

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 11 Ιουνίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 11-5-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 993/12-5-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...-...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της διακήρυξης ...της αναθέτουσας ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗΣ-ΣΥΣΚΕΥΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΖΕΣΤΩΝ ΓΕΥΜΑΤΩΝ ΣΕ ΜΑΘΗΤΕΣ ΠΡΩΤΟΒΑΘΜΙΑΣ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ ΚΑΤΑ ΤΙΣ ΣΧΟΛΙΚΕΣ ΧΡΟΝΙΕΣ 2021-2022, 2022-2023 ΜΕ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΠΡΟΑΙΡΕΣΕΩΣ ΓΙΑ ΤΟ ΣΧΟΛΙΚΟ ΕΤΟΣ 2023 – 2024, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 224.335.075.50 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 15-4-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 23-4-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ...και δη,

όσον αφορά το τμήμα 69 ΔΗΜΟΣ ... εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 869.553,00 ευρώ. Η αναθέτουσα υπέβαλε τις από 20-5-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 21-5-2021 υπόμνημά του.

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 4.348 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας, υπαγόμενης λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, εμπροθέσμως ασκείται από τον επικαλούμενο μатаιωθέν εκ των προσβαλλόμενων όρων, ενδιαφέρον συμμετοχής του στο ως άνω συγκεκριμένο τμήμα, προσφεύγοντα η από 11-5-2021 προσφυγή, κατά της από 23-4-2021 δημοσιευθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ διακήρυξης, της οποίας ο προσφεύγων επικαλείται γνώση την 3-5-2021, ήτοι εντός του κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016 διαστήματος παραγωγής σχετικού τεκμηρίου γνώσης, και δη, όσον αφορά τον όρο 2.2.6.β και τις σχετικές περί αυτού διευκρινίσεις, επικαλούμενος, ότι καθ' ο μέρος ορίζουν ότι η ζητούμενη εμπειρία αναφέρεται και πρέπει να προκύπτει από 1 σύμβαση, αποκλεισμένης της επίκλησης περισσότερων συμβάσεων αθροιστικά, κατέστη αδύνατη ή ιδιαιτέρως δυσχερής η συμμετοχή του στο τμήμα αυτό. Πλην όμως, παρά τους ως άνω ισχυρισμούς του, ο ίδιος ουδόλως κατ' ορισμένο τρόπο επικαλείται ή αποδεικνύει δυνατότητα του να πληροί τον ως άνω όρο, ακόμη και με άθροισμα περισσότερων συμβάσεων, παρότι δεν προσβάλλει την όλη απαίτηση, αλλά κατά ρητή μνεία του δικογράφου του, μόνο καθ' ο μέρος ζητείται να πληρούται δια μίας σύμβασης. Παραπέμπει δε σε σχετικά της προσφυγής του, πλην όμως αυτά αφορούν όλως ασχέτως τις άδειες παραγωγής του και νομιμοποιητικά του έγγραφα, χωρίς να αποδεικνύουν ή να σχετίζονται με τυχόν προηγούμενες συμβάσεις που

εκτέλεσε και οι οποίες μάλιστα αθροιστικά θα κάλυπταν τον ως άνω όρο, αν δεν είχε εμφιλοχωρήσει η προσβαλλόμενη απαίτηση περί ειδικής κάλυψης του εκεί οριζόμενου ορίου εκτέλεσης, με μία σύμβαση. Τούτο, ενώ ο προσφεύγων δεν υπέβαλε καν προσφορά με τυχόν επιφύλαξη, με συνέπεια να έπρεπε να προκύπτει για το παραδεκτό της προσφυγής του, η αδυναμία ή το ιδιαίτερος δυσχερές της συμμετοχής αυτού ή τουλάχιστον να τύγχανε ορισμένης και στοιχειοθετημένης επίκλησης, πέραν από αόριστες και γενικόλογες αναφορές σε αδυναμία συμμετοχής του (βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΑΕΠΠ 336/2020, σκ. 31, ΣτΕ 182/2011 (ΑΣΦ), Ε.Α. 105/2011, 1145/2010, 916, 574/09, 1141/08, 1023/07 κ.α.). Συνεπώς, άνευ εννόμου συμφέροντος και άρα, απαραδέκτως, ασκείται η προσφυγή και τούτο ασχέτως ότι εν τέλει παρείχε επί του ως άνω ακριβώς τμήματος που αφορά η προσφυγή του, στήριξη σε τρίτο προς πλήρωση κριτηρίων επιλογής, χωρίς υποβολή κάποιας επιφύλαξης. Άνευ εννόμου συμφέροντος ασκούνται οι από 21-5-2021 παρεμβάσεις κατόπιν της από 13-5-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, δεδομένου ότι οι παρεμβαίνοντες μετέχουν σε διαφορετικά τμήματα από αυτό που αφορά η προσφυγή και επομένως, το έννομο συμφέρον τους προς διατήρηση του ως άνω προσβαλλόμενου όρου, καθ' ο μέρος αφορά το συγκεκριμένο τμήμα, κατά το πλαίσιο άσκησης της προσφυγής, δεν είναι άμεσο. Ούτε προκύπτει ότι άνευ ετέρου τυχόν ακύρωση του προσβαλλόμενου όρου στο πλαίσιο της νυν προσφυγής, θα οδηγήσει σε ματαίωση της διαδικασίας ή ακύρωση του προσβαλλόμενου όρου και ως προς τα λοιπά τμήματα πλην του τμήματος 69, επί του οποίου αποκλειστικά δύναται να περιοριστεί το τυχόν ακυρωτικό διατακτικό, η όποια τυχόν περαιτέρω επενέργεια σε άλλα τμήματα της διαδικασίας προϋποθέτει αυτοτελή εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, αυτοτελώς προσβλητή, η οποία άλλωστε δεν θα συνιστά αναγκαία κατ' άρ. 367 Ν. 4412/2016 συμμόρφωση στην Απόφαση της ΑΕΠΠ επί της νυν διαφοράς, αφού ακριβώς το σχετικό διατακτικό δεν δύναται παρά να περιοριστεί στο πλαίσιο του τμήματος 69, που αφορά η προσφυγή. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

3. Επειδή, ασχέτως των ανωτέρω και του απαραδέκτου της προσφυγής, όσον αφορά την ουσία αυτής, προκύπτουν τα εξής. Κατά το άρθρο 2.2.6. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (σελ.20) της Διακήρυξης προβλέπεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης Σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: ... β) κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2018-2019-2020) να διαθέτουν εμπειρία επιτυχούς εκτέλεσης μίας (1) σύμβασης παροχής υπηρεσιών παραγωγής, συσκευασίας και διάθεσης ζεστών γευμάτων στην οποία έχει γίνει χρήση της μεθόδου cook & serve, αξίας ίσης τουλάχιστον με το 80% της ετήσιας προϋπολογισθείσας αξίας της Σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για περισσότερα από ένα Τμήμα, το 80% της ετήσιας προϋπολογισθείσας αξίας προκύπτει από το άθροισμα της ετήσιας προϋπολογισθείσας αξίας των επιμέρους διεκδικούμενων Τμημάτων, χωρίς ΦΠΑ.». Επίσης, α) με το αρ. 155/Ζ2/7-5-2021 έγγραφο διευκρινίσεων, στο ερώτημα που ετέθη ορίσθηκε ότι «ΕΡΩΤΗΜΑ: β) κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2018-2019-2020) να διαθέτουν εμπειρία επιτυχούς εκτέλεσης μίας (1) σύμβασης παροχής υπηρεσιών παραγωγής, συσκευασίας και διάθεσης ζεστών γευμάτων στην οποία έχει γίνει χρήση της μεθόδου cook & serve, αξίας ίσης τουλάχιστον με το 80% της ετήσιας προϋπολογισθείσας αξίας της Σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για περισσότερα από ένα Τμήμα, το 80% της ετήσιας προϋπολογισθείσας αξίας προκύπτει από το άθροισμα της ετήσιας προϋπολογισθείσας αξίας των επιμέρους διεκδικούμενων Τμημάτων, χωρίς ΦΠΑ. Θέλουμε η αναθέτουσα να μας διευκρινίσει αν καλύπτει την απαίτηση της διακήρυξης, το ποσό της αξίας του τμήματος που μας ενδιαφέρει να προκύπτει αθροιστικά από περισσότερες από μία (1) συμβάσεις που έχει πραγματοποιήσει η εταιρεία μας (ίδιου αντικειμένου) στα έτη αναφοράς», η αναθέτουσα αρχή έθεσε την ακόλουθη απάντηση: «Με τον ως άνω όρο της διακήρυξης ζητείται εμπειρία επιτυχούς εκτέλεσης μιας (1) σύμβασης και συνεπώς η απαίτηση δεν πληρούται αθροιστικά από περισσότερες συμβάσεις.», β) με το αρ. ...έγγραφο διευκρινίσεων, στο ερώτημα που ετέθη «Η εταιρεία μας είχε υποβάλλει προσφορά για τα Τμήματα

Π.Ε. ...-ΔΗΜΟΙ: ...-..., Π.Ε....-ΔΗΜΟΣ: ..., Π.Ε. ...-ΔΗΜΟΣ: ... και Π.Ε. ...-...-ΔΗΜΟΣ: ..., βάσει της διαγωνιστικής διαδικασίας για την παροχή υπηρεσιών παρασκευής – συσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων σε μαθητές πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης κατά τη σχολική χρονιά 2019 -2020. Όπως είναι γνωστό, η εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία καθυστέρησε να τελεσφορήσει λόγω δικαστικών ενεργειών και εν τέλει η εταιρεία μας συνήψε μία (1) σύμβαση για τα τμήματα: Π.Ε. ...-ΔΗΜΟΙ:..., Π.Ε....-ΔΗΜΟΣ: ..., Π.Ε. ...-ΔΗΜΟΣ: ... και μία (1) σύμβαση για το Τμήμα Π.Ε. ...-...-ΔΗΜΟΣ: ..., σε διαφορετικούς χρόνους. Ωστόσο επειδή, όπως γίνεται αντιληπτό, οι συμβάσεις αυτές αφορούν το ίδιο σχολικό έτος, το ίδιο αντικείμενο και την ίδια διαγωνιστική διαδικασία, παρακαλώ διευκρινίστε μας αν δύναται να θεωρηθεί ως μία (1) σύμβαση.», η αναθέτουσα αρχή έδωσε την ακόλουθη απάντηση «ΑΠΑΝΤΗΣΗ 1 . Με τον ως άνω όρο της διακήρυξης ζητείται εμπειρία επιτυχούς εκτέλεσης μιας (1) σύμβασης και συνεπώς η απαίτηση δεν πληρούται αθροιστικά από περισσότερες συμβάσεις.» γ) με το αρ. 159/Ζ2/7-5-2021 έγγραφο διευκρινίσεων, στο ερώτημα που ετέθη «Ερωτάστε: Α) είναι αποδεκτό αντί της (ακραία περιοριστικής) απαίτησης για μία σύμβαση, η κάλυψη του όρου με περισσότερες συμβάσεις του ίδιου αντικειμένου ;...», έδωσε την ακόλουθη απάντηση: «Α) Η απόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου 2.2.6.β θα πρέπει να προκύπτει από μία (1) σύμβαση παροχής υπηρεσιών παραγωγής, συσκευασίας και διάθεσης ζεστών γευμάτων στην οποία έχει γίνει χρήση της μεθόδου cook & serve, αξίας ίσης τουλάχιστον με το 80% της ετήσιας προϋπολογισθείσας αξίας της Σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ για το σύνολο της υποβληθείσας προσφοράς, είτε αυτή αφορά ένα, είτε περισσότερα Τμήματα, είτε υποβάλλεται από έναν οικονομικό φορέα, είτε υποβάλλεται από ένωση εταιριών....», δ) με το αρ.163/Ζ2/7-5-2021 έγγραφο διευκρινίσεων, στο ερώτημα που ετέθη «Θα θέλαμε να μας απαντήσετε, εάν η εταιρία μας επιθυμεί να συμμετάσχει σε τμήματα συνολικής αξίας πχ 5.000.000 ευρώ εάν η απόδειξη του 80% πρέπει να προέρχεται για το σύνολο των τμημάτων στα οποία θα συμμετάσχουμε αποκλειστικά από μία (1) σύμβαση εντός της τριετίας 2018-2019-2020 ή από περισσότερες των μία (1) συμβάσεις η συνολική συμβατική

αξία των οποίων θα καλύπτει αθροιστικά το 80% της ετήσιας προϋπολογισθείσας αξίας των τμημάτων για τα οποία θα υποβάλλουμε προσφορά.», η αναθέτουσα αρχή έδωσε την ακόλουθη απάντηση «ΑΠΑΝΤΗΣΗ 6: Η απόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου 2.2.6.β θα πρέπει να προκύπτει από μία (1) σύμβαση παροχής υπηρεσιών παραγωγής, συσκευασίας και διάθεσης ζεστών γευμάτων στην οποία έχει γίνει χρήση της μεθόδου cook & serve, αξίας ίσης τουλάχιστον με το 80% της ετήσιας προϋπολογισθείσας αξίας της Σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ για το σύνολο της υποβληθείσας προσφοράς, είτε αυτή αφορά ένα, είτε περισσότερα Τμήματα, είτε υποβάλλεται από έναν οικονομικό φορέα, είτε υποβάλλεται από ένωση εταιριών.». Συνεπώς, προκύπτει και πάντως, εξ αρχής προέκυπτε με σαφήνεια από τον όρο 2.2.6.β της διακήρυξης, ανεξαρτήτως των απλώς επεξηγηματικών και βεβαιωτικών διευκρινίσεων, ότι εφόσον οικονομικός φορέας επιδιώκει στο πλαίσιο της νυν διαδικασίας να αναλάβει συγκεκριμένη σύμβαση που αφορά ως προς το φυσικό και οικονομικό της αντικείμενο ένα ή περισσότερα τμήματα, θα πρέπει να έχει ως προηγούμενη εμπειρία την εκτέλεση μιας αντιστοίχου περιεχομένου και υπηρεσιών (cook and serve) σύμβαση συνιστάμενο κατά μέγεθος και αντικείμενο στο 80% της εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας της σύμβασης, την οποία διεκδικεί να αναλάβει. Αυτό που επομένως δεν γίνεται δεκτό και προσβάλλει ο προσφεύγων είναι ότι δεν επιτρέπεται η πλήρωση της παραπάνω απαίτησης δια συνάθροισης περισσότερων διακριτών μεταξύ τους συμβάσεων. Δηλαδή, δεν αρκεί να έχει ο προσφέρων αθροιστική εμπειρία στο αντικείμενο των ζεστών γευμάτων ίση με το ζητούμενο όριο αξίας, αλλά θα ζητείται να έχει εκτελέσει τουλάχιστον 1 σύμβαση αντιστοίχου αντικειμένου, αξίας ίσης με το ζητούμενο όριο. Σε αντίθεση πάντως, με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος ο όρος αυτός ουδόλως προκύπτει ως δυσανάλογος ή αδικαιολόγητος σε σχέση με το υπό ανάθεση συμβατικό αντικείμενο ότι δεν τελεί σε εύλογη σχέση μέσων και σκοπού ως προς αυτό. Πράγματι, η εμπειρία που αποκτά ένας οικονομικός φορέας εκτελώντας σε ένα χρονικό πλαίσιο αναφοράς διάφορες επιμέρους συμβάσεις και παρέχοντας διάφορες επιμέρους υπηρεσίες του αυτού αντικειμένου, στο πλαίσιο μικρότερων επιμέρους συμβατικών αντικειμένων,

όπως και το άθροισμα των επιμέρους αξιών, δεν ισοδυναμεί ούτε αντιστοιχεί στην εμπειρία που αποκτά από την εκτέλεση μιας ενιαίας και ολοκληρωμένης σύμβασης της ίδιας αξίας. Τούτο διότι προδήλως διαφέρουν οι οργανωσιακοί πόροι, επιχειρηματικές δεξιότητες, τεχνικές επίλυσης κρίσεων και μεθοδολογίες εκτέλεσης, μεταξύ μιας ενιαίας σύμβασης συγκεκριμένης αξίας και περισσοτέρων επιμέρους μικρότερων συμβάσεων που απλώς αθροίζουν την ίδια αξία. Η συμβατική δε αξία δεν συνιστά ένα θεωρητικό μέγεθος, που μόνη η επίτευξη του δια κάθε τρόπου, γεννά και αποδεικνύει μια συγκεκριμένη πανομοιότυπη εμπειρία. Αντίθετα, η συμβατική αξία συνιστά περιγραφικό μέγεθος σχετικά με την περιπλοκότητα, την έκταση και το μέγεθος του φυσικού αντικείμενου της εκτελεσθείσας σύμβασης, με αποτέλεσμα τον αν αυτή αφορά μία ενιαία σύμβαση ή ένα άθροισμα μικρότερων επιμέρους συμβάσεων, να διαφοροποιεί την κτηθείσα εμπειρία καίρια και δη, ακόμη και σε μεγαλύτερο βαθμό από το ίδιο το καταρχήν μέγεθος της συμβατικής αξίας. Δηλαδή, η εκτέλεση 1.000 παραδόσεων αξίας 1.000 ευρώ κατά μέσο όρο έκαστη, δεν αντιστοιχεί στην ίδια, κατά ποιότητα, φύση και αντικείμενο, εμπειρία με αυτή που προκύπτει από την εκτέλεση 1 σύμβασης αξίας 1 εκ. ευρώ. Εξ ου και προκύπτουν άλλα προσόντα από τη μία εμπειρία και άλλα από την άλλη. Στην πρώτη περίπτωση, προκύπτει τυχόν δεξιότητα διαχείρισης πολλαπλών διαφορετικών και ταυτόχρονων πελατών και δυνατότητα του οικονομικού φορέα να αντιμετωπίζει με ταχύτητα τις διαφορετικές ανάγκες των επιμέρους αντισυμβαλλομένων του. Στη δεύτερη περίπτωση, προκύπτει ότι υφίσταται η αναγκαία οργανωτική υποδομή, επιχειρησιακή φερεγγυότητα και βάθος πόρων που επιτρέπουν την εκτέλεση μιας μεγάλου μεγέθου σύμβασης. Επιπλέον, άλλου είδους προβλήματα αντιμετωπίζονται στο πλαίσιο εκτέλεσης μικρού αντικείμενου συμβάσεων και δη, πολλαπλών, από αυτά που ανακύπτουν στο πλαίσιο μιας μεγάλου αντικείμενου σύμβασης. Συνεπώς, δεν υφίσταται ζήτημα υποδεέστερου ή υπέρτερου τρόπου κτήσης εμπειρίας, αλλά διαφορετικής φύσεως εμπειρίας μεταξύ της μίας και της άλλης περίπτωσης. Πολλώ δε μάλλον, η διαφοροποίηση είναι εντονότερη, όταν το αντικείμενο αφορά υπηρεσίες, όπως ακριβώς εν προκειμένω, η φύση των οποίων ακριβώς

συνίσταται στην παροχή τους σε διαρκές επίπεδο με τον ίδιο τρόπο και προς τον ίδιο σκοπό και με την εξασφάλιση των ίδιων προδιαγραφών, ιδίως δε, με έντονο το στοιχείο της αυτοπρόσωπης ανάμιξης του αναδόχου και του κρίσιμου ρόλου των δικών του προσωπικών ιδιοτήτων και επαγγελματικών ικανοτήτων στο τελικό αποτέλεσμα. Τα παραπάνω, σε ένα πλαίσιο, όπου ο ανάδοχος δεν παραδίδει απλώς και σε ρόλο επί της ουσίας ενδιάμεσου-χονδρεμπόρου, ένα τυχόν έτοιμο αγαθό που προμηθεύεται από ένα τρίτο, αλλά καλείται ο ίδιος να παρασκευάσει το αντικείμενο της υπηρεσίας, ήτοι τα γεύματα και να τα παρέχει στους ωφελούμενους, πράγμα που καταδεικνύει την άμεση συνάρτηση της συνάφειας με το νυν αντικείμενο της προηγούμενης πείρας του με την ικανότητα του να διαχειριστεί και να εκτελέσει τέτοιες εργασίες σε αντιστοίχου και αναλόγου εκτάσεως προηγούμενη σύμβαση. Άλλωστε, η παραπάνω εμπειρία πρέπει να αφορά και τη συσκευασία και τη διάθεση των γευμάτων και προδήλως διαφέρει η εμπειρία και η οργανωτική ετοιμότητα και ικανότητα που συνέχεια με την εκτέλεση σύμβασης συγκεκριμένης μείζονος αξίας με τις επιμέρους εμπειρίες σε συσκευασίες και διάθεση επί μικρότερου αντικειμένου συμβάσεων ούτε υφίσταται νόημα ή έννοια συνάθροισης εμπειρίας μικροτέρων εκτελέσεων, η οποία τυχόν ισοδυναμεί με την εμπειρία επί της εκτέλεσης μιας μείζονος ίσης με το άθροισμα τους, σύμβασης. Επομένως, ιδίως μάλιστα, σε σύμβαση όπως η νυν υπό ανάθεση, η παράμετρος του μεγέθους και έκτασης της προηγούμενης εκτελεσθείσας σύμβασης είναι ιδιαίτερως κρίσιμη, ως προς την ικανότητα του προσφέροντος να ανταποκριθεί σε οργανωτικές, επιχειρησιακές και τεχνικές απαιτήσεις και να δύναται εν γένει να διαχειριστεί ζητήματα και προβλήματα, που αφορούν ομοειδείς υπηρεσίες αντιστοίχου μεγέθους, όπως αυτή που προτίθεται πλέον να αναλάβει. Όπως δε επικαλείται και ο προσφεύγων, κατ' άρ. 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016, τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας θα πρέπει να συνδέονται και να είναι συναφή με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και τις ανάγκες που αυτό δημιουργεί, όπως και τους κινδύνους που αυτό, εκ του περιεχομένου του, δύναται να εμπλέκει. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα δεν προκήρυξε ως αντικείμενο την εκτέλεση πολλαπλών επιμέρους, μεταβλητών ανά περίπτωση απαιτήσεων,

υπηρεσιών προς διάφορους επιμέρους φορείς, αλλά την εκτέλεση μιας ενιαίας, ανά τμήμα, σύμβασης συγκεκριμένης έκτασης και μεγέθους. Επομένως, η πλέον συναφής με τέτοιο αντικείμενο εμπειρία, δεν είναι αυτή που συνίσταται σε πλείονες συμβάσεις, εκάστη μεγέθους μη συναφούς με το νυν υπό ανάθεση, αλλά αθροιστικά τυγχάνουσες να επιτύχουν μέγεθος συναφές με το νυν υπό ανάθεση. Και τούτο διότι, το κρίσιμο για το δικαιολογημένο ή μη του όρου συνίσταται στη φύση της νυν υπό ανάθεση σύμβασης και η συνάφεια της ζητούμενης απαίτησης με αυτή και εν προκειμένω, μία ενιαία σύμβαση δημοπρατείται και άρα, ευλόγως η προηγούμενη εμπειρία ορίζεται επί τη βάση μίας αντίστοιχης προηγούμενης σύμβασης και όχι επί τη βάση του μεγέθους αξίας, αποσυνδεδεμένου με τον τρόπο και τον αριθμό συμβάσεων με τον οποίο αυτή κτήθηκε. Άλλωστε, ο προσφεύγων φέρει το βάρος απόδειξης όχι τυχόν απλώς ύπαρξης εναλλακτικού τρόπου ρύθμισης των απαιτήσεων της διακήρυξης, αλλά αυτής καθαυτής της δυσαναλογίας και του αδικαιολογήτου των καταρχήν τεθέντων κατά διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, απαιτήσεων. Ούτε πάντως, διαμορφώθηκε κάποια τυχόν κοινή απαίτηση για όλα τα τμήματα, αποσυνδεδεμένη με την επιμέρους αξία αυτών, αλλά η απαίτηση που προσβάλλει ο προσφεύγων τέθηκε σε συνάρτηση με την επιμέρους αξία του κάθε τμήματος και άρα είναι και προς τούτο ανάλογη με το υπό ανάθεση αντικείμενο. Επιπλέον, είναι κρίσιμο άλλωστε, ότι η απαίτηση δεν διαμορφώνεται καν σε απαίτηση όντως μίας σύμβασης ίδιας αξίας με τη νυν υπό ανάθεση, αλλά σύμβασης απλώς αναλόγου με αυτή και δη, ανερχομένης στο 80% της αξίας της. Δεδομένου εξάλλου, ότι κατά τα αναμενόμενα θα επιτευχθούν και εκπτώσεις επί της εκτιμώμενης αξίας, στην πραγματικότητα η διακήρυξη απαιτεί μια προηγούμενη σύμβαση αξίας αντίστοιχης με την ευλόγως αναμενόμενη τελική συμβατική αξία του κάθε τμήματος. Επιπλέον, η ζητούμενη εμπειρία αναφέρεται αποκλειστικά σε έστω μία τέτοια προηγούμενη σύμβαση και όχι περισσότερες και άρα και προς τούτο, δεν προκύπτει ως τυχόν δυσανάλογη, με τον επιδιωκόμενο σκοπό. Τούτο, ενώ σημειωτέον, η απαίτηση για την προηγούμενη εκτέλεση όχι απλά μίας, αλλά και περισσότερων αντιστοίχου περιεχομένου και ίδιας αξίας και όχι απλώς 80% επί της αξίας της

εκτιμώμενης της υπό ανάθεση σύμβασης, είναι όλως συχνή απαίτηση σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και δη, ακόμη και με αντικείμενο προμήθειες, πολλώ δε μάλλον υπηρεσίες, όπου κατά τα ανωτέρω, υφίσταται το στοιχείο της διάρκειας και του βάθους χρόνου, όπως και της αυτοπρόσωπης σοβαρής ανάμιξης του αναδόχου και των προσωπικών του ικανοτήτων στο αποτέλεσμα. Ακόμη, ο προσφεύγων που δηλώνει πρόθεση συμμετοχής ειδικώς σε ένα συγκεκριμένο τμήμα και κατέβαλε και παράβολο προς το παραδεκτό της προσφυγής του, συναρτώμενο αποκλειστικά με την αξία αυτού, δεν έχει ούτως ή άλλως έννομο συμφέρον να προβάλει αιτιάσεις περί του ειδικότερου ζητήματος της στοιχειοθέτησης εμπειρίας δια μίας σύμβασης, ακόμη και στην περίπτωση διεκδίκησης περισσότερων τμημάτων, χωρίς ἴπάντως να αναιρείται, ότι και στην περίπτωση διεκδίκησης περισσότερων τμημάτων, πάλι ο προσφέρων προτίθεται να αναλάβει μια ενιαία σύμβαση αποτελούμενη από τα περισσότερα ορισθέντα τμήματα και ούτως και πάλι είναι εύλογη, η στοιχειοθέτηση προηγούμενης εμπειρίας επί τη βάσει μίας προηγούμενης σύμβασης. Εξάλλου, προδήλως η αποτελεσματικότητα μιας κουζίνας και ενός συστήματος διαχείρισης πρώτων υλών, παρασκευής γευμάτων και σερβιρίσματος-διανομής τους, σε σχέση με την ικανότητα εξυπηρέτησης μιας σύμβασης παρασκευής και παροχής-διανομής γευμάτων συγκεκριμένου μεγέθους, δεν κρίνεται με βάση το σύνολο των εν γένει γευμάτων που παρασκεύασε και διένειμε η επιχείρηση συνολικά στο πλαίσιο της διαχρονικής λειτουργίας της σε ένα συγκεκριμένο χρονικό πλαίσιο, ως και των αξιών αυτών, αλλά με βάση την εμπειρία σε ταυτόχρονη παρασκευή γευμάτων και εξυπηρέτηση σπιτιζομένων στο πλαίσιο μιας αντιστοίχου μεγέθους σύμβασης. Εξάλλου, όπως και η αναθέτουσα εξηγεί ευλόγως με τις Απόψεις της «Η ταυτόχρονη παροχή της αιτούμενης υπηρεσίας (διάθεση γευμάτων/ατομικών μερίδων ημερησίως σε έως 210.347 μαθητές) πρέπει να διενεργείται με ενιαίο, ομοίμορφο και ισότιμο προς όλους τους ωφελούμενους τρόπο, στα πλαίσια του τρόπου οργάνωσης και λειτουργίας εκάστης σχολικής μονάδας λαμβανομένου επιπλέον υπόψη του μεγάλου αριθμού των τόπων παροχής της υπηρεσίας, της έλλειψη αναγκαίων διαθέσιμων υποδομών κουζίνας και

εστιατορίου στους τόπους παροχής και της ανάγκης προσαρμοσμένης παροχής γεύματος, ανάλογα προς τις ειδικές διατροφικές απαιτήσεις και περιορισμούς των αποδεκτών.... το αντικείμενο της Σύμβασης αφορά όχι μόνο στην αυθημερόν παραγωγή (ειδική προετοιμασία και μαγείρεμα) ζεστών γευμάτων εν γένει αλλά επίσης και στην μεριδοποίηση, συσκευασία, μεταφορά και παράδοση φρεσκομαγειρεμένων, έτοιμων, ατομικών γευμάτων προοριζόμενων για παιδιά (cook & serve), της ίδιας ποσότητας, ποιότητας που οφείλει να είναι υψηλών προδιαγραφών και διατροφικών χαρακτηριστικών, εκτελούμενο συγχρόνως και υλοποιούμενο ημερησίως εντός περιορισμένου χρονικού διαστήματος σε περισσότερους του ενός τόπου παράδοσης.». Άλλωστε, το κριτήριο δεν θεσπίζεται καν επί τη βάσει της συνολικής αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης, που διαρκεί δύο έτη, αλλά του ενός εκ των δύο ετών της («ίσης τουλάχιστον με το 80% της ετήσιας προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ) και άρα, στην πραγματικότητα αφορά το 40% της υπό ανάθεση σύμβασης και δη, μη συνυπολογιζομένης της προαίρεσης, που αφορά τρίτο τυχόν έτος αυτής. Δηλαδή, η ζητούμενη σύμβαση αρκεί στο σύνολο της να αθροίζει το 40% της αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης προ ΦΠΑ και προαίρεσης και δη, ακόμη και αν η κατά τον όρο 2.2.6.β σύμβαση έχει διάρκεια μεγαλύτερη της ετήσιας. Περαιτέρω, δεν ζητήθηκε καν η επικαλούμενη ως εμπειρία σύμβαση να είναι συγκεκριμένης διάρκειας ή να συγκεντρώνει την απαιτούμενη αξία της σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα ή διάστημα αντίστοιχο με το διάστημα υπολογισμού της αξίας αναφοράς, ήτοι το ένα έτος, αλλά αρκεί να έχει οιαδήποτε συντομότερη ή μεγαλύτερη διάρκεια, που εμπίπτει εντός της τριετίας 2018-2020, με συνέπεια ο όρος να καθίσταται εισέτι ελαστικότερος. Ούτε άλλωστε, αποκλείεται η μία ζητούμενη σύμβαση να συνιστά τυχόν μια ανανεωθείσα και παραταθείσα ή επεκταθείσα σύμβαση με τον ίδιο αντισυμβαλλόμενο, ώστε τυχόν να προκύπτει ζήτημα αρχικής αξίας της σύμβασης. Επιπλέον, δεν ζητείται η σύμβαση να έχει τυχόν εκκινήσει εντός της τριετίας ή να έχει ήδη ολοκληρωθεί πριν την προσφορά, αφού ο όρος 2.2.6.β αναφέρει ότι αρκεί οι μετέχοντες «να διαθέτουν εμπειρία εκτέλεσης» και ο όρος 2.2.9.2.B4 ζητά βεβαίωση καλής εκτέλεσης και όχι βεβαίωση ολοκλήρωσης

ούτε εν γένει προκύπτει απαίτηση να είναι περατωμένη η επικαλούμενη σύμβαση, αποκλειομένων των υπό εκτέλεση συμβάσεων. Άρα, αρκεί από τη σύμβαση οποτεδήποτε και αν εκκίνησε ή ολοκληρώνεται, να προκύπτει κατά το διάστημα 2018-2020 εκτέλεση ίση με το 80% της ετήσιας αξίας της υπό ανάθεση διετούς διάρκειας, σύμβασης ή με το 40% της αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης χωρίς προαιρέσεις. Τα ανωτέρω εισέτι περαιτέρω καταδεικνύουν το μη δυσανάλογο του όρου 2.2.6.β. Συνεπώς, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του, ο προσφεύγων, καίτοι έφερε το βάρος απόδειξης και ορισμένης στοιχειοθέτησης και επίκλησης των ισχυρισμών του, ουδόλως στοιχειοθέτησε και απέδειξε το δυσανάλογο, άσχετο, ασύνδετο και αδικαιολόγητο με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και τα ευλόγως ζητούμενα για την αποτελεσματική του εκτέλεση, προσόντα, των ως άνω προσβαλλόμενων όρων. Περαιτέρω, αλυσιτελώς ο προσφεύγων συγχέει τον όλως διαφορετικού χαρακτήρα, όρο 2.2.6.α που ορίζει ότι «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), δύο (2) οποιωνδήποτε ετών, κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2018-2019-2020), ύψους κατά μέσο όρο των δύο επικαλούμενων ετών ίσο τουλάχιστον με το 90% της προϋπολογισθείσας ετήσιας αξίας της Σύμβασης χωρίς ΦΠΑ. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για περισσότερα από ένα Τμήμα, το 90% της προϋπολογισθείσας ετήσιας αξίας της Σύμβασης, προκύπτει από το άθροισμα της προϋπολογισθείσας ετήσιας αξίας των επιμέρους Τμημάτων χωρίς ΦΠΑ.», όρος που αφορά τη γενική επί cook and serve γευμάτων εμπειρία των μετεχόντων, αφού συνέχεται με την κατά μέσο όρο ετήσια αθροιστική εμπειρία τους σε παραγωγή και διάθεση ζεστών γευμάτων στο πλαίσιο τουλάχιστον δύο ετών δραστηριοποίησης και εν τέλει απαιτεί εντός της τριετίας, να προκύπτουν δύο έτη με συνολική τέτοια εμπειρία $2 \times 90\% = 180\%$ (90% μέσος όρων 2 ετών) της ετήσιας άνευ ΦΠΑ αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης ανά τμήμα. Αντίθετα, ο προσβαλλόμενος όρος 2.2.6.β αφορά όχι τη γενική επί παραγωγής και διάθεσης ζεστών γευμάτων

εμπειρία, αλλά την εκτέλεση εντός της τριετίας μιας τουλάχιστον ενιαίας και αυτοτελούς μείζονος σύμβασης με αντικείμενο την παραγωγή και διάθεση, ως και τη συσκευασία ζεστών γευμάτων. Άλλωστε, δεν υφίσταται καν επικάλυψη των δύο όρων, αφού όρος 2.2.6.α ζητά αθροιστικό 180% εντός διετίας, ο δε όρος 2.2.6.β ζητά το 80% να προέρχεται από μία σύμβαση, με πρόσθετο μάλιστα στοιχείο ότι η σύμβαση του όρου 2.2.6.β δεν χρειάζεται να αφορά διάστημα εντός μόνο ενός συγκεκριμένου έτους (αλλά μπορεί να διαρκεί μεταξύ περισσότερων ημερολογιακών ετών, πχ 6/2018-5/2019), αλλά και φέρει το πρόσθετο στοιχείο της συσκευασίας, που άλλωστε και πρέπει να συντρέχει στη 1 σύμβαση, αλλά και δύναται να καλύπτει μέρος της αξίας της σύμβασης του όρου 2.2.6.β, με συνέπεια να μην προκύπτει ταύτιση, επικάλυψη ή επανάληψη μεταξύ των δύο όρων. Επιπλέον, αορίστως και άνευ εννόμου συμφέροντος, ο προσφεύγων προβάλλει τη νομοθετική πρόβλεψη του άρ. 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περί του ότι «ότι «Εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία». Τούτο αφού ουδόλως επικαλείται και στοιχειοθετεί κατ' ορισμένο τρόπο, ότι αν τυχόν ασκούσε η αναθέτουσα την ως άνω ευχέρεια, θα δύνατο αυτός να πληροί την απαίτηση ούτε αναφέρεται σε οιαδήποτε σύμβαση που πληροί τις απαιτήσεις του όρου 2.2.6.β, η οποία όμως εκτελέσθηκε εκτός της τριετίας αναφοράς. Εξάλλου, αφενός η παραπάνω πρόβλεψη αναφέρεται σε ευχέρεια των αναθετουσών κατ' απόκλιση του καταρχήν κανόνα περί τριετούς διαστήματος αναφοράς προηγούμενης εμπειρίας επί συμβάσεων προμηθειών-υπηρεσιών και όχι σε υποχρέωση. Η οποία δε τέτοια ευχέρεια μάλιστα πρέπει να ερείδεται επί εκτίμησης τους περί διευκόλυνσης του ανταγωνισμού, αφετέρου ουδόλως ο προσφεύγων επικαλείται και δη, κατ' ορισμένο τρόπο ούτε όμως προκύπτει ότι ο προσβαλλόμενος όρος 2.2.6.β επέφερε τόσο μείζονα περιορισμό ανταγωνισμού, ώστε να μην δύνατο να επιτευχθεί επαρκές επίπεδο ανταγωνισμού, ειδικώς δε λόγω του τριετούς χρονικού διαστήματος αναφοράς του όρου 2.2.6.β ούτε τέτοιος ικανοποιητικός ανταγωνισμός αποκλείεται δια

μόνου του αποκλεισμού συγκεκριμένου οικονομικού φορέα. Συνεπώς, ο ως άνω ισχυρισμός προβάλλεται και άνευ εννόμου συμφέροντος, ως και αορίστως και δη και αορίστως και αναπόδεικτα, όσον αφορά την προσβολή της οικείας διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας να επιλέξει να μην ασκήσει την κατ' εξαίρεση και επιφυλασσόμενη επί περιπτώσεων ειδικής μη επίτευξης ανταγωνισμού, λόγω βραχύτητας του απαιτούμενου διαστήματος συνδρομής της απαίτησης, δυνατότητα αποδοχής εμπειρίας σε διάστημα πέραν της τριετίας, διακριτική ευχέρεια που ουδόλως προκύπτει ότι ασκήθηκε καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της. Περαιτέρω, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται την Πράξη ΕλΣυν 88/2020, η οποία έκρινε ως μη νόμιμο τον περιορισμό της απαιτούμενης εμπειρίας σε υπηρεσίες ειδικώς σχολικών γευμάτων, παράλληλα δεχόμενη ως νόμιμη και αναλογική την απαίτηση για εμπειρία σε μέθοδο cook and serve, καθώς ουδόλως εν προκειμένω η απαιτηθείσα προηγούμενη σύμβαση πρέπει να αφορά μόνο σχολικά γεύματα ή μαθητές ή σε κάθε περίπτωση περιορίζεται σε κάποιον ειδικότερο κύκλο ή τύπο ζεστών γευμάτων ή κοινό σιτιζομένων. Συνεπεία, όλων των ανωτέρω, οι προσβαλλόμενοι όροι, όπως διευκρινίσθηκαν κατά τα ανωτέρω, προκύπτουν εύλογοι και δικαιολογημένοι σε σχέση με το συμβατικό αντικείμενο και πάντως, ουδόλως προκύπτει εξ αυτών αδικαιολόγητος και δυσανάλογος περιορισμός του ανταγωνισμού, κατ' απόρριψη του συνόλου των ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθούν δε οι Παρεμβάσεις.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει τις Παρεμβάσεις.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11-6-2021 και εκδόθηκε στις 28-6-2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ**