

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Αυγούστου 2019 με την εξής σύνθεση:
Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής,
Πηνελόπη Ταμανίδα, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 8-8-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 995/12-8-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» και διακριτικό τίτλο «....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 30-7-2019 υπ' αριθμ. 547/24-7-2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής αυτής, καθ' ο μέρος και κατ' έγκριση του από 24.06.2019 Πρακτικού Αξιολόγησης Προσφορών (αξιολόγηση δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς) και της από 12.07.2019 Γνωμοδότησης – Εισήγησης της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών (αξιολόγηση οικονομικής προσφοράς) απεδέχθη την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία “....” και τον ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού, καθώς και κατά κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης, στο πλαίσιο του ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 133.501,50 ευρώ που προκηρύχθηκε με τη με αρ.διακήρυξη, η οποία

δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 29-5-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α την 29-5-2019.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

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 παράβολο (με αρ., ποσού 668,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η από 8-8-2019 εμπροθέσμως ασκούμενη (κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. α' Ν.4412/2016) προσφυγή στρέφεται κατά της από 30-7-2019 κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου), στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, η οποία λόγω του ποσού της εκτιμώμενης αξίας της και του χρόνου δημοσίευσης της στο ΚΗΜΔΗΣ, υπάγεται στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Ο δε προσφεύγων που κατέστη αποδεκτός πλην όμως κατετάγη δεύτερος μετά τον προσωρινό ανάδοχο μειοδότης, μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται κατά της αποδοχής του τελευταίου, προβάλλοντας με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του μη πλήρωση των απαιτούμενων κατά τον όρο 2.2.5 σε συνδυασμό με τον όρο 2.2.9.2. παρ. Β3 της διακήρυξης και με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, μη πλήρωση των απαιτούμενων κατά τον όρο 2.2.6 σε συνδυασμό με τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β4 της διακήρυξης. Η δε αναθέτουσα με τις από 12-8-2019 και κοινοποιηθείσες στον προσφεύγοντα από 16-8-2019 Απόψεις της, επικαλείται ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής ότι ο νυν προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε με την προσφορά του δήλωση περί της αδυναμίας του να προσκομίσει τη φορολογική του δήλωση για τη χρήση 2018

και επομένως, η ίδια, κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β3 έλαβε υπόψη της ως επαρκή αποδεικτικά μέσα του κύκλου εργασιών του τις οικείες πληροφορίες περί των παραδόσεων του, που υπέβαλε με την προσφορά του, για τη συναγωγή επαρκούς κύκλου εργασιών για το έτος 2018, ενώ ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η αναθέτουσα επικαλείται ότι έχουν προσκομισθεί από τον νυν προσωρινό ανάδοχο τα απαιτούμενα για τις συμβάσεις του με τον ΔΗΜΟ, τον ΔΗΜΟΥόσον αφορά τη και την ΑΠΟΣΤΟΛΗ. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι ο όρος 2.2.5 της διακήρυξης θεσπίζει κριτήριο επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, προβλέποντας ειδικότερα τα ακόλουθα «*Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών κατά την προηγούμενη τριετία (2016-2017-2018) ίσο ή ανώτερο με το 30% του ενιαίου ενδεικτικού προϋπολογισμού άνευ ΦΠΑ.*», όρος που συμπληρώνεται και τυγχάνει συνερμηνευτέος με αυτόν του άρ. 2.2.9.2 παρ. Β3 περί του αποδεικτικού μέσου του παραπάνω κριτηρίου, που συνίσταται στα ακόλουθα «*Β.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν δημοσιευμένους Ισολογισμούς των τελευταίων τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων (2016 – 2017 - 2018), σε περίπτωση που υποχρεούνται στην έκδοση Ισολογισμών ή υπεύθυνη δήλωση περί του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών των τριών (3) προηγούμενων ετών, σε περίπτωση που δεν υποχρεούνται στην έκδοση Ισολογισμών, ή αντίστοιχων πιστοποιητικών/εγγράφων που εκδίδονται στο κράτος μέλος εγκατάστασής του. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο.*». Άρα, απαιτήθηκε κατά τα ανωτέρω, για τα έτη 2016,

2017 και 2018, έτησιος γενικός κύκλος εργασιών, ίσος με $(133.501,50 \times 30\% =) 40.050,45$ ευρώ (και όχι 49.662,56 ευρώ όπως αναφέρει η αναθέτουσα στις Απόψεις της, αφού για το κριτήριο επιλογής 2.2.5 δεν λαμβάνεται υπόψη ο ΦΠΑ της εκτιμώμενης αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης), δηλαδή θα πρέπει οι προσφέροντες ανά καθένα εκ των ετών 2016, 2017 και 2018 (εξ ου και η αναφορά σε «ετήσιο κύκλο εργασιών») να εμφανίζουν το ως άνω σύνολο κύκλου εργασιών κατ' ελάχιστον. Κατά τον δε όρο 2.4.3.2 που προβλέπει ότι *«Κατατίθενται οπωσδήποτε τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.9.2 Β3, Β4, Β5 και η ηλεκτρονική συστημική προσφορά του ΕΣΗΔΗΣ. »*, προκύπτει ότι το οικείο αποδεικτικό μέσο του όρου 2.2.9.2 Β3 πρέπει να υποβληθεί ήδη με την τεχνική προσφορά και άρα, η πλήρωση των οικείων απαιτήσεων κρίνεται απευθείας στο στάδιο αξιολόγησης τεχνικών προσφορών. Κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β3 προβλέπονταν τέσσερις εναλλακτικές απόδειξης του οικείου προσόντος, ήτοι πρώτον, όσον αφορά τις επιχειρήσεις με υποχρέωση έκδοσης ισολογισμού δια της υποβολής των δημοσιευμένων ισολογισμών, δεύτερον, για τις επιχειρήσεις χωρίς τέτοια υποχρέωση δια της υποβολής υπεύθυνης δήλωσης, τρίτον, για επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλο κράτος-μέλος δια της υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών της νομοθεσίας της χώρας εγκατάστασής τους και τέταρτον, όσον αφορά τους οικονομικούς φορείς που δεν δύνανται να αποδείξουν την οικονομική και χρηματοοικονομική τους επάρκεια με τα οικεία δικαιολογητικά που ανά περίπτωση απαιτούνται, προβλέφθηκε δυνατότητα να πράξουν τούτο με κάθε πρόσφορο μέσο και εναλλακτικό κατάλληλο έγγραφο. Ο δε νυν προσωρινός ανάδοχος που συνιστά προσωπική εταιρεία χωρίς υποχρέωση υποβολής ισολογισμών, υπέβαλε σε κάθε περίπτωση δηλώσεις Ε3 της επιχείρησής του, που αποδεικνύουν γενικό κύκλο εργασιών 284.121,04 ευρώ για το έτος 2015, 235.034,14 ευρώ για το 2016 και 236.016,84 ευρώ για το 2017, ενώ υπέβαλε και με την προσφορά του υπεύθυνη δήλωση με το ακόλουθο περιεχόμενο *«Το τελευταίο οικονομικό έτος έχει λήξει προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών αλλά δεν έχουν καταρτιστεί οι Οικονομικές Καταστάσεις της τελευταίας χρήσης έως την υποβολή της Προσφοράς. Η Εταιρία μας δεν κατέστη δυνατή έως σήμερα να υποβάλει*

Φορολογική Δήλωση του φορολογικού έτους 2018 καθόσον δεν έχει ανοίξει η πλατφόρμα του συστήματος για την υποβολή της, σας επισυνάπτω τα οικονομικά στοιχεία των αμέσως προηγούμενων τριών (3) συναπτών οικονομικών ετών (δηλ.2015 -2016 - 2017) από τα οποία προκύπτει ότι ο κύκλος εργασιών είναι ανώτερος από το 30% του ενιαίου ενδεικτικού προϋπολογισμού άνευ ΦΠΑ». Δηλαδή επεξήγησε, ότι επειδή δεν ήταν δυνατόν εισέτι να υποβάλει φορολογική δήλωση για το έτος 2018, υπέβαλε τα στοιχεία του 2015, ως μέσο απόδειξης της εν γένει οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειάς του κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β3 και δη την τέταρτη περίπτωση αυτού κατά τα ανωτέρω. Συγχρόνως και σε κάθε περίπτωση υπέβαλε αποδεικτικά εκτέλεσης συμβάσεων του που αφορούσαν και το έτος 2018. Η δε αναθέτουσα, κατά τις Απόψεις της, που νομίμως συμπληρώνουν την αιτιολογία αποδοχής του νυν προσωρινού αναδόχου και έχουν σε κάθε περίπτωση κοινοποιηθεί στον προσφεύγοντα κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, έλαβε υπόψη της για τη διάγνωση πλήρωσης εκ μέρους του νυν προσωρινού αναδόχου, των απαιτήσεων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, τις συμβάσεις του που εκτέλεσε εντός του έτους 2018, συνάγοντας εξ αυτών ισόποσο κατ' ελάχιστον κύκλο εργασιών αυτού. Ειδικότερα, έλαβε υπόψη της το ΤΕΥΔ του διαγωνιζομένου περί των παραδόσεων του εντός του 2018, τη δήλωση καταλόγου παραδόσεων του για το ίδιο έτος και τη με Μοναδικό ΑΔΑΜ(δημοσίευση την 26-7-2016), συμβατικής μετά ΦΠΑ αξίας 170.329,50 ευρώ και προ ΦΠΑ 137.362,50 ευρώ, την οποία σε κάθε περίπτωση υπέβαλε με την προσφορά του ο διαγωνιζόμενος, μαζί με τη με αρ. πρωτ.βεβαίωση καλής και ολοκληρωμένης εκτέλεσής της από τον Δήμο, κατά το αρχείο 31 της προσφοράς του, βλ. και αμέσως επόμενη σκέψη επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής. Η συγκεκριμένη δε ως άνω σύμβαση είχε εκτελεσθεί μεταξύ έναρξης σχολικού έτους 2017-2018 και λήξης αυτού και ο αντισυμβαλλόμενος βεβαιώνει την ολοκλήρωση εκτέλεσης της κατά ομαλό τρόπο. Επομένως, εκ της σύμβασης αυτής, που ανατέθηκε βάσει της με Μοναδικό ΑΔΑΜ διακήρυξης, όντως προκύπτει κύκλος εργασιών, που όσον αφορά το 2018 πρέπει να ληφθεί υπόψη κατά το αντίστοιχο μέρος της διάρκειας της που εκτάθηκε εντός του

έτους αυτού, ήτοι από 1/1/2018 έως το πέρας του σχολικού έτους, ήτοι έως 31/5/2019, δηλαδή για κατ' ελάχιστον 90 διδακτικές εργάσιμες ημέρες από τις 165 διδακτικές εργάσιμες ημέρες της διάρκειας της σύμβασης (οι λοιπές 75, ήτοι 15 εβδομάδες εκτείνονται από 11/9/2017 έως 22/12/2017, δηλαδή εντός του εργασίμου μέρους του σχολικού έτους εντός του ημερολογιακού έτους 2017), οι δε 90 αυτές ημέρες από τις 165 της σύμβασης, αντιστοιχούν σε αξία ($90/165 \times 137.362,50 =$) 74.925 ευρώ άνευ ΦΠΑ (εξάλλου στον κύκλο εργασιών δεν περιλαμβάνεται το ΦΠΑ που εισπράττει προς απόδοση στο κράτος, η επιχείρησης), σε κάθε περίπτωση ποσό αντιστοιχούν στο 187% των 40.050,45 ευρώ που αποτελούσαν το απαιτούμενο ποσό ετήσιου κύκλου εργασιών για την κατάγνωση οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Πλην όμως, όπως βάσιμα επικαλείται ο προσφεύγων, ο ίδιος ο νυν προσωρινός ανάδοχος ούτε στην ως άνω υπεύθυνη δήλωσή του ούτε στο ΤΕΥΔ του ανέφερε οτιδήποτε για τον κύκλο εργασιών του του έτους 2018, ώστε να αποτελέσει η αναφορά του αυτή ένα καταρχήν έρεισμα προς διακρίβωση με τα λοιπά στοιχεία της προσφοράς του, αντίθετα αναφέρθηκε αποκλειστικά στα έτη 2015, 2016 και 2017. Και τούτο, ενώ αρκούσε εξ αρχής να υποβάλει απλή υπεύθυνη δήλωση για τους κύκλους εργασιών του, η οποία παραδεκτώς θα δύνατο να ληφθεί υπόψη και αν είχε ακόμη λάβει χώρα απλώς δια αναφοράς στο υπέχον θέση σώρευσης υπευθύνων δηλώσεων ΤΕΥΔ του, χωρίς να απαιτηθεί να υποβάλει φορολογικές δηλώσεις. Άρα, η μη υποβολή των φορολογικών του δηλώσεων για το 2018 δεν συνιστούσε εύλογη αιτία αδυναμίας του έστω απλώς να δηλώσει τον κύκλο εργασιών του για το 2018 και δη έστω να αναφέρει αυτόν στο ΤΕΥΔ. Και ναι μεν ορθά επικαλείται η αναθέτουσα ότι είχε τη δυνατότητα λήψης υπόψη κάθε πρόσφορου αποδεικτικού μέσου περί της οικονομικής και χρηματοοικονομικής του επάρκειας και δύνατο να εκτιμήσει υποβληθείσες συμβάσεις του αποδεδειγμένης εκτέλεσης για τη συναγωγή ελάχιστου κύκλου εργασιών του διαγωνιζομένου, μεγαλύτερου του κατ' ελάχιστον απαιτούμενου για το έτος 2018, πλην όμως, τούτο προϋπέθετε μια καταρχήν δήλωση, απαιτούμενη στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης εντός του ΤΕΥΔ. Και τούτο διότι ο όρος 2.2.9.2 παρ. Β3 που επικαλείται η αναθέτουσα, αφορά

απλώς και ειδικώς τα επιμέρους αποδεικτικά μέσα πλήρωσης των οικείων προσόντων του κριτηρίου 2.2.5, δεν μπορεί όμως να υποκαταστήσει το ίδιο το κριτήριο επιλογής και τα εκεί θεσπιζόμενα προσόντα που το συγκροτούν ούτε τον όρο 2.2.9.1 της διακήρυξης που ρητά επιτάσσει συμπλήρωση του προς καταρχήν απόδειξη πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής που τίθενται στα κριτήρια επιλογής 2.2.4-2.2.7 της διακήρυξης. Συνεπώς, να μην θα δύναντο να ληφθούν υπόψη συμβάσεις του διαγωνιζομένου για το έτος 2018, αλλά ως αποδεικτικό μέσο ακρίβειας και ορθότητας όσων δήλωσε με το ΤΕΥΔ του περί πλήρωσης των απαιτήσεων του όρου 2.2.5. Δεν ήταν δυνατή όμως η αποδοχή του χωρίς καμία αναφορά στο ΤΕΥΔ του ως προς το απαιτούμενο στοιχείο του όρου 2.2.5 περί κύκλου εργασιών του έτους 2018, μη δήλωση η οποία αποτελεί παράβαση του όρου 2.2.9.1 και συνιστά μη απάντηση ως προς τη πλήρωση του κριτηρίου επιλογής, η οποία μη απάντηση εξαρχής αποκλείει την εφαρμογή του όρου 2.2.9.2 παρ. Β3 περί απόδειξης της καταρχήν δηλούμενης πλήρωσης του οικείου κριτηρίου (άρα, εφόσον δεν δηλωθεί στο ΤΕΥΔ η πλήρωση του κριτηρίου αυτού και ο κύκλος εργασιών, αποκλείεται η περαιτέρω διαδικασία στοιχειοθέτησης της πλήρωσης και απόδειξης του κύκλου εργασιών με εναλλακτικά έστω, αποδεικτικά μέσα). Άρα, εσφαλμένα έγινε αποδεκτή η προσφορά του νυν προσωρινού αναδόχου και δη όσον αφορά το κριτήριο επιλογής 2.2.5 και επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής, η αποδοχή και μόνου του οποίου αρκεί για την ακύρωση αποδοχής του νυν προσωρινού αναδόχου, πρέπει να γίνει δεκτός.

4. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, το κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του όρου 2.2.6.α της διακήρυξης, αυτό προβλέπει ότι *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά την προηγούμενη τριετία (2016,2017,2018), να έχουν εκτελέσει αθροιστικά συμβάσεις προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου (γεύματα) στα αντίστοιχα χρηματικά ποσά καθώς και τους παραλήπτες. (δημοσίου ή ιδιωτικού τομέα).... »*, ενώ ο συνερμηνευόμενος όρος περί του

οικείου αποδεικτιού μέσου, 2.2.9.2 παρ. Β4 ορίζει σχετικά στο σημ. ε' αυτού ότι «Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: ε) συμβάσεις προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου (γεύματα) με παραλήπτες δημοσίου ή ιδιωτικού τομέα. Εάν ο αποδέκτης είναι Δημόσια Αρχή, απαιτούνται αντίγραφα συμβάσεων και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης από την αρμόδια αρχή. Εάν ο αποδέκτης είναι Ιδιωτικός Φορέας, απαιτούνται είτε αντίγραφα από επίσημα παραστατικά, είτε βεβαίωση του αποδέκτη της προμήθειας.». Άρα, απαιτείτο η εντός του συνολικού διαστήματος 2016-2018 εκτέλεση συμβάσεων παροχής γευμάτων που αθροίζουν ως συμβατική αξία το ποσό της εκτιμώμενης της υπό ανάθεση σύμβασης και τούτο αποδεικνύεται, και δη κατά τον όρο 2.4.3.2, βλ. και αμέσως προηγούμενη σκέψη, ήδη δια της τεχνικής προσφοράς, με την υποβολή πρώτον των οικείων συμβάσεων και περαιτέρω, όσον αφορά συμβάσεις με αντισυμβαλλόμενο δημόσιο φορέα βεβαίωση καλής εκτέλεσης και όσον αφορά συμβάσεις με αντισυμβαλλόμενο ιδιώτη, είτε βεβαίωση καλής εκτέλεσης του αντισυμβαλλομένου είτε, εναλλακτικά, επίσημα παραστατικά (τιμολόγια, δελτία αποστολής). Ο δε νυν προσωρινός ανάδοχος, υπέβαλε με την προσφορά του πρώτον, σύμβαση με ΜΟΝΑΔΙΚΟ ΑΔΑΜ(26-7-2017 δημοσίευση) με αρ. πρωτ. 33419/25-7-2017 με τον ΔΗΜΟαξίας προ ΦΠΑ 137.362,50 ευρώ και μετά ΦΠΑ 170.329,50 ευρώ, με αντικείμενο τη σίτιση μαθητών του οικείου Μουσικού Σχολείου με την παροχή έτοιμων γευμάτων, δεύτερον, τη σύμβαση με Μοναδικό ΑΔΑΜ της 8-11-2018, αξίας 25.833,60 ευρώ προ ΦΠΑ με αντικείμενο την παροχή γευμάτων και σίτισης και αντισυμβαλλόμενο το, τρίτον, τη με Μοναδικό ΑΔΑΜ (δημοσίευση 17-7-2018) σύμβαση της 25-6-2018 με την Αστική ΜΚΟ ΑΠΟΣΤΟΛΗ, αξίας 28.000 ευρώ προ ΦΠΑ για την παροχή έτοιμων γευμάτων, τέταρτον, τη με Μοναδικό ΑΔΑΜ (δημοσίευση 6-11-2018) από 2-3-2018 τροποποίηση της από 1-3-2018 σύμβασής του με την ΑΠΟΣΤΟΛΗ, σε κάθε περίπτωση αξίας προ ΦΠΑ 8.520,00 ευρώ για παροχή γευμάτων, πέμπτον, την ίδια ως άνω τροποποιηθείσα την 2-3-2018, από 1-3-2018 σύμβαση με την ΑΠΟΣΤΟΛΗ και έκτον, τη με Μοναδικό ΑΔΑΜ (δημοσίευση την 5-10-2018) σύμβασή του της 11-1-2018 με την ΑΠΟΣΤΟΛΗ

πάλι για παροχή έτοιμων γευμάτων, αξίας 8.520 ευρώ άνευ ΦΠΑ (όλες δε οι συμβάσεις με την ΑΠΟΣΤΟΛΗ αφορούσαν τον), ενώ έβδομον, υπέβαλε και τη με Μοναδικό ΑΔΑΜ (δημοσίευση τη 1-11-2016) σύμβαση της 21-10-2018 με τον ΔΗΜΟ αξίας 86.472,75 ευρώ, για παροχή γευμάτων σε μαθητές του ΜΟΥΣΙΚΟΥ ΓΥΜΝΑΣΙΟΥ και ΛΥΚΕΙΟΥ για τη σχολική χρονιά 2016-2017. Περαιτέρω, με την προσφορά του υπέβαλε και βεβαίωση καλής εκτέλεσης της 30-6-2017 της ως άνω υπό έβδομον, σύμβασης του με τον ΔΗΜΟ Επιπλέον, υπέβαλε βεβαίωση καλής εκτέλεσης της 30-3-2018 της ΑΠΟΣΤΟΛΗΣ με αναφορές σε συνολικούς κύκλους εργασιών για παραδόσεις γευμάτων για τα έτη 2015, 2016 και 2017 όσον αφορά τον, που πάντως δεν μπορούν να προσμετρηθούν υπέρ του, αφού δεν συνεχονται με καμία από τις συμβάσεις που υπέβαλε, αφού το σύνολο των ανωτέρω συμβάσεών του με την ΑΠΟΣΤΟΛΗ συνήφθησαν εντός του 2018 και επομένως, δεν σχετίζονται με την παραπάνω βεβαίωση καλής εκτέλεσης και έτσι, δεν βεβαιώνεται δι' αυτής η καλή τους εκτέλεση. Περαιτέρω, δεν ευρέθη βεβαίωση καλής εκτέλεσης περί της συμβάσεώς του με το, που αναφέρθηκε ανωτέρω, υπό δεύτερον, ενώ υπέβαλε βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης του ΔΗΜΟΥ χωρίς αυτές να συνεχονται με καμία υποβληθείσα σύμβαση, ενώ υπέβαλε και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης του ΔΗΜΟΥ, για άσχετες με τις ως άνω συμβάσεις. Επιπλέον όμως και όπως ορθά επικαλείται η αναθέτουσα, σε αντίθεση δε με τα εκ του προσφεύγοντος ισχυριζόμενα, ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε και ως αρχείο 31 της προσφοράς του, τη με αρ. πρωτ.βεβαίωση καλής εκτέλεσης του ΔΗΜΟΥ(η δε υποβολή της βεβαίωσης ως ξεχωριστό αρχείο ουδεμία έννομη σημασία έχει προφανώς, ο κάθε δε προσφέρων δύνατο να υποβάλει τα οικεία αρχεία, διακριτά, σε ομάδες, σε φακέλους και εν γένει καθ' οιονδήποτε τρόπο, αρκεί πάντως να έχουν υποβληθεί με την ίδια την προσφορά του, όπως και όντως υπεβλήθη η κατωτέρω βεβαίωση), που βεβαιώνει την καλή εκτέλεση τεσσάρων συμβάσεων, εκ των οποίων οι πρώτες τρεις δεν υπεβλήθησαν, πλην όμως η τέταρτη, είναι ακριβώς η ως άνω, υπό πρώτον, υποβληθείσα σύμβασής του με αρ. πρωτ. 33419/25-7-2017 αξίας προ ΦΠΑ 137.362,50 ευρώ και αθροιστικής με ΦΠΑ αξίας 170.329,50 ευρώ, με αντικείμενο τη σίτιση μαθητών

του οικείου Μουσικού Σχολείου. Ούτως, ο νυν προσωρινός ανάδοχος απέδειξε, κατά τα ζητούμενα της διακήρυξης, αποκλειστικά την καλή εκτέλεση της σύμβασής του με τον ΔΗΜΟ ..., αξίας προ ΦΠΑ 86.472,75 ευρώ και της σύμβασής του για το ΜΟΥΣΙΚΟ ΣΧΟΛΕΙΟ ΔΗΜΟΥ ...της περιόδου 2017-2018 αξίας προ ΦΠΑ 137.362,50 ευρώ. Όμως, μόνες τους αυτές οι δύο συμβάσεις, περί των οποίων σε κάθε περίπτωση πληρούται κάθε απαιτούμενο από τη διακήρυξη, αφού δηλώθηκαν στο ΤΕΥΔ του προσωρινού αναδόχου, στον κατάλογο κυριότερων παραδόσεων του, υπεβλήθησαν οι ίδιες οι συμβάσεις ως δημοσιεύθηκαν στο ΚΗΜΔΗΣ και οι οικείες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσής του, αρκούν για την πλήρωση του οικείου κριτηρίου επιλογής (χωρίς να χρειάζεται να ληφθεί υπόψη καμία άλλη σύμβαση και παράδοση επικαλούμενη από τον προσωρινό ανάδοχο), αφού αθροίζουν 223.835,25 ευρώ προ ΦΠΑ συμβατική αξία, ενώ εξάλλου και μόνη της η σύμβαση με αρ. πρωτ. 33419/25-7-2019 Δήμου υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της υπό ανάθεση σύμβασης που ανέρχεται σε 133.501,50 ευρώ προ ΦΠΑ και ούτως και μόνη της και δια της πληρώσεως κατά τα ανωτέρω κάθε περί αυτής αποδεικτικής απαίτησης, αρκούσε ούτως ή άλλως για την πλήρωση των όρων 2.2.6.α και 2.2.9.2 παρ. Β4.ε της διακήρυξης. Οι δε περί των βεβαιώσεων εκτέλεσης της ΑΠΟΣΤΟΛΗΣ ισχυρισμοί του προσφεύγοντος προβάλλονται προεχόντως αλυσιτελώς, αφενός αφού ο νυν προσωρινός ανάδοχος καλύπτει το ως άνω κριτήριο επιλογής χωρίς καν να ληφθούν υπόψη οι συμβάσεις του με την ΑΠΟΣΤΟΛΗ, αφετέρου διότι και για τις συμβάσεις με ιδιώτη φορέα αντισυμβαλλόμενο και για τις συμβάσεις με δημόσιο φορέα αντισυμβαλλόμενο, η διακήρυξη προέβλεψε ως αποδεικτικό μέσο τη βεβαίωση καλής εκτέλεσης και δη όσον αφορά τις συμβάσεις με ιδιωτικούς φορείς ως εναλλακτικό και όχι ως σωρευτικό μέσο μετά των παραστατικών. Περαιτέρω δε προβάλλει τους ισχυρισμούς του και αβασίμως, διότι η ΑΠΟΣΤΟΛΗ συνιστά μεν αστική μη κερδοσκοπική εταιρεία, ιδρυθείσα από το ΝΠΔΔ της Εκκλησίας της Ελλάδος, σε κάθε όμως περίπτωση, αποτελεί κατά την έννοια του Ν. 4412/2016 αναθέτουσα αρχή υπαγόμενη στο δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, η οποία αναθέτει τις συμβάσεις με τις περί δημοσίων διαγωνισμών διατάξεις και επομένως, για τους σκοπούς του άρ.

2.2.9.2 παρ. Β4.ε και κατά τη σύμφωνη με την κοινή λογική και το εύλογο κριτήριο του μέσου διαγωνιζομένου κριτήριο, υπάγεται δικαιολογημένα στην έννοια του δημόσιου (όπως αντιστοίχως στην έννοια του δημοσίου φορέα για τους σκοπούς της συγκεκριμένης πρόβλεψης της διακήρυξης, θα υπαγόταν και ένας αναθέτων φορέας, ήτοι μια εταιρία, άρα νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, υπαγόμενη όμως στο Βιβλίο ΙΙ Ν. 4412/2016, αλλά και πλήθος εποπτευόμενων και χρηματοδοτούμενων από το δημόσιο ΝΠΙΔ) και όχι του ιδιωτικού φορέα (έννοια στην οποία υπάγονται ιδιωτικές επιχειρήσεις), όπως εξάλλου επιτάσσει η εύλογη και συστηματική ερμηνεία της διακήρυξης, σε καμία δε περίπτωση δεν θα μπορούσε να καταστεί σαφές και κατανοητό από οιονδήποτε εύλογο μετέχοντα, βάσει και της ως άνω διατύπωσης της διακήρυξης, ότι σύμβαση με αστική εταιρεία ελεγχόμενη και χρηματοδοτούμενη από ΝΠΔΔ και σε κάθε περίπτωση υπαγόμενη στην έννοια της αναθέτουσας αρχής και του δικαίου δημοσίων συμβάσεων, θα ληφθεί υπόψη, ειδικώς όσον αφορά τις ειδικότερες ρυθμίσεις της διακήρυξης περί αποδεικτικών μέσων εκτέλεσης σύμβασης, ως ιδιώτης φορέας ούτε ευλόγως και βάσει των ανωτέρω θα μπορούσε να απαιτηθεί εκ των μετεχόντων και δη επί ποινή αποκλεισμού, έλεγχος επί του καταστατικού πλαισίου και του όποιου νομικού καθεστώτος της συγκεκριμένης αναθέτουσας και αντισυμβαλλομένης αρχής, προκειμένου, προκειμένου να κρίνουν το αποδεικτικό μέσο που θα έπρεπε να έχουν υποβάλει. Αλυσιτελώς δε επικαλείται ο προσφεύγων Αποφάσεις ΑΕΠΠ ως προς άλλες διακηρύξεις και διαδικασίες, προς ερμηνεία του συγκεκριμένου όρου, αφενός λόγω της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, αφετέρου διότι δεν νοείται παραδεκτή επίκληση Απόφασης της ΑΕΠΠ προς δεσμευτική εφεξής ερμηνεία συγκεκριμένου όρου περαιτέρω διακηρύξεων και δη ως προς συγκεκριμένο τρίτο αντισυμβαλλόμενο προσφερόντων σε δημόσιους διαγωνισμούς. Συνεπώς δε, ορθά κατέστη αποδεκτή η προσφορά του προσωρινού αναδόχου όσον αφορά το κριτήριο επιλογής 2.2.6, και πρέπει να απορριφθεί ο δεύτερος λόγος της προσφυγής.

5. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω και δη κατ' αποδοχή του πρώτου

λόγου της προσφυγής, αρκούντος για τον αποκλεισμό του νυν προσωρινού αναδόχου, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του νυν προσωρινού αναδόχου και κατ' αναγκαία της αποδοχής του συνέπεια, τον ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο (Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017).

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 688,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 547/24-7-2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του νυν προσωρινού αναδόχου και περαιτέρω, τον ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο.

Διατάσσει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 688,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26-8-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΓΓΕΛΙΚΗ ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝ/ΝΟΣ