

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 09^η Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 30.09.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1493/02.10.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η με αριθμό .../19.09.2023 απόφαση κατακύρωσης της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το, από 04.09.2023, πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «...», εκτιμώμενης αξίας 142.462,00€, πλέον Φ.Π.Α 13%, κωδικός CPV: ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (με αριθμ. πρωτ. .../19.06.2023 διακήρυξη, ΑΔΑΜ: ... συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...).

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της

Αριθμός απόφασης: 1756/2023

προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της κατά το στάδιο της υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού επτακοσίων δώδεκα ευρώ και τριάντα ενός λεπτών 712,31€ αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 30.09.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1493/02.10.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. .../19.09.2023 πράξη της αναθέτουσας αρχής, με θέμα: «Εξέταση Πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού για την προμήθεια «... για τη Σίτιση των ... του ... του ..., σχολικού έτους 2023-2024 και κατακύρωση αυτού», αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 21.09.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο

Αριθμός απόφασης: 1756/2023

επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά του -αναδειχθέντος ως αναδόχου-οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», διότι: α) αδυνατεί να εκτελέσει το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, β) δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής της τεχνικής ικανότητας και της οικονομικής επάρκειας και γ) υπέβαλε ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά.

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (11.10.2023), ήτοι, εννέα (09) ημέρες μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 02.10.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της κατά το στάδιο της υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

6. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../13.10.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} λόγος προσφυγής: αδυναμία εκτέλεσης της σύμβασης από τον προσωρινό ανάδοχο. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, κατά τη διακήρυξη, το έτοιμο φαγητό θα πρέπει καταναλώνεται μέσα σε τέσσερις ώρες από την παρασκευή του και ως εκ τούτου, ο ανάδοχος (που, σημειωτέον, υποχρεούται να συσκευάσει 437 μερίδες φαγητού σε ξεχωριστές συσκευασίες, διότι το μενού περιλαμβάνει κυρίως φαγητό, σαλάτα, ψωμί και φρούτο), θα πρέπει εν τέλει να συσκευάσει καθημερινά 1.748 συσκευασίες φαγητού (4 συσκευασίες επί 437 μερίδες) μέσα σε δύο ώρες, που θα πρέπει στη συνέχεια να μεταφερθούν στο ... εντός δύο ωρών, αφού από την ...

Αριθμός απόφασης: 1756/2023

(έδρα του αναδόχου) έως το ... του ..., η απόσταση είναι 158 χιλιόμετρα. Βάσει των υπολογισμών της προσφεύγουσας, ο χρόνος που θα μεσολαβήσει από την παρασκευή των 437 μερίδων φαγητού μέχρι και την κατανάλωσή τους από τους μαθητές ξεπερνά τις έξι (6) ώρες, δεδομένου ότι απαιτείται και μισή ώρα επιπλέον για το ξεφόρτωμα από το φορτηγό και τη διανομή τους στους μαθητές. Ως ειδικότερα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, σύμφωνα με τον ΕΦΕΤ, σε περίπτωση που ένα ευαλλοίωτο, έτοιμο προς κατανάλωση τρόφιμο έχει διατηρηθεί σε θερμοκρασίες μεταξύ 5°C και 60°C: α) για χρονικό διάστημα μικρότερο των 2 ωρών, θα πρέπει να ψύχεται ή να καταναλώνεται αμέσως, β) για χρονικό διάστημα από 2 ώρες έως 4 ώρες, θα πρέπει να καταναλώνεται αμέσως και γ) για χρονικό διάστημα μεγαλύτερο των 4 ωρών, θα πρέπει απορρίπτεται και να μην καταναλώνεται. Μάλιστα, επειδή σύμφωνα με τον ΕΦΕΤ, το φαγητό χρειάζεται τουλάχιστον μία (1) ώρα από το τέλος της παραγωγικής διαδικασίας μέχρι και την συσκευασία του, το ωράριο επιβαρύνεται κατά μία επιπλέον ώρα. Εν όψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η καθής η προσφυγή θα χρειαστεί πάνω από επτά (7) ώρες μεταξύ της συσκευασίας των μερίδων φαγητού μέχρι την κατανάλωσή τους από τους μαθητές και αιτείται την απόρριψη της προσφοράς της και τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, σύμφωνα με το άρθρο 106 του ν. 4412/2016.

Β) Στο άρθρο 2.4.3.2 («Τεχνική προσφορά») της διακήρυξης, προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι: *«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Συγκεκριμένα, η Τεχνική Προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει τα ακόλουθα: 1. Οι προσφέροντες απαραίτητως, θα συμπληρώνουν το σχετικό Φύλλο Συμμόρφωσης, ψηφιακά υπογεγραμμένο, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και συγκεκριμένα τις στήλες «Απάντηση» και «Παραπομπή» ...»*. Επίσης,

Αριθμός απόφασης: 1756/2023

στην ενότητα «Τεχνικές προδιαγραφές» του Παραρτήματος Ι («Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης») της διακήρυξης προβλέπεται, μεταξύ των άλλων, ότι: «...το καθημερινό γεύμα θα παρασκευάζεται αυθημερόν και ειδικότερα: Ο χρόνος από την παρασκευή του έτοιμου φαγητού να μην υπερβαίνει τις δύο ώρες μέχρι τη μεταφορά του στο ..., ώστε να διασφαλίζεται σε κάθε περίπτωση η κατανάλωσή του εντός τεσσάρων ωρών από την παρασκευή του. Συμπληρωματικά απαιτείται: 1) Η διατήρηση και μεταφορά των ζεστών γευμάτων σε θερμοκρασία μεγαλύτερη από 63 βαθμούς Κελσίου και 2) Η διατήρηση και μεταφορά των κρύων τροφίμων (σαλάτα) από 0 έως 4 βαθμούς Κελσίου (ΟΔΗΓΟΣ ΥΓΙΕΙΝΗΣ ΕΦΕΤ για τις επιχειρήσεις μαζικής εστίασης και ζαχαροπλαστικής Νο1.)[...]». Δεδομένου ότι, κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα, ο χρόνος που θα πρέπει να μεσολαβεί από την συσκευασία του έτοιμου φαγητού μέχρι τη μεταφορά του στο ..., δεν θα πρέπει να υπερβαίνει τις τέσσερις (4) ώρες, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, κατά τους οποίους ο προσωρινός ανάδοχος θα χρειαστεί περισσότερο από επτά (7) ώρες, διότι δήθεν θα απαιτηθεί 1 ώρα για να κρυώσει το φαγητό και να μπορέσει να συσκευαστεί, 3,5 ώρες για να συσκευασθεί, 2 ώρες για να μεταφερθεί και μισή ώρα για να εξέλθει από το φορτηγό και να διανεμηθεί στο ..., θα πρέπει να απορριφθούν ως αόριστοι, αναπόδεικτοι και συνεπώς, ως απαράδεκτοι. Και τούτο, διότι η ταχύτητα της διαδικασίας συσκευασίας των μερίδων εξαρτάται, σε κάθε περίπτωση, από την κτηθείσα εμπειρία, από το διαθέσιμο προσωπικό, από τα συστήματα ISO που εφαρμόζονται για τη διασφάλιση της ποιότητας, αλλά κυρίως από τον τεχνικό εξοπλισμό και δη, από το συσκευαστικό μηχάνημα του αναδόχου (το οποίο, εν προκειμένω, είναι αυτόματο, τριών θέσεων και η δυναμικότητά του ανέρχεται σε 60 μερίδες το λεπτό), ενώ ουδόλως δύναται να απορριφθεί η προσφορά, πολλώ δε μάλλον, να ματαιωθεί ο ένδικος διαγωνισμός, δυνάμει του άρθρ. 106 παρ. 2 του ν. 4412/2016, επί τη βάσει αόριστων ισχυρισμών περί μη έγκαιρης μεταφοράς των μερίδων στους μαθητές, λόγω της τυχόν ύπαρξης μποτιλιαρίσματος στη διαδρομή του φορτηγού από την ... προς το ... της αναθέτουσας αρχής, ως απαραδέκτως προβάλλεται από τον προσφεύγοντα. Εν όψει των ανωτέρω και δοθέντος ότι ο προσφεύγων ουδόλως απέδειξε ότι ο προσωρινός ανάδοχος δεν δύναται να τηρήσει τους

Αριθμός απόφασης: 1756/2023

προβλεπόμενους χρόνους, ούτε στοιχειοθέτησε ότι συντρέχει η περίπτωση του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, κατά την οποία «δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης» ή η έτερη περίπτωση του ίδιου άρθρου, κατά την οποία θα πρέπει να ματαιωθεί ο διαγωνισμός «για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος», ο 1^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος.

• 2^{ος} λόγος προσφυγής: μη πλήρωση των κριτηρίων επιλογής της τεχνικής ικανότητας (άρθρ. 2.2.6.) και της οικονομικής επάρκειας (άρθρ. 2.2.5.)

A) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται καταρχάς ότι η καθής η προσφυγή δεν απέδειξε προσηκόντως την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και τούτο, διότι μολονότι στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης ζητείται η υποβολή συναφούς αντικειμένου συμβάσεων της τελευταίας τριετίας (2020, 2021, 2022), συνοδευόμενες από πίνακα, ο οποίος θα περιλαμβάνει τα οριζόμενα στο ως άνω άρθρο στοιχεία, εντούτοις, μη νομίμως υποβλήθηκαν και συνεπακόλουθα, αξιολογήθηκαν από την αρμόδια επιτροπή έγγραφα τα οποία αφορούν σε ιδιωτικές συμβάσεις με ξενοδοχειακές μονάδες. Ως ειδικότερα, ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε ιδιωτικά έγγραφα από τα οποία δεν προκύπτει:

α) ποια εξ αυτών φέρουν θεώρηση του γνησίου της υπογραφής, β) εάν προσκομίστηκε η αναγκαία υπεύθυνη δήλωση για την ακρίβεια αυτών, γ) εάν βεβαιώνεται το ποσό, οι ποσότητες και τα ακριβή χρονικά διαστήματα, δ) εάν αφορούν σε κάποιο πρόγραμμα, ώστε να προσκομιστεί συγχρόνως και η σχετική σύμβαση με την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα. Β) Στο άρθρο 2.2.6 («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα») της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2020, 2021, 2022) συναφούς αντικειμένου συμβάσεων (παράδοση όμοιων ειδών), συνολικής αξίας ίσης ή μεγαλύτερης του 100% του ενδεικτικού προϋπολογισμού. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από όλα τα μέλη της ένωσης». Επίσης, στο άρθρο 2.2.9.2. («Αποδεικτικά μέσα») παρ. Β.4. της διακήρυξης προβλέπεται ότι: «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της

Αριθμός απόφασης: 1756/2023

παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: • εάν ο αποδέκτης είναι Δημόσια Αρχή, συναφούς αντικειμένου συμβάσεις (παράδοση όμοιων ειδών) της τελευταίας τριετίας (2020, 2021, 2022), συνοδευόμενες από πίνακα ο οποίος θα περιλαμβάνει: α. Τίτλο της σύμβασης – Τοποθεσία. β. Αναθέτουσα αρχή (αποδέκτης). γ. Ημερομηνίες έναρξης - περαίωσης της σύμβασης (εφόσον έχει περαιωθεί), διάρκεια της σύμβασης. δ. Τελική αξία της σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α. ε. Εκτελεσμένη Αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, εντός της τριετίας (2020, 2021, 2022) και επιπρόσθετα αντίστοιχη βεβαίωση από την αναθέτουσα αρχή, προς επιβεβαίωση του ανωτέρω (εκτελεσμένη αξία σύμβασης) • εάν ο αποδέκτης είναι Ιδιωτικός Φορέας αντίγραφα από επίσημα παραστατικά πώλησης της τελευταίας τριετίας (2020, 2021, 2022)».

• Ως προς την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας, κατά τη σαφή γραμματική διατύπωση του άρθρου 2.2.9.2. παρ. Β.4 της διακήρυξης, από το οποίο δεν καταλείπονται αμφιβολίες επί του περιεχομένου του στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευτεί από το Δ.Ε.Ε, από τον προσωρινό μειοδότη ζητείται, είτε η προσκόμιση συμβάσεων συναφούς αντικειμένου (παράδοση όμοιων ειδών) της τελευταίας τριετίας (2020, 2021, 2022), συνοδευόμενες από πίνακα, ο οποίος θα περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, τον τίτλο της σύμβασης, την τοποθεσία, την αναθέτουσα αρχή (αποδέκτη), τις ημερομηνίες έναρξης - περαίωσης της σύμβασης (εφόσον έχει περαιωθεί) κλπ, «εάν ο αποδέκτης είναι Δημόσια Αρχή», είτε η προσκόμιση αντιγράφων από επίσημα παραστατικά πώλησης «εάν ο αποδέκτης είναι Ιδιωτικός Φορέας», απορριπτομένων ως αβάσιμων των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, κατά τους οποίους τα στοιχεία τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας θα πρέπει να αποδεικνύονται αποκλειστικά από την εκτέλεση συναφών δημόσιων συμβάσεων προμηθειών και υπηρεσιών. Επίσης, ως αβάσιμοι θα πρέπει να απορριφθούν και οι επιμέρους ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, αφού η υποβολή υπεύθυνης δήλωσης περί της ακρίβειας των ιδιωτικών εγγράφων υποβάλλεται, εκ του νόμου και εκ της διακήρυξης, μόνο στην περίπτωση των αλλοδαπών ιδιωτικών εγγράφων, όπως είναι για παράδειγμα τα πιστοποιητικά συμμόρφωσης με συγκεκριμένα πρότυπα EN ISO, η δήλωση συμμόρφωσης Ε.Ε κλπ (την οποία

Αριθμός απόφασης: 1756/2023

μάλιστα, δήλωση προσκόμισε η καθής η προσφυγή για τα υποβληθέντα αλλοδαπά έγγραφα), ενώ ουδόλως ζητείται στη διακήρυξη η υποβολή της σχετικής σύμβασης με τον ιδιωτικό φορέα, αλλά ούτε και η αναγραφή στα παραστατικά πώλησης της ποσότητας (στα δε υποβληθέντα παραστατικά αναφέρεται και η ποσότητα, όπως και η τιμή μονάδος) ή των ακριβών χρονικών διαστημάτων της εκτελεσθείσης σύμβασης. Τέλος, ουδόλως προβλέπεται συγκεκριμένος τρόπος υπογραφής των ζητούμενων παραστατικών από τους εκάστοτε υπογράφοντες, όπως ζητείται για παράδειγμα στην περίπτωση των συμμετεχόντων, οι οποίοι υποχρεούνται (επί ποινή αποκλεισμού) να υπογράψουν ψηφιακά το Ε.Ε.Ε.Σ τους, αλλά και τα λοιπά έγγραφα της προσφοράς τους. Επομένως, ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, η προσφορά της καθής η προσφυγή νομίμως έγινε δεκτή, διότι αφενός μεν, δήλωσε προκαταρκτικώς στο Ε.Ε.Ε.Σ της ότι έχει συνάψει συμβάσεις με ιδιωτικούς φορείς και συγκεκριμένα με ξενοδοχειακές μονάδες, ύψους 163.000,00 ευρώ, αφετέρου δε, υπέβαλε μεταξύ των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αντίγραφα επίσημων παραστατικών πώλησης – τιμολογίων, κατά την τριετία 2020, 2021, 2022 (ως ζητείται), ποσού 183.436,20€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., τα οποία καλύπτουν τον προϋπολογισμό της εν θέματι διακήρυξης. Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι από τα κατατεθειμένα στοιχεία της εν λόγω προσφοράς, προκύπτει ότι κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας έχουν εκτελεστεί οι απαιτούμενες παραδόσεις, οι σχετικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.

Τέλος, ως προς το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, θα πρέπει να επισημανθεί ότι η προσφεύγουσα απλώς παραθέτει τα άρθρα 2.2.5. και 2.2.9.2. παρ. Β.3 της διακήρυξης, χωρίς να προβάλλει κάποια συγκεκριμένη πλημμέλεια της υπό εξέταση προσφοράς και ως εκ τούτου, οι σχετικοί ισχυρισμοί της θα πρέπει να απορριφθούν ως καθ' ολοκληρίαν αόριστοι και συνεπώς, ως απαράδεκτοι. Όλως επικουρικώς σημειώνεται ότι η προσφορά της καθής η προσφυγή νομίμως έγινε δεκτή, ως πληρούσα το ως άνω κριτήριο ποιοτικής επιλογής, διότι αφενός μεν, δήλωσε προκαταρκτικώς στο Ε.Ε.Ε.Σ. της ότι ο μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών της είναι 253.990,00€, ενώ στο στάδιο της κατάθεσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, υπέβαλε αντίγραφα των «Ε3 _

Αριθμός απόφασης: 1756/2023

Καταστάσεις οικονομικών στοιχείων από επιχειρηματική δραστηριότητα» των ετών 2020, 2021, 2022, ως ακριβώς ζητείται στον όρο 2.2.9.2. παρ. Β.5. της διακήρυξης, όπου, μεταξύ άλλων, προβλέπεται ότι: «Για την απόδειξη της Οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5. οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων ή ισοδύναμα έγγραφα της τελευταίας τριετίας (2020 - 2021 - 2022), ανάλογα με την νομική μορφή της εταιρείας. Σε περίπτωση μη υποχρέωσης δημοσίευσης οικονομικών καταστάσεων, πρέπει να προσκομιστούν αντίγραφα Ε3 των αντίστοιχων ετών από όπου προκύπτει ο ετήσιος κύκλος εργασιών του προσφέροντος...»). Καταληκτικά, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

• 3^{ος} λόγος προσφυγής: υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Α) Η προσφεύγουσα, μεταξύ άλλων, ισχυρίζεται ότι: «[...] Το αντικείμενο της σύμβασης περιλαμβάνει την σίτιση των 437 ... του ..., για εκατόν εξήντα τρεις (163) ημέρες λειτουργίας του ..., Ο προσωρινός ανάδοχος σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση έδωσε την πιο χαμηλή τιμή ήτοι το ποσό των 1,62 άνευ ΦΠΑ ανά μερίδα, ήτοι η ημερήσιες μερίδες θα ανέρχονται στο ποσό των 707,94€. Το συνολικό κόστος οδοιπορικών (βενζίνη και διόδια) που θα επιβαρύνεται για τις 12 ημέρες παράδοσης ανέρχεται στο ποσό των 13.075,86€, το ποσό αποτελεί πρόσθετη επιβάρυνση. Το ποσοστό επιβάρυνσης λόγω καυσίμων και διοδίων αναλογικά με την προσφορά του αναδόχου είναι 11,33%. Συμπερασματικά, ο προσωρινός ανάδοχος για να μπορεί να ανταπεξέλθει οικονομικά και να παρέχει ποιοτικό φαγητό στους μαθητές και στις ποσότητες που αναφέρει η σύμβαση θα πρέπει να επιβαρυνθεί κατά 11,33%, άρα με απλή αναλογική η προσφορά που έδωσε ο ανάδοχος είναι κατά 11,33% περίπου μικρότερη από την δοθείσα ήτοι 1,42% (1,62€ - 11,33%). Η προσφορά του 1,42€ που προκύπτει από την αναλογία είναι εξαιρετικά χαμηλή, ώστε να μπορεί οικονομικά να ανταπεξέλθει για να παραδίδει στους μαθητές ποσοτικό και ποιοτικό φαγητό. [...] Απορίας άξιο είναι πως θα μπορεί να ανταπεξέλθει ο προσωρινός ανάδοχος εφόσον η τιμή του μοσχαριού είναι 9 ευρώ το κιλό, ενώ και η ποσότητα που θα πρέπει να αγοράσει για κάθε μερίδα φαγητού

Αριθμός απόφασης: 1756/2023

είναι 200 γραμμάρια, συμπερασματικά προκύπτει ότι ανά μερίδα μοσχαριού μόνο για την αγορά του κρέατος θα πρέπει να δαπανήσει 1,80 ευρώ ανά άτομο...».

B) Από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς, προκύπτει ότι ο οικονομικός φορέας «...» διαμόρφωσε την προσφορά του σε 130.395,47€, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ήτοι σε 1,62€ ανά μερίδα φαγητού και επομένως, προσέφερε μη υπέρμετρη έκπτωση 19% επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης του εν λόγω διαγωνισμού, που ανέρχεται στο ποσό των 160.982,06€, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ήτοι σε 2,00€ ανά μερίδα φαγητού. Εξάλλου, η έννοια της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς («abnormally low offer»), δεν ορίζεται ρητά στις διατάξεις των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, αλλά αναφέρεται ως μια προσφορά για την οποία, ενόψει των ευνοϊκών όρων που περιέχει, δημιουργούνται αμφιβολίες για την σοβαρότητα ή τη φερεγγυότητά της, δηλαδή για τη δυνατότητα του προσφέροντος οικονομικού φορέα να εκτελέσει τη σύμβαση σύμφωνα με τους προσφερόμενους όρους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 4η έκδ., 2022, σελ. 555).

Περαιτέρω, σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εκτιμήσει εάν οι υποβληθείσες οικονομικές προσφορές είναι ασυνήθιστα χαμηλές, η δε υποχρέωσή της αυτή εξαρτάται από την προηγούμενη ύπαρξη αμφιβολιών όσον αφορά στην αξιοπιστία και στην φερεγγυότητα, καθώς ούτε η οδηγία 2014/24/ΕΕ, αλλά ούτε και ο ν. 4412/2016 καθορίζουν μέθοδο υπολογισμού των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ενώ δεν έχει εισέτι εκδοθεί η προβλεπόμενη από την εξουσιοδοτική διάταξη του άρθρου 88 παρ. 6 του ν. 4412/2016 απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων περί καθορισμού της μεθόδου και των κριτηρίων, δυνάμει των οποίων μία προσφορά κρίνεται ως ασυνήθιστα χαμηλή, καθώς και του τρόπου σύνδεσης των κριτηρίων αξιολόγησης των εν λόγω προσφορών με μηχανισμούς καταγραφής τιμών. Επομένως, μόνο εφόσον πράγματι προκύπτουν τέτοιες αμφιβολίες, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ζητήσει τις διευκρινίσεις που θεωρεί ενδεδειγμένες ως προς τη σύνθεση της προσφοράς, προτού ενδεχομένως την απορρίψει. Αντιθέτως, σε περίπτωση κατά την οποία η προσφορά δεν φαίνεται ως ασυνήθιστα χαμηλή, το ως άνω άρθρο δεν εφαρμόζεται.

Αριθμός απόφασης: 1756/2023

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή διαθέτει κατ' αρχάς ευρεία διακριτική ευχέρεια, κατ' εκτίμηση ιδίως της απόκλισης της οικονομικής προσφοράς κάθε διαγωνιζόμενου από την προϋπολογισθείσα δαπάνη του έργου, αλλά και σε συνδυασμό με τις λοιπές υποβληθείσες οικονομικές προσφορές, να χαρακτηρίσει συγκεκριμένη οικονομική προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή, υποχρεούμενη, όμως, στην περίπτωση αυτή να καλέσει τον διαγωνιζόμενο προς παροχή των αναγκαίων διευκρινίσεων, ως προς τη σύνθεση της προσφοράς του, η δε άσκηση της διακριτικής αυτής ευχέρειας υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο μόνο ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της. Επίσης, έχει κριθεί ότι δεν συνιστούν ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, οι ισχυρισμοί περί του ασυνήθιστα χαμηλού της οικονομικής προσφοράς συνδιαγωνιζόμενου, που ερείδονται μόνο στην κοστολόγηση της προσφοράς του οικονομικού φορέα και που προβάλλονται σε σύγκριση με τις τιμές του προϋπολογισμού, καθόσον η διαμόρφωση της προσφοράς κάθε διαγωνιζόμενου συναρτάται με οικονομοτεχνικούς παράγοντες που καθορίζονται ενόψει των ιδίων αυτού δεδομένων (ΕΑ ΣτΕ 208/2020, 165/2020). Άλλωστε, ο τυχόν δικαιολογημένος χαρακτήρας μιας χαμηλής προσφοράς θα αποβεί προς όφελος της αναθέτουσας αρχής με την ανάληψη της οικείας σύμβασης σε χαμηλό τίμημα (βλ. και υπ' αριθμ. 93/2019 απόφαση της Αρχής).

Εν όψει των ανωτέρω και δοθέντος ότι ο προσφεύγων προβάλλει αορίστως ισχυρισμούς που ερείδονται μόνο στην κοστολόγηση της δικής του προσφοράς και μάλιστα αποσπασματικά, αφού αναφέρεται σε ένα μόνο προϊόν (τιμή μοσχαριού/κιλό) και σε ένα μόνο κριτήριο (μεταφορικά έξοδα), χωρίς να επικαλείται ειδικές και συγκεκριμένες αιτιάσεις για το σύνολο των ειδών της διακήρυξης ή για μεγάλο μέρος αυτών και μάλιστα σε συνάρτηση με τα επικαλούμενα από τον προσωρινό ανάδοχο οικονομοτεχνικά στοιχεία, οι σχετικοί ισχυρισμοί του θα πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι. Καταληκτικά, η προσφορά του προσωρινού αναδόχου δεν θα μπορούσε να κριθεί κατ' αρχήν ως ασυνήθιστα χαμηλή, λόγω των ειδικότερων οικονομοτεχνικών παραγόντων που συντρέχουν στην επιχείρησή του (βλ. υποβληθέντα ηλεκτρονικά αρχεία για την κατάσταση του προσωπικού του αναδόχου, για τα πρότυπα που εφαρμόζει, για τον τεχνικό

Αριθμός απόφασης: 1756/2023

εξοπλισμό του κλπ), αλλά ούτε και να εδραιώσει αμφιβολίες όσον αφορά στην αξιοπιστία και στη φερεγγυότητά του. Συναφώς, ο 3^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί πρωτίστως ως απαράδεκτος (λόγω αοριστίας), αλλά και περαιτέρω, ως αβάσιμος.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και αντίστοιχα, θα πρέπει να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

9. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού επτακοσίων δώδεκα ευρώ και τριάντα ενός λεπτών (712,31€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 09^η Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 29^η Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ