκλειστικά με συμβάσεις με αντικείμενο την παραγωγή και διάθεση αποκλειστικά ζεστών γευμάτων προς άμεση ή εντός όλως βραχέος διαστήματος ανάλωση, ενώ συμβάσεις με αντικείμενο την παραγωγή και διανομή κατεψυγμένων γευμάτων (cook and freeze) ουδόλως λαμβάνονται υπόψη. Περαιτέρω, οι συμβάσεις αυτές, η εκτέλεση και το αντικείμενο τους, ως και η συνάφεια τους με τα απαιτούμενα πρέπει να αποδεικνύονται ήδη με την υποβολή της προσφοράς. Επιπλέον, να μεν καταρχήν απαιτούνται βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης ως μέσο απόδειξης, πλην όμως, σε κάθε περίπτωση, οι προσφέροντες οφείλουν να προσκομίσουν τις οικείες συμβάσεις προς συμπλήρωση του τυχόν ατελούς αποδεικτικά και δη ως προς τα αναλυτικώς ζητούμενα στοιχεία, περιεχομένου τους, ενώ οπωσδήποτε η αναθέτουσα δύναται να λαμβάνει προς τούτο υπόψη και δη ως προς τη συνάφεια των υποβληθέντων ως προς τα ζητούμενα, κάθε διαθέσιμο στοιχείο, εκ της δε δυνατότητας της να ζητά τα οικεία στοιχεία, 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. Οι δε ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος περί του τι έγινε αποδεκτό στο πλαίσιο άλλης προσφοράς σε άλλο τμήμα, είναι εξ αρχής απορριπτέοι, αφού ουδόλως, ακόμη και η μη νόμιμη αποδοχή άλλης προσφοράς σε έτερο τμήμα του διαγωνισμού, νομιμοποιεί το ίδιο σφάλμα στην αποδοχή προσφοράς στο οικείο τμήμα, πολλώ δε μάλλον δεν προκαταλαμβάνει τη δυνατότητα συνδιαγωνιζόμενου στο οικείο τμήμα να επικαλεστεί την οικεία παρανομία επί

του τμήματος στο οποίο εκτείνεται το έννομο συμφέρον του, ήτοι για το οποίο υπέβαλε προσφορά. Εξάλλου, εν προκειμένω και η προσφορά του παρεμβαίνοντος έγινε καταρχήν αποδεκτή, σε κάθε όμως περίπτωση, το αν θα ελεγχθεί ή όχι η νομιμότητα αποδοχής του τρίτου οικονομικού φορέα στο πλαίσιο της δικής του προσφοράς σε άλλο τμήμα του διαγωνισμού, εξαρτάται από την άσκηση προσφυγής στο τμήμα αυτό, από τους τυχόν εκεί διαγωνιζόμενους, πάντως η μη υποβολή προσφυγής κατά του, ουδόλως συνεπάγεται αδυναμία της ΑΕΠΠ να εξετάσει τη συμμόρφωση της εμπειρίας του οικονομικού αυτού φορέα με τα ζητούμενα από τη διακήρυξη, στο πλαίσιο της παροχής στήριξης στον νυν παρεμβαίνοντα, κατ' αποτέλεσμα της γεννώμενης εκ της νυν προσφυγής διαφοράς, στο προκείμενο τμήμα. Εξάλλου, αν τυχόν κατά την εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ προδικαστικής προσφυγής κριθεί ζήτημα που συνεπάγεται αυτόθροα το μη νόμιμο της αποδοχής είτε του ίδιου οικονομικού φορέα κατά του οποίου στρέφεται η προσφυγή ή άλλου οικονομικού φορέα, σε τμήμα που εκτείνεται πέραν του πεδίου ελέγχου δια της εξέτασης της προσφυγής, η αναθέτουσα οφείλει στο πλαίσιο της αρχής της νομιμότητας να τροποποιήσει ή ανακαλέσει τις οικείες παράνομες πράξεις της, ακόμη και αν δεν προσβλήθηκαν ενώπιον της ΑΕΠΠ. Η δε προσφεύγουσα, ειδικώς ισχυρίζεται ως προς την εκ μέρους του παρεμβαίνοντος πλήρωση του ως άνω κριτηρίου επιλογής (και ασχέτως τυχόν άλλων, σε κάθε περίπτωση μη προβαλλόμενων πλημμελειών της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ως προς το οικείο κριτήριο επιλογής), την εσφαλμένη λήψη υπόψη των συμβάσεων του τρίτου οικονομικού φορέα για τα έτη 2017 και 2018. Ως προς αμφοτέρω δε τα έτη 2017 και 2018 (ο προσφεύγων δεν προβάλλει ισχυρισμό ως προς το 2016 σχετικά με την εμπειρία), η συνεισφορά του ως άνω τρίτου για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής είναι απαραίτητη και ουσιώδης, αφού για το μεν 2017 ο παρεμβαίνων δηλώνει στον Κατάλογο Παραδόσεων του 50.816,99 ευρώ και όσον αφορά τον έτερο τρίτο οικονομικό φορέα στον οποίο στηρίζεται 57.387,34 ευρώ και άρα συνολικά χωρίς την 108.204,33 ευρώ, ενώ για το έτος 2018 δηλώνει δικές του παραδόσεις 287.509,01 ευρώ. Επομένως, υπολείπονται προς κάλυψη από την (προκειμένου να

πληρούται το κριτήριο επιλογής που απαιτεί τουλάχιστον 428.746,50 ευρώ παραδεκτές και παραδεκτά αποδεικνυόμενες παραδόσεις κατ' έτος) 320.542,17 ευρώ για το 2017 και 141.237,49 ευρώ για το 2018. Για τη δε δηλώνονται στον ίδιο κατάλογο 348.912 ευρώ για το 2017 και 433.613 ευρώ για το 2018. Άρα, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων του καταλόγου που αφορούν τον παρεμβαίνοντα και την , περί των οποίων ομοίως, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει κάποιον ισχυρισμό, σε κάθε περίπτωση προκύπτει άθροισμα υπολειπόμενο του κατ' έτους ζητούμενου σύμφωνα με τα παραπάνω, με αποτέλεσμα, η λήψη υπόψη της σύμβασης του να είναι απαραίτητη για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής και για το 2017 και για το 2018. Ο δε παρεμβαίνων υπέβαλε με την προσφορά του την από 24-4-2019 Βεβαίωση Καλής Εκτέλεσης της , από την 3^η ΜΚ ΤΑΞΙΑΡΧΙΑ ΡΙΜΙΝΙ, κατά την οποία αναφέρεται ότι με αυτήν «...υπογράφηκαν συμβάσεις για την παροχή στο ΚΥΤ Φυλακίου, σε καθημερινή βάση (συμπεριλαμβανομένου Σαββάτου, Κυριακής και Αργιών), υπηρεσιών παρασκευής-μεταφοράς-παράθεσης πλήρων γευμάτων (πρωινό, γεύμα και δείπνο), όπως παρακάτω...». Η παραπάνω βεβαίωση ουδόλως αναφέρει και αποδεικνύει παραγωγή και διάθεση των ειδικώς ζητούμενων «ζεστών γευμάτων» πολλώ δε μάλλον παραγωγή τους και άμεση ή εντός όλως βραχέος διαστήματος επιτόπου διάθεσης τους, αλλά αναφέρεται απλώς σε γεύματα. Επομένως, κατά τους όρους της διακήρυξης, οι οποίοι δεν ανέφεραν ότι σε περίπτωση που δεν προκύπτει το ζητούμενο της διάθεσης ζεστών γευμάτων από τη βεβαίωση, εν αμφιβολία θεωρείται το κριτήριο ως πληρούμενο, αλλά αντίθετα, ορίζουν υποχρέωση συνεξέτασης και λήψης υπόψη της οικείας σύμβασης, προκύπτει ότι δεδομένου εκ της ως άνω βεβαίωσης δεν ήταν σαφές το αν τα γεύματα ήταν ζεστά, θα έπρεπε η αναθέτουσα να λάβει υπόψη της προς εξέταση πλήρωσης της οικείας προϋπόθεσης, τις αντίστοιχες συμβάσεις του 2017 και του 2018, που όντως συνυπέβαλε ο παρεμβαίνων. Οι δε ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος, περί του ότι λόγω των αδειοδοτήσεων και των πιστοποιήσεων ISO και OHSAS της δεν θα μπορούσε αυτή να προσφέρει (τουλάχιστον σε συμμόρφωση με τις άδειες και τις πιστοποιήσεις

της) υπηρεσίες κατεψυγμένων γευμάτων, είναι απορριπτέοι, διότι πρώτον, ερείδονται επί της τροπής των κατά νόμον δυνάμενων κατά τις άδειες της και τις πιστοποιήσεις της, να εκτελέσει η εταιρεία αυτή σε αυτά που όντως εκτέλεσε, ζήτημα όλως υποθετικό και δεύτερον, ουδόλως η διακήρυξη αρκέστηκε σε έμμεσες συναγωγές συμπερασμάτων επί συμπληρωματικών εγγράφων και υποθέσεων, αλλά ζήτησε απόδειξη δια του συνδυασμού βεβαίωσης καλής εκτέλεσης και οικείας σύμβασης. Περαιτέρω, οι ίδιες υποβληθείσες με την προσφορά του συμβάσεις ούτως ή άλλως αντικρούουν όσα ισχυρίζεται. Ειδικότερα, εκ των υποβληθεισών συμβάσεων της (βλ. Συμβάσεις 1, 2, 3, 4, 5, 6/2018 και Συμβάσεις 9/2017, 8/2017, 7/2017, 6/2017, 3/2017, σε όλες πανομοιότυπο άρ. 16 παρ. 13 σημ. 1.α κατά το οποίο «*Στο χώρο/χώρους θα παράγονται τα γεύματα σύμφωνα με τα προγράμματα συσσιτίου... τα οποία κατά το ήμισυ θα καταψύχονται σε θερμοκρασία από -18° C έως -20° C, σύμφωνα με τη μέθοδο «cook and freeze» και κατά το έτερο ήμισυ θα παρασκευάζονται στον χώρο του προμηθευτή και θα προωθούνται στο ΚΥΤ εντός 60 πρώτων λεπτών της ώρας*».) προκύπτει ότι μόνο το ήμισυ των γευμάτων που παρασχέθηκαν στο πλαίσιο εκτέλεσης της, πάντα κατά τους συμβατικούς όρους, αφορούσαν ζεστά γεύματα, ήτοι γεύματα παραγόμενα επιτόπου προς άμεση μεταφορά στους χώρους διάθεσης, διάθεση και κατανάλωση από το κοινό, το δε έτερο ήμισυ αφορά παραγωγή κατεψυγμένων γευμάτων. Σημειωτέον, δε ότι η κατά το άρ. 9, παρ. 2, υποπαρ. γ', σημ. (4) των ως άνω συμβάσεων, πρόβλεψη για διατήρηση μέρους των μερίδων σε κατάψυξη προς περαιτέρω διανομή σε ποσοστό τουλάχιστον 20% των μερίδων, αφορά τις κατά δυνητική εκ μέρους της αναθέτουσας (και όχι την καταρχήν συμβατική υποχρέωση του άρ. 16 παρ. 13 υποπαρ. β' σημ. 1 που αφορά την καταρχήν εκτέλεση της σύμβασης και τις υποχρεώσεις του αναδόχου) αυξομείωση των καταρχήν ζητούμενων μερίδες, ήτοι την αντίστοιχη προς τα άνω ή προς τα κάτω διαφορά, χωρίς πάντως να προκύπτει από την προσφορά του παρεμβαίνοντος αν έλαβαν χώρα τέτοιες αυξομειώσεις και ως προς πόσες μερίδες και πόσες εξ αυτών παραγγέλθηκαν τυχόν κατεψυγμένες, παρότι έφερε κατά τη διακήρυξη πλήρες βάρος απόδειξης ότι πληροί το περί ζεστών

γευμάτων κριτήριο για την αποδοχή των επικαλούμενων συμβάσεων του. Εξάλλου, ο ως άνω όρος του άρ. 16 παρ. 13 υποπαρ. β' σημ. 1 των οικείων συμβάσεων αφορά την καταρχήν παραγωγή στην κεντρική μονάδα παραγωγής γευμάτων, όπου θα παρασκευάζονται οι συνολικές προς περαιτέρω μεταφορά, ενδιάμεση αποθήκευση, προώθηση και εν τέλει διάθεση μερίδες, με αποτέλεσμα να προκύπτει ως όλως εύλογος στο πλαίσιο της συστηματικής της ως άνω σύμβασης, ο διαχωρισμός των παραγόμενων μερίδων σε καταψυχόμενες μακράς αποθήκευσης και προς άμεση διάθεση. Σημειωτέον δε, ότι στην υποπαρ. α' σημ. 1 υποσημ. γ' του ίδιου όρου ρητά λαμβάνει χώρα μνεία σε "Κατάψυξη-Αποθήκευση γεύματος". Και τούτο ενώ, η από 24-4-2018 βεβαίωση εκτέλεσης για τον ως άνω τρίτο οικονομικό φορέα αναφέρεται σε συμβάσεις με αρ. 1, 2, 3, 4, 5, 6 και 7/2017, ενώ υπεβλήθησαν οι συμβάσεις 3, 6, 7, 8 και 9/2017 και σε συμβάσεις με αρ. 1, 2 και 3/2018, ενώ υπεβλήθησαν συμβάσεις με αρ. 1, 2, 3, 4, 5 και 6/2018. Περαιτέρω, υπεβλήθη και η σύμβαση 16/2016 που ασχέτως αν αφορά ζεστά γεύματα, δεν υφίσταται για αυτήν αναφορά στην ως άνω βεβαίωση καλής εκτέλεσης, με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατόν να γίνει δεκτό πως αυτή ελήφθη υπόψη από την αναθέτουσα. Επομένως, οι ως άνω συμβάσεις περί των οποίων εξάλλου υπεβλήθη και η οικεία βεβαίωση εκτέλεσης, ήταν ληπτές υπόψη προς πλήρωση του οικείου κριτηρίου επιλογής, μόνο ως προς το ήμισυ των γευμάτων τους και άρα, δεδομένου ότι η ανά γεύμα τιμή σε κάθε σύμβαση ήταν ίδια, μόνο κατά το ήμισυ της συμβατικής τους αξίας. Επομένως, όσον αφορά το 2017, εκ των 348.912 ευρώ που δηλώνει ως συμβατική αξία όσον αφορά την , είναι ληπτές υπόψη μόνο ως προς τις 174.456 ευρώ, τα οποία συναθροιζόμενα με τις 108.204,33 ευρώ καταλήγουν σε 282.660,33 ευρώ, που όμως υπολείπονται των ελαχίστων ζητούμενων για το σύνολο της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, άρα και το επίδικο τμήμα, 428.746,50 ευρώ. Όσον αφορά το 2018, ληπτές υπόψη είναι παραδόσεις μόνο 216.806,50 ευρώ από τις δηλούμενες παραδόσεις αξίας 433.613 ευρώ της και άρα, συναθροιζόμενες με τις παραδόσεις 287.509,01 ευρώ του ίδιου του παρεμβαίνοντος, προκύπτουν παραδόσεις αξίας 503.415,51 ευρώ και υπερβαίνουν το κριτήριο επιλογής

ελάχιστης κατ' έτος αξίας 428.746,50 ευρώ. Συνεπώς, το κριτήριο επιλογής δεν πληρούται για το έτος 2017, όσον αφορά την όλη προσφορά του παρεμβαίνοντος. Επομένως και δεδομένου πως σε κάθε περίπτωση, η μη πλήρωση του κριτηρίου επιλογής για την εμπειρία, κατά τα ανωτέρω εξετάζεται ενιαία σε επίπεδο ολικής προσφοράς, χωρίς να μπορεί να γίνει διαχωρισμός μεταξύ επιμέρους τμημάτων αυτής, αφού δεν πληρούται για το άθροισμα των τμημάτων, η προσφορά είναι απορριπτέα στο σύνολο της και άρα, σε κάθε περίπτωση ως προς το επίδικο τμήμα. Είναι δε αβάσιμος ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι η αναθέτουσα σε κάθε περίπτωση όφειλε να του ζητήσει διευκρινίσεις, αφού πρώτον, εν προκειμένω οι όροι της διακήρυξης επιτάσσουν να προσκομίζονται με την προσφορά τα στοιχεία που καταδεικνύουν ότι παρασχέθηκαν ζεστά γεύματα και δη και με τις βεβαιώσεις αλλά και με τις συμβάσεις, που οι προσφέροντες σε περίπτωση ασάφειας των πρώτων υποχρεούνται να συνυποβάλουν με την προσφορά τους και μόνο εφόσον ούτε εξ αυτών προκύπτουν τα ζητούμενα, δύναται η αναθέτουσα να ζητήσει περαιτέρω διευκρινίσεις και δεύτερον, οι οικείες ούτως ή άλλως υποβληθείσες στην προσφορά του παρεμβαίνοντος συμβάσεις αποσαφηνίζουν πλήρως το ζήτημα, αναφέροντας κατά τα ανωτέρω ότι το ήμισυ των γευμάτων που αφορούσαν, ήταν κατεψυγμένα, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται ασάφεια προς διευκρίνιση. Επιπλέον, είναι όλως αστήρικτος, χωρίς κανένα έρεισμα στις οικείες συμβάσεις και αναπόδεικτος, ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος, αλλά και της αναθέτουσας, ότι η παροχή κατεψυγμένων γευμάτων ήταν απλώς μια εναλλακτική και ότι δόθηκε δυνατότητα διάθεσης ζεστών γευμάτων εντός 60 λεπτών στο ΚΥΤ και ότι μάλιστα αυτή χρησιμοποιήθηκε για όλα τα γεύματα των οικείων συμβάσεων. Αντίθετα, οι συμβάσεις που υπέβαλε ο παρεμβαίνων ουδόλως αναφέρουν οτιδήποτε περί απλής δυνατότητας παροχής είτε ζεστών είτε κατεψυγμένων γευμάτων, αλλά με σαφήνεια ορίζουν ότι τα μισά γεύματα θα είναι ζεστά και τα άλλα μισά κατεψυγμένα. Επομένως, ο ως άνω ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας αντικρούεται από όσα ο πρώτος υπέβαλε, ενώ εξάλλου, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι αιτιάζεται πως οι συμβάσεις τροποποιήθηκαν κατά την εκτέλεση τους κατά τρόπο, που τα μισά κατεψυγμένα

γεύματα αντικαταστάθηκαν με ζεστά, ουδόλως προκύπτει οιαδήποτε τέτοια τροποποίηση ούτε την επικαλείται ούτε την αποδεικνύει. Εξάλλου, ούτε ο παρεμβαίνων αποδεικνύει όσα αναφέρει περί του ότι τελικά και σε αντίθεση με τις συμβατικές του υποχρεώσεις, όλα τα γεύματα της που παρασχέθηκαν στο πλαίσιο των ως άνω συμβάσεων ήταν ζεστά, παρά όλως αορίστως και αναπόδεικτα επικαλείται τούτο ούτε προκύπτει πώς η αναθέτουσα τα έλαβε υπόψη όλα ως ζεστά, χωρίς καν να προκύπτει τίποτα τέτοιο, από οιαδήποτε έγγραφο της προσφοράς. Η δε συναγωγή εκ μέρους της αναθέτουσας, κατά τα επικαλούμενα στις απόψεις της, συμπεράσματος περί χαρακτήρα των γευμάτων και δη όλων, ως ζεστών από την περιγραφή της σύμβασης περί καθημερινής παράδοσης και ειδοποίησης έως τις 18.00 της προηγούμενης για μεταβολή της ποσότητας, αφενός ερείδεται επί αναπόδεικτων υποθέσεων και αυθαίρετων πορισμάτων, αφετέρου ούτως ή άλλως η διακήρυξη απαίτησε να προκύπτει ο χαρακτήρας του συμβατικού αντικειμένου από τις βεβαιώσεις, μαζί με τις συμβάσεις, χωρίς να καταλείπει περιθώριο υποθέσεων, ενώ εξάλλου, ουδόλως τα ανωτέρω αποκλείουν τα μισά γεύματα να ήταν κατεψυγμένα, αφού ουδόλως αποκλείεται η αντισυμβαλλομένη αναθέτουσα να είχε ανάγκη καθημερινές παραδόσεις και κατεψυγμένων γευμάτων προς αναπλήρωση αναλούμενων καθημερινά αποθεμάτων και προς απόκριση με τις αυξομειούμενες ανάγκες που αφορούν όχι μόνο ζεστά γεύματα, αλλά και τη στάθμη των αποθεμάτων της. Συνεπώς και σε κάθε περίπτωση, οι ως άνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, πρέπει να γίνουν δεκτοί, η δε αποδοχή τους και μόνη της αρκεί για την άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

7. Επειδή, περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί ασαφούς ένωσης του προσφέροντος παρεμβαίνοντος μετά των τρίτων οικονομικών φορέων στους οποίους στηρίζεται είναι απορριπτέοι, διότι η από κοινού ευθύνη των τρίτων μετά του παρεμβαίνοντος ουδόλως συνεπάγεται ένωση αυτών, αντίθετα δε, δεδομένου ότι εν προκειμένω έλαβε χώρα στήριξη και ως προς πλήρωση κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, η από

κοινού ευθύνη τρίτου οικονομικού φορέα και προσφέροντος, ρητά επιβάλλεται κατά τον όρο 2.2.8 της διακήρυξης που προβλέπει ότι «Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της Σύμβασης.». Αντιστοίχως απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί της περί του ότι δεν αποδεικνύεται ότι οι παρέχουσες στήριξη στον παρεμβαίνοντα επιχειρήσεις, δεν δεσμεύονται για την περίπτωση κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής ή άλλης χρηματοοικονομικής απαίτησης θα θέσουν στη διάθεση του το οικείο ποσό. Ουδόλως, η στήριξη σε ικανότητες τρίτων ως προς κάλυψη κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας προϋποθέτει ειδική δέσμευση του τρίτου περί καταβολής συγκεκριμένου ποσού, αλλά αρκεί η κατά τα ως άνω δέσμευση από κοινού ευθύνης τους έναντι της αναθέτουσας, η οποίας πάντως καλύπτει και κάθε χρηματοοικονομική απαίτηση, ενώ σε κάθε περίπτωση ουδεμία υποχρέωση των τρίτων υπάρχει ως προς την κατάπτωση εγγυητικής, αφού στην περίπτωση αυτή το οικείο ποσό θα καταβληθεί απευθείας από τον παρέχοντα την εγγύηση πιστωτικό φορέα. Περαιτέρω, ομοίως απορριπτέοι είναι και ισχυρισμοί του σημ. 2.4 της προσφυγής περί του ότι ο παρεμβαίνων όφειλε να αποδείξει ότι η δανειζόμενη σε αυτόν εμπειρία μετατρέπεται σε δική του και ότι όφειλε να δανειστεί υπαλλήλους, μεθοδολογία, τεχνογνωσία και εγκαταστάσεις. Οι ισχυρισμοί αυτοί της προσφεύγουσας ουδέν έρεισμα έχουν στη διακήρυξη ή στον νόμο ούτε στον τρόπο λειτουργίας της στήριξης σε ικανότητες τρίτων, που συνιστά μέσο πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής που δεν πληροί ο προσφέρων, όπως τα κριτήρια αυτά ρητά ορίστηκαν από τη διακήρυξη (Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018). Ούτε οι προσφέροντες, πέραν απόδειξης της δέσμευσης των τρίτων να παράσχουν τους αντίστοιχους πόρους, υποχρεούνται σε κάποιου είδους ειδική απόδειξη εσωτερικοποίησης της εμπειρίας τρίτων ούτε η στήριξη περί εμπειρίας προϋποθέτει απόδειξη μεταφοράς συγκεκριμένων πόρων υλικών και άυλων ούτε πρέπει να συνοδεύεται και από στήριξη σε άλλα κριτήρια επιλογής ούτε επεξήγηση περι

του πώς η δανειζόμενη εμπειρία θα τύχει χρήσης και εφαρμογής, στοιχεία που εφόσον δεν ζητούνται ειδικώς από τη διακήρυξη, ουδόλως απαιτείται να υποβληθούν. Εξάλλου, ακόμη και στην περίπτωση υπεργολαβίας, η οποία συνίσταται ακριβώς στην εκτέλεση μέρους του έργου από άλλον οικονομικό φορέα, σε αντίθεση με την απλή στήριξη σε ικανότητες τρίτου (που δεν προϋποθέτει αναγκαία και ταυτόχρονη υπεργολαβία, Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018), οι προσφέροντες αρκεί να δηλώσουν το μέρος της σύμβασης που θα αναθέσουν υπεργολαβικά, τις εργασίες που θα αναλάβει ο υπεργολάβος και το πρόσωπο του υπεργολάβου, χωρίς να οφείλουν να αναλύσουν τον τρόπο λειτουργίας της υπεργολαβικής σχέσης και τη μέθοδο εκτέλεσης της σύμβασης με τη συνεργασία του υπεργολάβου, εφόσον τούτο δεν ζητείται ειδικώς από την ανά περίπτωση διακήρυξη. Συνεπώς, το σύνολο των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέο.

8. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή κατ' αποδοχή των ισχυρισμών που αναφέρθηκαν στην ανωτέρω σκ. 6 και οι οποίοι μόνοι τους αρκούν για την απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Να απορριφθεί η παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος δέχθηκε την προσφορά του παρεμβαίνοντος στο τμήμα 55 του διαγωνισμού.

9. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το καταβληθέν παράβολο ποσού 1.623,38 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αρ. 1600/2/8-8-2019 Απόφαση ΔΣ της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος στο τμήμα 55 του διαγωνισμού.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 1.623,38 ευρώ.

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

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΓΓΕΛΙΚΗ ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝ/ΝΟΣ