

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 18 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 18-12-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1943/21-12-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία « *** » νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής « *** », νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της υπ' αριθ. 1648/6/04-12-2020 απόφαση του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής, καθ'ο μέρος απέρριψε την προσφορά του για το τμήμα 57, επιμέρους εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 186.345,00 ευρώ, στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. *** διακήρυξη, αθροιστικής εκτιμώμενης αξίας 42.111.923,89 ευρώ, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 27-7-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ *** την 4-8-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α *** .

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 κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. *** και ποσού 931,73 ευρώ.

2. Επειδή, με την εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, από 18-12-2020 κατατεθείσα προσφυγή του, στο πλαίσιο της εμπίπτουσας λόγω χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ και εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, στρέφεται κατά της από 9-12-2020 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος απεκλείσθη στο τμήμα 57, η δε αναθέτουσα υποβάλλει τις από 24-12-2020 Απόψεις της, ο δε προσφεύγων υποβάλλει το από 13-1-2021 Υπόμνημά του. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων απεκλείσθη με την ακόλουθη αιτιολογία «α) Σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.6 περ. α) της Δ. *** , για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει: «να διαθέτουν εμπειρία επιτυχούς εκτέλεσης συμβάσεων παροχής υπηρεσιών παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων (cook & serve) κατά τη διάρκεια των δύο (2) τελευταίων ετών (2018-2019), ύψους για κάθε έτος τουλάχιστον ίσο με το 120% της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ.». Σύμφωνα επίσης με την παράγραφο 2.2.9.2 Β.4 περ. α): «...Παρεχόμενες υπηρεσίες διάφορες από αυτές που αφορά η παρούσα διακήρυξη, δε θα ληφθούν υπόψη για την πλήρωση της συγκεκριμένης απαίτησης... Προκειμένου να διαπιστωθεί από την αναθέτουσα αρχή η καλή εκτέλεση των συμβάσεων του ως άνω αναλυτικού καταλόγου ο προσφέρων υποβάλλει μαζί με τον κατάλογο, αντίγραφα των συμβάσεων όσο και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης.....». Το ποσοστό του 120% της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης για το τμήμα 57 για το οποίο έχει κάνει προσφορά ο οικονομικός φορέας ανέρχεται στο ποσό των 223.614,00 ευρώ. Το συνολικό ποσό που δηλώνει ο οικονομικός φορέας στον κατάλογο κυριότερων έργων για το έτος 2018 είναι 295.815,37 ευρώ. Η 4η περίπτωση του καταλόγου για το 2018 αφορά σε συμβάσεις με το Χαρίσειο Γηροκομείο ποσού 106.534,23 ευρώ. Από τον έλεγχο των συμβάσεων αυτών καθώς και

από τις βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης παρατηρήθηκαν τα εξής: i) Μόνο το ποσό των 83.953,10 ευρώ αντιστοιχεί στο έτος 2018. ii) Δεν προκύπτει από τις συμβάσεις ούτε από τις βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης η μέθοδος παρασκευής των γευμάτων (cook & serve). Επομένως η περίπτωση 4 του καταλόγου του 2018 δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη και άρα δεν καλύπτεται το ποσοστό του 120% της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης για το έτος 2018. Συνεπώς η προσφορά με αριθ. ΕΣΗΔΗΣ *** κρίνεται απορριπτέα.». Άρα, κατά τους ανωτέρω όρους οι μετέχοντες όφειλαν για τα έτη 2018 και 2019 αυτοτελώς, να έχουν εκτελέσει συμβάσεις εκτελεσθείσες με τη μέθοδο παραγωγής και διανομής ζεστών/φρέσκων γευμάτων, συμβατικής άνευ ΦΠΑ αξίας για καθένα εκ των ως άνω αυτοτελών ετών (186.345,00X120%%=) 223.614,00 ευρώ. Κατά τον δε όρο 2.2.9.2.B4 ορίζεται ότι «B.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 υπηρεσίες παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων (cook & serve) των δύο (2) 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 την προσκόμιση των συμβάσεων και των βεβαιώσεων 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 για τις συμβάσεις αυτές. Σε κάθε περίπτωση, η Αναθέτουσα Αρχή, μπορεί να ζητά από τους οικονομικούς φορείς, τιμολόγια ή οποιοδήποτε έγγραφο κρίνει σκόπιμο προς απόδειξη των παραπάνω.». Άρα, η εκτέλεση των συμβάσεων, μεταξύ δε άλλων και το αντικείμενο της ως παραγωγής και άμεσης διανομής ζεστών/φρέσκων γευμάτων/cook and serve, έπρεπε να αποδειχθεί με στοιχεία της προσφοράς

και δη, με συμβάσεις και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης. Με την υπ' αριθμ. 0953056/7.8.2020 διευκρίνιση, ορίστηκε ότι «...Δ) Τα σημεία α και β της περ. Β. 4 της παρ. 2.2.9.2 (Αποδεικτικά μέσα, σελ. 27-28) της διακήρυξης τροποποιούνται και ισχύουν πλέον ως εξής: α) αναλυτικό κατάλογο, στον οποίο να αναφέρονται οι κυριότερες υπηρεσίες παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων (cook & serve) των δύο (2) 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 αντικείμενου της σύμβασης και της παρεχόμενης υπηρεσίας • ο αποδέκτης της παρεχόμενης υπηρεσίας • το συμβατικό χρονικό διάστημα • το εκάστοτε συμβατικό ποσό (αξία σύμβασης). Προκειμένου να διαπιστωθεί από την αναθέτουσα αρχή η καλή εκτέλεση των συμβάσεων του ως άνω αναλυτικού καταλόγου ο προσφέρων υποβάλλει μαζί με τον κατάλογο, αντίγραφα των συμβάσεων, όσο και 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 για τις συμβάσεις αυτές.» Η παραπάνω διευκρίνιση δεν τροποποίησε τίποτα όσον αφορά το αποδεικτικό αντικείμενο της υποβολής με την προσφορά, αντιγράφων των συμβάσεων, βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης και βεβαιώσεις ιδιωτικών φορέων. Ο δε προσφεύγων απεκλείσθη με την αιτιολογία ότι δεν τεκμηριώθηκε καθόλου με την προσφορά του το αντικείμενο cook and serve, για σειρά συμβάσεων με το *** γηροκομείο, ο μη συνυπολογισμός των οποίων επιφέρει τη μη πλήρωση του κατώτατου παραπάνω κατ' έτος ορίου. Κατά τους ως άνω όρους, τούτο έπρεπε να προκύπτει ή έστω να συνάγεται ή να δύναται να συναχθεί από τη σύμβαση και τη βεβαίωση εκτέλεσης, ενώ άλλωστε, αν η αναθέτουσα κατέλειπε περί τούτου αμφιβολία, δυνατό να ζητήσει διευκρινίσεις, μεταξύ άλλων και υποστηρικτικά τιμολόγια, υπό την προϋπόθεση πάντως ότι στα έγγραφα της προσφοράς, ήτοι τη σύμβαση, τη βεβαίωση εκτέλεσης ή και σε συνδυασμό με λοιπά έγγραφα της προσφοράς, πρέπει να υφίσταται ένα

καταρχήν έρεισμα και αναφορά που παραπέμπει σε πλήρωση των όρων της διακήρυξης (ώστε τυχόν να αποτελέσει αντικείμενο αποσαφήνισης), ήτοι εκτέλεσης με παραγωγή και άμεση διάθεση φρέσκων/ζεστών γευμάτων. Εν προκειμένω, η από 29-5-2017 σύμβαση του προσφεύγοντος με το ***, που υπεβλήθη με την προσφορά, αναφέρει ότι αναλαμβάνει να «τροφοδοτεί καθημερινά 2 φορές» το γηροκομείο με γεύματα, ενώ άλλωστε η σύμβαση παραπέμπει στον με αρ. πρωτ. *** διαγωνισμό, βάσει του οποίου ανέλαβε τη σύμβαση, το ίδιο δε και η από 23-5-2018 αντίστοιχη σύμβαση, που αναφέρει τα ίδια ακριβώς και παραπέμπει στον με αρ. πρωτ. *** διαγωνισμό, οι δε ανωτέρω συμβάσεις εξάλλου, καλύπτουν προφανώς και τις συμπροσκομισθείσες με την προσφορά, παρατάσεις τους. Η δε από 11-8-2020 βεβαίωση καλής εκτέλεσης του *** Υ, που υπεβλήθη με την προσφορά για να καλύψει το διάστημα από 1-6-2017 έως και 31-7-2019, αναφέρει ότι ο προσφεύγων «παρείχε καθημερινά και ανελλιπώς 2 πλήρη γεύματα ημερησίως (μεσημεριανό και βραδινό)». Επομένως, κατά τις συμβάσεις και τη βεβαίωση εκτέλεσης, το συμβατικό αντικείμενο αφορούσε την ανελλιπή σε καθημερινό επίπεδο και τακτικότητα, δις την ημέρα, παροχή γευμάτων, τα οποία ούτως παρασκευάζονταν και διανέμονταν άμεσα και τακτικά εντός της κάθε ημέρας σε δύο ωράρια εντός της υπ' αριθ. 1648/6/04-12-2020 απόφαση του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής ημέρας, μέθοδος εκτέλεσης που παρότι δεν αναφέρεται με την τεχνική ορολογία («cook and serve»), συνιστά ακριβώς τούτο, δηλαδή παραγωγή γευμάτων προς άμεση διάθεση και τούτο πέραν του όρου «έτοιμα γεύματα» στις ως άνω συμβάσεις, που δεν παραπέμπει σε παραγωγή γευμάτων προς άμεση διάθεση ή κατάψυξη, αφού ο όρος «έτοιμα γεύματα» παραπέμπει σε αμφότερες τις διαδικασίες και δεν δύναται να αποτελέσει έρεισμα προσδιορισμού οιασδήποτε εξ αυτών. Αντίθετα, η αναλυτική μνεία σε καθημερινή και ανελλιπή παράδοση μεσημεριανού και βραδινού, αν μη τι άλλο, δείχνει πως δεν είναι δυνατόν να παραδίδονται, στο υπ' αριθ. 1648/6/04-12-2020 απόφαση του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής πλαίσιο τακτικής, καθημερινής και ανελλιπούς παράδοσης για την κάλυψη καθημερινών προγραμματισμένων σε συγκεκριμένες ώρες, γευμάτων, κατεψυγμένων γευμάτων που θα ετοιμάζονται σε προγενέστερο

χρόνο και θα καταψύχονται (αφού για την εκτέλεση της σύμβασης αντίθετα, θα πρέπει να παραδίδονται 2 φορές την ημέρα για την κάλυψη προγραμματισμένων γευμάτων και άρα, προφανώς παρασκευάζονται αυθημερόν προς άμεση διανομή). Σε κάθε περίπτωση, επί τη βάσει των ανωτέρω, δικαιολογείτο από την αναθέτουσα να ζητήσει αποσαφηνίσεις κατ'άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016, αφού αυτές δεν θα οδηγούσαν στην το πρώτο υπ' αριθ. 1648/6/04-12-2020 απόφαση του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής την υποβολή στοιχείου περί του τρόπου εκτέλεσης, αλλά στην αποσαφήνιση με περισσότερες λεπτομέρειες του ήδη καταγραφέντος στα προσκομισθέντα με την προσφορά, τρόπου εκτέλεσης. Σε κάθε όμως περίπτωση, παρότι τα τιμολόγια δεν ήταν προσκομιστέα με την προσφορά, αλλά μόνο ως διευκρινίσεις που τυχόν ζητά η αναθέτουσα, τα σχετικά τιμολόγια που προσκομίζει ο προσφεύγων με την προσφυγή του και δύνατο να τα ζητήσει και η αναθέτουσα, αναφέρονται σαφέστατα σε ζεστά γεύματα, επιβεβαιώνοντας ούτως τα εκ των συμβάσεων και βεβαίωσης εκτέλεσης προκύπτοντα, περί μεθόδου cook and serve. Επομένως, δεν προκύπτει νομίμως αιτιολογημένη και ορθή η κρίση της αναθέτουσας περί μη προσμέτρησης των συμβάσεων με το *** υπέρ του προσφεύγοντος, οι οποίες αντίθετα προκύπτουν παραδεκτά επικληθείσες από αυτόν για το κριτήριο επιλογής 2.2.6, ως και καταρχήν παραδεκτώς στοιχειοθετηθείσες μετά των συμβάσεων και βεβαίωσης εκτέλεσης εκ των οποίων ήδη συνάγεται η εκτέλεση με μέθοδο cook and serve, η οποία δύνατο να επιβεβαιωθεί άλλωστε εκ των τιμολογίων που η αναθέτουσα δύνατο να ζητήσει διευκρινιστικά, πλην όμως παρέλειψε να ζητήσει. Επιπλέον, δεδομένου ότι κατά την αιτιολογία αποκλεισμού της προσβαλλομένης, αν μη τι άλλο οι συμβάσεις με το *** αφορούν το 2018 κατά 83.953,10 ευρώ από τα 106.534,23 ευρώ της δηλωθείσας από τον προσφεύγοντα στον οικείο κατάλογο του, αξίας τους,, σε συνδυασμό με ότι αυτός δήλωσε, χωρίς η αναθέτουσα να αντικρούει λοιπές για το 2018 συμβάσεις, αξίας 189.281,13 ευρώ, ακόμη και η προσμέτρηση των 83.953,10 ευρώ εκ των συμβάσεων του *** Υ, καταλήγει σε 273.234,23 ευρώ, ποσό δηλαδή που υπερβαίνει το κατ' έτος ελάχιστο απαιτούμενο όριο των 223.614,00 ευρώ. Συνεπώς, ασχέτως βασιμότητας ή μη

των ισχυρισμών του προσφεύγοντος ως προς τη μη προσμέτρηση για το 2018 και του υπόλοιπου ποσού συμβατικής αξίας με το *** , σε κάθε περίπτωση προκύπτει πως εσφαλμένα κρίθηκε αποκλειστέος κατά την ανωτέρω αιτιολογία.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα στο τμήμα 57 της διαδικασίας.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ *** και ποσού 931,73 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 1648/6/04-12-2020 απόφαση του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα στο τμήμα 57 της διαδικασίας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ *** και ποσού 931,73 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18-1-2021 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΚΟΣ ΧΡΗΣΤΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΞΕΝΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ