

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 21 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.06.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 848/15.06.2022, Προδικαστική Προσφυγή της Ένωσης Εταιριών «...» και διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της υπ' αριθμ... Διακήρυξης και να επαναπροκηρυχθεί μετά την αναπροσαρμογή των επίμαχων όρων 2.2.6.1 Α, 2.2.6.1 Γ και 2.2.6.7.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την επίμαχη διακήρυξη με αρ. ... η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Δημόσιο Διεθνή Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό (Αρ. ΕΣΗΔΗΣ: ...) για τη σύναψη σύμβασης για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ ΤΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ» «ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΕΙΔΩΝ ΒΥΣ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ

ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ 2018-2019 ΚΑΙ 2015-2016 »- ΚΩΔ. ΠΡΑΞΗΣ/MIS (ΟΠΣ...) ΚΑΙ ΚΩΔ. ΠΡΑΞΗΣ/MIS (ΟΠΣ ...) ΑΝΤΙΣΤΟΙΧΑ ΣΤΟ «ΠΛΑΙΣΙΟ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΙΑΚΟΥ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΟΣ ΕΠΙΣΤΙΤΣΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΒΟΗΘΕΙΑΣ ΠΟΥ ΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΕΙΤΑΙ ΑΠΟ ΤΟ ... προϋπολογισμού 1.703.685,65€, πλέον ΦΠΑ. Οι ενδιαφερόμενοι θα πρέπει να υποβάλλουν προσφορά απαραίτητως για όλα τα είδη. Προσφορά η οποία θα δίδεται για ορισμένα από τα είδη ή για μέρος της προκηρυχθείσας ποσότητας, θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Οι ενδιαφερόμενοι είναι υποχρεωμένοι να υποβάλλουν ενιαία προσφορά, για όλα τα είδη.

2. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο e-παράβολο ύψους 8.550,00€ ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...).

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου ( αρ. 1.6 της διακήρυξης) περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Ε.Ε.Ε.Ε στις 16.05.2022, το δε πλήρες τεύχος της διακήρυξης αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 20.05.2022 και στο ΕΣΗΔΗΣ όπου έλαβε αρ. Συστήματος ....

4. Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 14.06.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 20.05.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις

παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2) και 360 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελη) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Εν προκειμένω, ο προσφεύγων, ο οποίος δραστηριοποιείται στην σχετική με το αντικείμενο της διακήρυξης αγορά, αναφέρει τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους του, ισχυριζόμενος ότι η συμπερίληψη των προσβαλλόμενων όρων τον αποκλείουν εν τοις πράγμασι από την διαγωνιστική διαδικασία και παραβιάζουν τους οικείους κανόνες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι *«... , αποτελούμε Ένωση Εταιρειών, το κάθε δε μέλος-εταιρεία αυτής δραστηριοποιείται σε μέρος ή στο σύνολο του φυσικού αντικειμένου και όλοι μαζί αθροιστικά στο σύνολο του φυσικού αντικειμένου του εν λόγω διαγωνισμού, έχοντας ήδη συμμετάσχει και αναλάβει σχετικούς διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων του ιδίου αντικειμένου και άρα, προδήλως συνιστούμε ενδιαφερόμενο προς συμμετοχή στον προκείμενο διαγωνισμό, προς τον σκοπό εξάλλου αυτόν, αποκλειστικά, συστήθηκε η εν λόγω Ένωση Εταιρειών (σχετικό 3). Συγκεκριμένα, η πρώτη εξ ημών συμμετέχουσα στην Ένωση εταιρεία «...» αποτελεί εταιρεία εμπορίας, επεξεργασίας και διακίνησης φρούτων και νωπών λαχανικών, καθώς και παραγωγής κονσερβοποιημένων φρούτων αλλά και ειδών παντοπωλείου, μεταξύ των οποίων και ειδών ΒΥΣ, η δε δεύτερη εξ ημών «... ..» και με διακριτό τίτλο «...», δραστηριοποιείται, μεταξύ άλλων, στην*

εκτροφή, σφαγή, επεξεργασία και εμπορία κρεάτων, ενώ η τρίτη εξ ημών «...» δραστηριοποιείται στην παραγωγή και τυποποίηση ελαιολάδου, πυρηνελαίου και σπορελαίων, ενώ όσον αφορά την προμήθεια και διανομή τροφίμων σε απόρους η εταιρία έχει αναλάβει και εκτελέσει επιτυχώς αρκετούς διαγωνισμούς του .... μέχρι το έτος 2014, αξίας περίπου 5.160.000€ και ακολούθως αρκετούς διαγωνισμούς προμήθειας και διανομής τροφίμων ..., αξίας πάνω από 6.000.000€,.. έχουμε εύλογο ενδιαφέρον, αλλά και εκ του νόμου και της διακήρυξης καταρχήν δικαίωμα για συμμετοχή μας στον συγκεκριμένο διαγωνισμό και προτιθέμεθα να συμμετέχουμε σε αυτόν για το σύνολο των ειδών της προμήθειας και τη συνολική ποσότητα κάθε είδους, όπως απαιτεί και η ίδια η Διακήρυξη, πλην όμως η συμμετοχή μας είτε αποκλείεται εξ αρχής είτε καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής από κάποιους όρους ... Έτσι, ως εξαρχής αποκλειόμενοι από την τελέσφορη συμμετοχή μας στον διαγωνισμό και από οποιαδήποτε πιθανότητά μας να αναλάβουμε την παραπάνω δημόσια σύμβαση, αλλά συγχρόνως και παρεμποδιζόμενοι ιδιαίτερως στη σύνταξη ορθής προσφοράς, αφού αυτή είναι αδύνατη δεδομένων των όρων της διαδικασίας, ..., οι οποίες παραβιάζουν την αρχή του ελεύθερου, υγιούς και επαρκούς ανταγωνισμού και της αναλογικότητας, βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου και διακινδυνεύουν την τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και συνεπώς δέον όπως ακυρωθούν». Επομένως, ο προσφεύγων θεμελιώνει καταρχήν παραδεκτώς, το πώς στοιχειοθετείται εκ μέρους του η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή όρων της υπό στοιχείο 1 της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη, στις 15.06.2022 σε ανάρτηση της προσφυγής στην 1<sup>η</sup> σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις από 27.06.2022 απόψεις της που κοινοποίησε στον προσφεύγοντα.

8. Επειδή, με την με αρ. 1234/2022 Πράξη της Προέδρου του 2ου Κλιμακίου, ορίσθηκε μεταξύ άλλων Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης η 21.07.2022.

Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω, νομίμως και καταρχήν παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 2ου Κλιμακίου, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

9. Επειδή σύμφωνα με τους επίμαχους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι

*«1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης  
Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής για την διανομή τους στους δικαιούχους του ... της Κοινωνικής Σύμπραξης ΠΕ ... με την ολοκληρωμένη υλοποίηση του Επιχειρησιακού Προγράμματος της Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής που χρηματοδοτείται από το ... Προς υλοποίηση του σκοπού της αποτελεσματικής και ταχείας εξυπηρέτησης του μεγίστου αριθμού των ωφελουμένων της παρούσας σύμβασης κρίνεται σκόπιμο η εφαρμογή ενός ολοκληρωμένου και κεντρικά συντονισμένου προγράμματος διαχείρισης διανομών των υπό προμήθεια ειδών και αγαθών, το οποίο θα επιτρέπει, μεταξύ άλλων, την αποτελεσματική ταυτόχρονη εξυπηρέτηση των ωφελουμένων ... στο σύνολο της Κοινωνικής Σύμπραξης ΠΕ ... τον καλύτερο συντονισμό των Κοινωνικών Εταίρων – μελών της Κοινωνικής Σύμπραξης, την τήρηση του χρονοδιαγράμματος όπως περιγράφεται στις εγκεκριμένες Πράξεις, τη δυνατότητα άμεσης προσαρμογής του προγραμματισμού της Αναθέτουσας Αρχής στην αντιμετώπιση ειδικών συνθηκών όπως για παράδειγμα μειωμένη προσέλευση ωφελουμένων σε έναν ή περισσότερους εκ των εταίρων της Κοινωνικής Σύμπραξης, κ.α. Το Έργο δημοπρατείται ενιαία, καθώς η Αναθέτουσα Αρχή έχει ως στόχο την προμήθεια όχι απλώς τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής, αλλά την παροχή μιας ολοκληρωμένης υπηρεσίας που ενοποιεί την ενδιάμεση/ προσωρινή αποθήκευση, πακετοποίηση, τη μεταφορά σε σημεία διανομής για τη διανομή σε ωφελούμενους, μαζί με την*

επιστροφή και αναδιανομή αδιάθετων, όπου απαιτείται, διατηρώντας το δικαίωμα της αναδιοργάνωσης προμήθειας και αναδιανομής των νωπών προϊόντων προς διαφορετικούς Κοινωνικούς Εταίρους σε περιπτώσεις μειωμένης προσέλευσης δικαιούχων, με τη διαδικασία της κυλιόμενης εναλλασσόμενης αναδιανομής. Επίσης, οι διανομές τροφίμων και ΕΒΥΣ δύναται να λαμβάνουν χώρα ομού και ενιαία σε κοινή διανομή, με απαιτήσεις κοινής και ενιαίας επίβλεψης, εποπτείας, διαχείρισης αδιάθετων και ανάγκη συγχρονισμένων επιμέρους μεταφορών, αναδιανομών και πακετοποίησης. Με δυνατότητα προσαρμογής κατά την εκτέλεση των διανεμόμενων ποσοτήτων και των συνθέσεων των πακέτων, ανάλογα με την εξάντληση αποθεμάτων και την απορρόφηση αυτών. Η υλοποίηση της δράσης απαιτεί έντονη και διαρκή συνεργασία με τους διάφορους κοινωνικούς εταίρους και φορείς υπό την κεντρική επιστασία του Δήμου ..., με αποτέλεσμα η όλη υλοποίηση του έργου να απαιτεί κεντρικά ελεγχόμενη, συντονισμένη, ενιαία υλοποίηση και προγραμματισμό. Κρίσιμο στοιχείο του φυσικού αντικείμενου και βασικός παράγοντας για την επίτευξη των στόχων που επιδιώκονται με την εκτέλεση της παρούσας σύμβασης, είναι η υλοποίηση των διανομών στους ωφελούμενους του ... στην Κοινωνική Σύμπραξη ΠΕ ... στο πλαίσιο ενιαίου «κεντροποιημένου» δικτύου, υπό τον κοινό και ενιαίο συντονισμό του ΔΗΜΟΥ ..., που θα επιτρέπει και θα διασφαλίζει: το συντονισμό των επιμέρους διανομών, τη λειτουργία κοινής κεντρικής δικτυωμένης εφοδιαστικής δομής, το διαρκή αναπρογραμματισμό μεταξύ των διανομών σε διάφορα σημεία της Κοινωνικής Σύμπραξης ΠΕ ..., → την επίβλεψη και αναδιανομή των τροφίμων σε ψύξη, των προσωρινά αδιάθετων σε σημεία άλλων Κοινωνικών εταίρων και οριστικά αδιάθετων προϊόντων προς κοινωνικούς σκοπούς (συσσίτια), κατ' εντολή της Αναθέτουσας Αρχής και εντός των ορίων της Κοινωνικής Σύμπραξης σύμφωνα με τις απαιτούμενες προδιαγραφές όπως περιγράφονται στον Οδηγό Εφαρμογής του προγράμματος, → τη δυνατότητα άμεσης εξυπηρέτησης δια των τυχόν αδιάθετων νωπών και οριστικά αδιάθετων ανά περίοδο αποθεμάτων περαιτέρω κοινωνικών σκοπών της Κοινωνικής Σύμπραξης ΠΕ ... κατά τις

προτεραιότητες που τυχόν προκύψουν κατά την εκτέλεση της προκείμενης σύμβασης και με απόφαση του Δήμου ... (υποστήριξη συσσιτίων Εκκλησίας κλπ), με τρόπο που τελικά και αυξάνει το κοινωνικό αποτύπωμα της όλης δράσης και βελτιώνει την αποτελεσματικότητα των διατιθέμενων πόρων και μειώνει το κόστος χρηματοδότησης κοινωνικής πολιτικής για την Αναθέτουσα αρχή. → την ενδιάμεση αποθήκευσή τους και την περαιτέρω προώθηση τους σε ασφαλείς συνθήκες στα επιμέρους κέντρα διανομής ή/ και αποθηκευτικές δομές ανά Κοινωνικό Εταίρο . Επιπρόσθετα, ο Δήμος ... θα πρέπει να μπορεί να ελέγχει σε κεντρικό επίπεδο συνολικού έργου και ανά εταίρο, τις παραγγελίες, τις απορροφήσεις και τις παραδόσεις των οικείων ποσοτήτων και των αξιών τους. Εν κατακλείδι, το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης συνίσταται στην προμήθεια, την οργάνωση σε κατάλληλες συσκευασίες, τη διανομή, την προσωρινή και ενδιάμεση αποθήκευση τροφίμων και ειδών Βασικής Υλικής Συνδρομής (ΒΥΣ) στο πλαίσιο του επιχειρησιακού προγράμματος επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής (ΕΠ ΕΒΥΣ) που χρηματοδοτείται από το ... της Κοινωνικής Σύμπραξης ΠΕ .... Πιο ειδικά, το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης αφορά σε: → την προμήθεια των ειδών του κατωτέρω πίνακα και, σύμφωνα με τους όρους και τις προδιαγραφές της παρούσας, → την ομαδοποίηση των συσκευασιών σε 2η συσκευασία ανάλογα με τις ζώνες θερμοκρασίας διατήρησης και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των προϊόντων, → την ενδιάμεση αποθήκευσή τους και την περαιτέρω προώθηση τους σε ασφαλείς συνθήκες στα επιμέρους κέντρα διανομής ή/ και αποθηκευτικές δομές ανά Κοινωνικό Εταίρο ή ανά Κοινωνική Σύμπραξη, → την «πακετοποίηση» των ειδών και αγαθών, → τη μεταφορά των αγαθών σε χαρτοκιβώτια ή τελάρα μίας χρήσης και η παράδοσή τους με κατάλληλα οχήματα στους χώρους διανομής, → την εκφόρτωση, τοποθέτηση και παράδοση αυτών ταξινομημένων ανά κατηγορία δέματος εντός των χώρων διανομής, → την υποβοήθηση των αρμόδιων υπαλλήλων στο έργο της διανομής στους ωφελούμενους στα οριζόμενα από τους κοινωνικούς εταίρους σημεία διανομής, → τη διανομή κατ οίκον σε

οικογένειες κατόπιν έρευνας της Υπηρεσίας του Δήμου ... → την αποθήκευση των ειδών που δεν διανεμήθηκαν κατά τη διανομή σε αποθηκευτικούς χώρους και τον προγραμματισμό αναδιανομών με βάση τις κατευθύνσεις της Αναθέτουσας Αρχής και της Αρχής Διαχείρισης του ..., → τη διανομή των ειδών από σταθερά σημεία-αποθήκες σε τακτά ωράρια σύμφωνα με τον χρονοπρογραμματισμό του έργου και κατόπιν συνεννόησης με τους Κοινωνικούς εταίρους – μέλη της Κοινωνικής Σύμπραξης ΠΕ ... → Την τήρηση απαραίγκλιτα των μέτρων ασφαλείας όπως ισχύουν την εκάστοτε περίοδο για την ασφάλεια των τροφίμων, τη διαφύλαξη της δημόσιας υγείας και την αποφυγή μετάδοσης του κορονοϊού (ή άλλων ιών με αντίστοιχα χαρακτηριστικά μετάδοσης, κ.λπ.) Οι ως άνω παράγοντες καθιστούν αναγκαία την ενοποιημένη ανάθεση και εκτέλεση του συνόλου του συμβατικού αντικειμένου. Και τούτο διότι, η υποδιαίρεση της σύμβασης, συνεπάγεται τεχνικές δυσκολίες στην εκτέλεση αυτής, αδυναμία συντονισμού των διαφορετικών εργολάβων καθώς και πιθανή αύξηση του κόστους εκτέλεσης. Κατόπιν των ανωτέρω, μοναδική λύση για την ορθή και επωφελή εκτέλεση του αντικειμένου της σύμβασης παρίσταται η μη υποδιαίρεση αυτής σε τμήματα. Οι προσφορές πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να δίδονται για το σύνολο των προς προμήθεια ειδών, και να περιλαμβάνουν ανά προϊόν/ αγαθό (τιμή προϊόντος για τα προϊόντα με σταθερή τιμή και ποσοστό έκπτωσης επί της τιμής του προϊόντος για τα προϊόντα των οποίων η τιμή εξαρτάται Δελτίο Τιμών της Περιφέρειας ... από την οποία προκύπτει η προσφερόμενη τιμή και συνολικό τίμημα για το σύνολο των προς προμήθεια ειδών. Τα υπό προμήθεια είδη, κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) :

(CPV) : Α/Α ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΣΥΣΚΕΥΑΣΙΑ CPV CODE ΠΟΣΟΤΗ ΤΑ ΤΙΜΗ/ Μ.Μ.  
ΑΞΙΑ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ ΦΠΑ ΑΞΙΑ ΜΕ ΦΠΑ

ΤΡΟΦΙΜΑ



## Αριθμός απόφασης: 1181 /2022

1 Κρέας βόειου 1 κιλού ..., Κρέας χοιρινό 1 κιλού, 3 Φέτα Π.Ο.Π. 400 gr , 4 Γραβιέρα 300 gr , 5 Πατάτες 2 κιλών, 6 Μήλα 2 κιλών, 7 Ελαιόλαδο Ελληνικό, ΕΞΑΙΡΕΤΙΚΟ ΠΑΡΘΕΝΟ 1 ltr , 8 Φακή. 500 gr, 9 Ζυμαρικά (κριθαράκι μέτριο) 500 gr, 10 Τόνος κονσέρβα σε νερό 160 gr, 11 Μέλι θυμαριού ή Μέλι πεύκου ή μίγμα αυτών 500 gr ,

### ΕΙΔΗ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ

12 Σκόνη για πλύσιμο ρούχων για πλυντήριο ρούχων τουλάχιστον 55 μεζούρες, 13 Σαμπουάν 400ml , 14 Υγρό απορρυπαντικό πιάτων 400ml, 15 Αφρόλουτρο 400ml 16 Υγρό Καθαριστικό γενικής χρήσης 1000 ml, 17 Πάνες Νο 4 ή 7-18 kg τουλάχιστον 20 τμχ., 18 Πάνες Νο 5 ή 11-25 kg τουλάχιστον 20 τμχ. , 19 Υγρό σαπούνι - κρεμοσάπουνο , 20 Χλωρίνη 750ml, 21 Αντισηπτικό τζελ χεριών

.... Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή ή μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης, όπου αυτό προβλέπεται) για το σύνολο των ποσοτήτων των προς προμήθεια ειδών του ανωτέρω Πίνακα. Η προσφορά των ενδιαφερομένων θα πρέπει να είναι εντός τόσο του συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού όσο και του ανά είδους ενδεικτικού προϋπολογισμού. **Οι ενδιαφερόμενοι θα πρέπει να υποβάλλουν προσφορά απαραίτητως για όλα τα είδη. Προσφορά η οποία θα δίδεται για ορισμένα από τα είδη ή για μέρος της προκηρυχθείσας ποσότητας, θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Οι ενδιαφερόμενοι είναι υποχρεωμένοι να υποβάλλουν ενιαία προσφορά, για όλα τα είδη.**

#### 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

2.2.6.1. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, κατά τα έτη 2018, 2019, 2020, και μέχρι την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης να έχουν εκτελέσει ορθώς: Α) Δύο (2)

τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών πλήρως ολοκληρωμένες, αξίας τουλάχιστον του 20% προϋπολογισμού της παρούσας (μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.), οι οποίες να περιλαμβάνουν: **A1) η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια ίδιων ή συναφών ειδών τουλάχιστον κατά 50% αυτών που αναφέρονται στην παρούσα και A2) η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια δύο ειδών νωπών κρεάτων, δύο ειδών νωπών τυροκομικών, δύο ειδών οπωροπωλείου και A3) η μία τουλάχιστον εξ αυτών να περιλαμβάνει δύο είδη βασικής υλικής συνδρομής (ΕΒΥΣ). Η συνάφεια των ειδών αποδεικνύεται για τα τρόφιμα βάσει των διατάξεων του ισχύοντος Κώδικα Τροφίμων και Ποτών και για τα ΕΒΥΣ βάσει του ΚΑΔ της κάθε δραστηριότητας. Η παραπάνω απαίτηση δεν δύναται να καλυφθεί από περισσότερες αθροιζόμενες μεταξύ τους συμβάσεις.**

B) Σύμβαση ή συμβάσεις οι οποίες θα περιέχουν το 50% ίδιων ή συναφών ειδών της παρούσας και το άθροισμα των ποσοτήτων των ίδιων ή συναφών αυτών ειδών να είναι ίσο ή μεγαλύτερο του 50% της ζητούμενης από τη διακήρυξη συνολικής ποσότητας του εν λόγω είδους

Διευκρινίζεται ότι: Αποδεκτές από την Αναθέτουσα Αρχή θα είναι μόνο βεβαιώσεις που αφορούν πλήρως ολοκληρωμένες συμβάσεις, κατά τα έτη 2018, 2019, 2020, και μέχρι τη δημοσίευση της παρούσας διακήρυξης. Προς απόδειξη των ανωτέρω υπό στοιχεία Α και Β, οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους, επί ποινή αποκλεισμού, τα ακόλουθα δικαιολογητικά: 1) Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία περιλαμβάνεται κατάλογος ειδών, σύμφωνα με το παρακάτω υπόδειγμα: Σύμβαση (Αριθμός & Ημερομηνία): .....

Γ) Δύο τουλάχιστον Συμβάσεις προμήθειας και διανομής τροφίμων σε πακέτο (όπου ως «πακέτο» ορίζεται το σύνολο περισσοτέρων του ενός προϊόντος, σε οποιαδήποτε μορφή συσκευασίας, που έχει διανεμηθεί σύμφωνα με τον προγραμματισμό για την κατανομή των ειδών της Αναθέτουσας Αρχής) σε τουλάχιστον δύο χιλιάδες (2.000) συνολικά

**φυσικά πρόσωπα, ωφελούμενους, με υπόδειξη κάποιου φορέα κατά τα έτη 2018, 2019, 2020, και μέχρι τη δημοσίευση της παρούσας διακήρυξης , οι οποίες θα πρέπει να περιέχουν (α) δύο τουλάχιστον νωπά ( π.χ τυροκομικά, κρέατα, οπωρολαχανικά) είδη, και (β) συσκευασμένα τρόφιμα γενικά.**

Ειδικότερα, ως διανομή, λογίζεται η οργάνωση των διαφορετικών ειδών σε πακέτα προς τους ωφελούμενους και η υποστήριξη της αναθέτουσας αρχής στην επί τόπου διανομή τους ή η απευθείας διανομή σε πακέτα στους ωφελούμενους όπως αναφέρθηκε προηγουμένως. Προς απόδειξη του ανωτέρω υπό στοιχείο Γ, οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους, επί ποινή αποκλεισμού, τα ακόλουθα δικαιολογητικά: 1) Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία περιλαμβάνεται κατάλογος ειδών, με αναλυτικά στοιχεία των κυριότερων παραδόσεων-διανομών που έλαβαν χώρα εντός ή/και εκτός Ελλάδος, σύμφωνα με το παρακάτω υπόδειγμα: Σύμβαση..... (Αριθμός & Ημερομηνία): .....

2.2.6.2 Με σκοπό την υποστήριξη του έργου της Κοινωνικής Σύμπραξης, ο οικονομικός φορέας στο πλαίσιο της παρούσας Διακήρυξης απαιτείται να υποστηρίξει στην επί τόπου διανομή των ειδών στους ωφελούμενους, καθώς και στην προσωρινή αποθήκευση των ειδών, σύμφωνα με τις οδηγίες της Αναθέτουσας Αρχής, περιλαμβάνοντας τις απαιτούμενες υπηρεσίες μεταφοράς, τηρώντας τις τεχνικές προδιαγραφές του κάθε είδους για τη μεταφορά, διανομή, αποθήκευση και συντήρησή τους, όπως αυτές περιγράφονται αναλυτικά στο παράρτημα II της παρούσας. Ο οικονομικός φορέας καλείται να αναλάβει την παροχή υπηρεσιών για την επί τόπου διανομή των ειδών στους ωφελούμενους και τη διευκόλυνση του έργου της Κοινωνικής Σύμπραξης, βάσει των ακόλουθων προϋποθέσεων: -τα απαραίτητα φορτηγά ψυγεία, υποχρεούνται να παραμένουν στο χώρο διανομής μέχρι την ολοκλήρωση αυτής και κατ' ανώτατο όριο για δέκα (10) ώρες, και - ο οικονομικός φορέας δεσμεύεται να υποστηρίξει το έργο των Κοινωνικών Συμπράξεων, που αφορά στην ανάληψη εκ μέρους του των υπηρεσιών για την επιτόπου διανομή των ειδών στους ωφελούμενους, για το χρονικό διάστημα που θα απαιτηθεί κατά την ημερομηνία παράδοσης των ειδών.

Ο οικονομικός φορέας αναλαμβάνει τη διαδικασία οργάνωσης και σύνθεσης των τελικών πακέτων παράδοσης των ειδών, διαθέτοντας τουλάχιστον δέκα (10) άτομα ανά διανομή, την απαιτούμενη υποδομή και τα ανωτέρω ακολουθώντας τις υποδείξεις της Αναθέτουσας Αρχής πάντα υπό την εποπτεία της αρμόδιας Επιτροπής Παραλαβής. Προς απόδειξη της πρόθεσής του να ανταποκριθεί στα προαναφερθέντα, ο Οικονομικός Φορέας υποβάλλει μαζί με την προσφορά του, επί ποινή αποκλεισμού, τα ακόλουθα δικαιολογητικά: Υπεύθυνη Δήλωση(υπόδειγμα παραρτήματος IV) με ρητή αναφορά στη δέσμευση που αναλαμβάνει σύμφωνα με τα όσα αναφέρονται ανωτέρω.

2.2.6.3 Για τα τρόφιμα σε ψύξη και δεδομένου ότι πρόκειται για ευαλλοίωτα είδη, εάν μέχρι το τέλος της προβλεπόμενης ημέρας παράδοσης για οποιοδήποτε λόγο και σε οποιοδήποτε σημείο διανομής δεν διανεμηθεί όλη η ποσότητα στους ωφελούμενους, τότε ο Ανάδοχος θα πρέπει να τα παραλάβει με δικά του κατάλληλα μεταφορικά ψυκτικά μέσα προκειμένου να τα μεταφέρει και να τα παραδώσει σε επιλέξιμες κοινωνικές δομές (πχ συσσίτια) που θα υποδείξει η Αναθέτουσα Αρχή σύμφωνα με τον συνολικό σχεδιασμό της. Προς απόδειξη της πρόθεσής του να ανταποκριθεί στα προαναφερθέντα, ο Οικονομικός Φορέας υποβάλλει μαζί με την προσφορά του, επί ποινή αποκλεισμού, τα ακόλουθα δικαιολογητικά: Υπεύθυνη Δήλωση (υπόδειγμα παραρτήματος IV) με ρητή αναφορά στη δέσμευση που αναλαμβάνει σύμφωνα με τα όσα αναφέρονται ανωτέρω.

....

2.2.6.7. Ο προσφέρων οικονομικός φορέας είναι υποχρεωμένος να λάβει όλα τα κατάλληλα μέτρα για τη σωστή μεταφορά και παράδοση των ειδών στον υποδεικνυόμενο από την αναθέτουσα αρχή τόπο παράδοσης. **Ο οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον δύο (2) φορτηγά για την μεταφορά και παράδοση των ειδών παντοπωλείου, τουλάχιστον δύο (2) φορτηγά για την μεταφορά και παράδοση των νωπών κρεάτων, τυροκομικών και**

**φρούτων και τουλάχιστον ένα (1) φορτηγό για τη μεταφορά των προϊόντων βασικής υλικής συνδρομής.** Απαιτείται επίσης κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς, επί ποινή αποκλεισμού, η προσκόμιση των αδειών κυκλοφορίας των οχημάτων καθώς και των αδειών ή εγκρίσεων καταλληλότητας από την Δ/ση Κτηνιατρικής ή άλλες αρμόδιες Υπηρεσίες, για τα μέσα μεταφοράς. Από τις προσκομιζόμενες άδειες κυκλοφορίας των οχημάτων ή τις άδειες/εγκρίσεις καταλληλότητας θα πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια το μεταφερόμενο είδος έτσι ώστε να καλύπτει όλα τα προς προμήθεια είδη.

10. Επειδή ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού και νομολογία επί της θέσπισης κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σε διαγωνιστικές διαδικασίες καθώς και θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος του ισχυρίζεται ότι:

**«1ος Λόγος Ακύρωσης Παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας Στην ως άνω Διακήρυξη, και συγκεκριμένα στην παράγραφο 2.2.6.1.A, που αφορά την Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, περιλαμβάνεται όρος μη νόμιμος, ο οποίος μας αποκλείει εξαρχής ή άλλως καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή μας στον εν λόγω διαγωνισμό και το περιεχόμενο του οποίου κείται σε ευθεία αντίθεση με τα οριζόμενα ανωτέρω και στη διάταξη της παρ. 1 του Άρθρου 18 (Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), του ν. 4412/2016,.... Ειδικότερα το σημείο 2.2.6-2.2.6.1Α της διακήρυξης αναφέρει: «.....». Με άλλα λόγια, οι απαιτήσεις που πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά, σύμφωνα με τα παραπάνω και δρουν άκρως περιοριστικά, είναι: α) Απαιτούνται δύο τουλάχιστον, πλήρως ολοκληρωμένες συμβάσεις, αξίας τουλάχιστον 340.737,00€ η κάθε μία. β) Η κάθε μία σύμβαση θα πρέπει να περιλαμβάνει την προμήθεια τουλάχιστον 11 ιδίων ή συναφών ειδών με αυτά που αναφέρονται στην παρούσα γ) ) η κάθε μία σύμβαση θα πρέπει να περιλαμβάνει την προμήθεια δύο ειδών νωπών κρεάτων, δύο ειδών νωπών τυροκομικών, δύο**

ειδών οπωροπωλείου δ) η μία τουλάχιστον εξ αυτών να περιλαμβάνει δύο είδη βασικής υλικής συνδρομής (ΕΒΥΣ). Η ένωση μας, παρόλο που αποτελείται από εταιρίες που έχουν πραγματοποιήσει η κάθε μια (πόσο μάλλον στο σύνολο τους) πολλαπλάσιο ετήσιο κύκλο εργασιών από τον προϋπολογισμό της προσβαλλόμενης διακήρυξης και πολλαπλάσιες παραδόσεις προϊόντων ομοειδών με την διακήρυξη τα έτη 2018,2019 και 2020, μέχρι και τη δημοσίευση της επίμαχης διακήρυξης, αποκλείεται εντούτοις από την συμμετοχή της στον εν θέματι διαγωνισμό, εξαιτίας της απαίτησης που ορίζει ότι θα πρέπει η κάθε μία σύμβαση εκ των δύο που απαιτούνται κατ'ελάχιστον, να πληροί τις απαιτήσεις των παραγράφων Α1 και Α2 του ως άνω άρθρου 2.2.6 Α και όχι έστω η μία εξ αυτών, σε συνδυασμό με τον όρο που ορίζει ότι «δεν είναι αποδεκτή η κάλυψη της απαίτησης από περισσότερες αθροιζόμενες μεταξύ τους συμβάσεις». Συγκεκριμένα τα έτη 2018 έως 2021, οι εταιρίες-μέλη της ένωσής μας, έχουν εκτελέσει επιτυχώς και σε ποσοστό 100%, ενδεικτικά, τις παρακάτω κυριότερες συμβάσεις: Α) Όσον αφορά την εταιρεία ...: ( παρατίθεται πίνακας) Β) Όσον αφορά την εταιρεία ...: ( παρατίθεται πίνακας), Γ) Όσον αφορά την εταιρεία ...: ( παρατίθεται πίνακας) Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της ένωσης εταιρειών μας στον τομέα προμήθειας τροφίμων και ειδών ΒΥΣ καλύπτει, τόσο ποσοτικά όσο και ποιοτικά, το φυσικό αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης που είναι η προμήθεια, η οργάνωση σε κατάλληλες συσκευασίες, η διανομή, ην προσωρινή και ενδιάμεση αποθήκευση τροφίμων και ειδών Βασικής Υλικής Συνδρομής (ΒΥΣ). Εντούτοις, η ένωση εταιρειών μας δεν μπορεί να λάβει μέρος στον επίμαχο διαγωνισμό διότι ζητείται από την Διακήρυξη οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να έχουν και να αποδεικνύουν εμπειρία προμήθειας τροφίμων και ειδών ΒΥΣ κατά τα έτη 2018, 2019, 2020 και μέχρι την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης, με την επίκληση και προσκόμιση δύο τουλάχιστον, πλήρως ολοκληρωμένων συμβάσεων, που η κάθε μία σύμβαση θα πρέπει να περιλαμβάνει την προμήθεια τουλάχιστον 11 ιδίων ή συναφών ειδών με αυτά που αναφέρονται στην επίμαχη διακήρυξη και η κάθε μία σύμβαση θα πρέπει να περιλαμβάνει την προμήθεια

δύο ειδών νωπών κρεάτων, δύο ειδών νωπών τυροκομικών, δύο ειδών οπωροπωλείου, ενώ η μία τουλάχιστον εξ αυτών να περιλαμβάνει δύο είδη βασικής υλικής συνδρομής (ΕΒΥΣ), χωρίς να δικαιολογείται γιατί αξιώνεται αριθμός δύο συμβάσεων που να περιέχουν έκαστη οπωσδήποτε όλα τα αξιούμενα από τους πληττόμενους όρους είδη (τουλάχιστον 11 ίδια ή συναφή είδη με αυτά που αναφέρονται στην επίμαχη διακήρυξη και τουλάχιστον δύο είδη νωπών κρεάτων, δύο είδη νωπών τυροκομικών και δύο είδη οπωροπωλείου), αφού η εμπειρία στην προμήθεια των τροφίμων και των ειδών ΒΥΣ που αξιώνονται από την Διακήρυξη, αποδεικνύεται κάλλιστα και από συμβάσεις προμήθειας τροφίμων που δεν περιλαμβάνουν η κάθε μία οπωσδήποτε όλα τα αξιούμενα από τους πληττόμενους όρους είδη, πολλώ δε μάλλον αφού η ένωσή μας, διαθέτει, μέσω της εταιρείας ...-μέλους αυτής, μία ολοκληρωμένη σύμβαση, πολλαπλάσιας αξίας από τον προϋπολογισμό της παρούσης (3.845.715,95€ - ...), που πληροί τις επίμαχες απαιτήσεις, ήτοι περιλαμβάνει τουλάχιστον 14 ίδια ή συναφή είδη με αυτά που αναφέρονται στην επίμαχη διακήρυξη και τουλάχιστον δύο είδη νωπών κρεάτων, δύο είδη νωπών τυροκομικών και δύο είδη οπωροπωλείου, καθώς και τουλάχιστον δύο είδη ΒΥΣ. Με άλλα λόγια, σε τι διαφέρει η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ενός οικονομικού φορέα που έχει εκτελέσει παραδόσεις τροφίμων ή/και ΒΥΣ, στα πλαίσια δύο συμβάσεων που περιλαμβάνουν, η κάθε μία όλα τα αξιούμενα είδη, από αυτήν ενός άλλου οικονομικού φορέα που έχει εκτελέσει παραδόσεις τροφίμων ή/και ΒΥΣ στα πλαίσια πολλών συμβάσεων, μεγάλης μεν αξίας αλλά που μόνο η μία εξ αυτών περιλαμβάνει όλα τα αξιούμενα είδη; Συναφώς έχει κριθεί (ΑΕΠΠ 1015/2019 σκ. 45): "...εφόσον το γεγονός ότι η σωρευτική πείρα επαρκεί για την εκτέλεση της οικείας σύμβασης, το εάν από τεχνικής απόψεως η σχετική πείρα έχει αποκτηθεί μέσω δύο ή περισσότερων χωριστών συμβάσεων και όχι από μια ενιαία συμφωνία θα πρέπει, υπό φυσιολογικές συνθήκες, να είναι αδιάφορο (βλ. σκ. 61 του Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση C-387/14, Esaprojekt Sp.z.o.o κατά Województwo Łódzkie). Ομοίως, έχει κριθεί ότι νόμιμα η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητά οι διαγωνιζόμενοι να αποδείξουν ότι διαθέτουν ικανοποιητικό

επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν, ακόμη και όταν ζητά μία τουλάχιστον παράδοση συναφούς κατά την φύση και τον προϋπολογισμό αγαθού ως ελάχιστου κριτηρίου τεχνικής καταλληλότητας του ενδιαφερόμενου να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί παραπάνω από μία «παραδόσεις» αρκεί να μην ζητεί περισσότερες «παραδόσεις» από όσες εύλογα θα μπορούσε να έχει εκτελέσει ο οικονομικός εντός μίας τριετίας (ΑΕΠΠ 22/2017 σκ. 19-20).» Σε κάθε περίπτωση τα θεσπιζόμενα κριτήρια καταλληλότητας ή ανάθεσης πρέπει να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, ενώ τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό πρέπει να δικαιολογούνται από κάποιο επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος και να μην τελούν σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου ότι συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του Δικαίου της Ένωσης (βλ. ΕΣ Τμ. Μείζονος - Επταμελούς Σύθεσης 3065/2014) Οι επίμαχοι όροι της διακήρυξης, είναι σαφώς αντίθετοι με την αρχή της αναλογικότητας και οδηγούν στον αποκλεισμό της ένωσης μας όσο και της συντριπτικής πλειοψηφίας των οικονομικών φορέων που δραστηριοποιούνται στον κλάδο των τροφίμων, από την προς ανάθεση σύμβαση, χωρίς να μπορεί να αιτιολογηθεί από κανέναν αντικειμενικό λόγο, αφού δεν εξυπηρετεί σε τίποτα την απόδειξη ικανότητας του φορέα να παραδίδει προμήθειες με τον ορθό τρόπο. Ο όρος αυτός περιορίζει δε τον ανταγωνισμό σε τόσο μεγάλο βαθμό που μόνο ελάχιστοι και συγκεκριμένοι οικονομικοί φορείς έχουν την δυνατότητα συμμετοχής σε αυτόν και συγκεκριμένα μόνο ένας ή δύο που είχαν την «τύχη» να αναλάβουν πάνω από μία συμβάσεις με δημόσιους φορείς και μόνο στα πλαίσια του επιχειρησιακού προγράμματος «ΕΠΙΣΙΤΙΣΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ» του ... που δημοπρατήθηκαν ενιαία. Και τούτο διότι, κατά πάγια τακτική οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών τροφίμων (εκτός των διαγωνισμών ... που θα αναφερθούμε παρακάτω) από διάφορους φορείς του



δημοσίου (Δήμοι, Περιφέρειες, Νοσοκομεία κτλ. και ειδικά αυτές που είναι μεγάλης αξίας, όπως ο εν θέματι διαγωνισμός) επί πολλά έτη διαχωρίζουν τις κατηγορίες τροφίμων ανά κατηγορίες (συνήθεις κατηγοριοποιήσεις είναι κρέατα, τυροκομικά, φρούτα, ελαιόλαδο, προϊόντα παντοπωλείου) ενώ υπάρχουν και πολλές περιπτώσεις διαγωνισμών που διαχωρίζουν ανά είδος (πχ ξεχωριστά το χοιρινό από το βόειο κρέας). Με αυτόν τον τρόπο σε κάθε είδος ή ομάδα συμμετέχουν συνήθως διαφορετικοί οικονομικοί φορείς με βάση το αντικείμενο τους και συνήθως κάθε διαγωνισμός έχει πολλούς αναδόχους, ενώ ακόμη και στην περίπτωση που ένας οικονομικός φορέας αναλάβει δύο διαφορετικές ομάδες (πχ κρέατα και φρούτα), τότε στις περισσότερες περιπτώσεις υπογράφονται ξεχωριστές συμβάσεις για κάθε τμήμα. Επιπλέον, οι διαγωνισμοί προμηθειών τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής του ... (πρόγραμμα ....) έχουν όντως την τελευταία τριετία 2019-2020-2021 (αλλά σε μεγάλο πλήθος διακηρύξεων από το 2020 και έπειτα) να προκηρύσσονται ενιαία (όπως η εν λόγω διακήρυξη) και οι οικονομικοί φορείς πρέπει να υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο των ειδών που πολλές φορές περιλαμβάνει πολλά και διαφορετικά είδη τροφίμων, καθώς και ειδών ΒΥΣ . Αυτές οι συμβάσεις όμως είναι εξαιρετικά λίγες (υπολογίζουμε ότι είναι λιγότερες από δέκα) και ακόμα λιγότεροι οι οικονομικοί φορείς που τις έχουν αναλάβει, όπως θα αναφερθούμε και παρακάτω. Έτι περαιτέρω, κατά την κοινή πείρα, είναι σχεδόν απίθανο έως αδύνατο, οι συμβάσεις που έχει συνάψει ένας οικονομικός φορέας με ιδιωτικούς φορείς να μπορούν να καλύψουν τις επίμαχες απαιτήσεις της διακήρυξης, όπως φαίνεται και από τις δικές μας συμβάσεις που επικαλούμαστε στους ανωτέρω πίνακες. Καθίσταται λοιπόν προφανές ότι είναι εξαιρετικά δύσκολο και είναι ελάχιστοι οι οικονομικοί φορείς που έχουν εκτελέσει δύο μάλιστα συμβάσεις που να πληρούν τις απαιτήσεις των προσβαλλόμενων σημείων 2.2.6.1 Α1 και Α2 της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, κατόπιν αναζήτησης προκηρύξεων και συμβάσεων στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), εντοπίσαμε μόνο δύο (2 !!!) οικονομικούς φορείς που πληρούν τα επίμαχα σημεία της διακήρυξης (να έχουν εκτελέσει 2 τέτοιες συμβάσεις), ήτοι οι εταιρείες

... και ..., προς απόδειξη δε του ισχυρισμού μας αυτού, επικαλούμαστε και προσάγουμε τις σχετικές συμβάσεις που εντοπίσαμε κατά την αναζήτησή μας (σχετικό 3). Εκ των ανωτέρω, συνάγεται σαφώς ότι ο περιορισμός αυτός που θέτει η Αναθέτουσα Αρχή: α) παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, δεδομένου ότι σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει οριστεί και είναι κατάλληλος, αναγκαίος και πρόσφορος για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού της Αναθέτουσας, ήτοι ατού της απόδειξης ότι ο οικονομικός φορέας έχει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να προβαίνει σε προσήκουσες παραδόσεις των προϊόντων, ή ότι τέθηκε για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (ΑΠ5/2013). β) παραβιάζει τις αρχές του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης, δεδομένου ότι προκαλεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό, εφόσον με την απαίτηση αυτή αποκλείονται οι οικονομικοί φορείς, όπως εμείς, που κατά τα λοιπά πληρούμε όλα τα κριτήρια επιλογής και όλες τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης, (ΑΕΠΠ Ε3/2018, 307/2020). Ειδικότερα, ο εν λόγω περιορισμός είναι προδήλως αναιτιολόγητος, καθώς η απαίτηση του σημείου αυτού αφορά απλά παραδόσεις τροφίμων και όχι κάποια ειδική τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ή σε κάποια εξειδικευμένη απαίτηση ή εμπειρία (όπως για παράδειγμα η απαίτηση για διανομή σε ωφελούμενους του σημείου 2.2.6.1Γ, η οποία όμως τίθεται ως διακριτό κριτήριο επιλογής της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας), που να αφορά τις ειδικές συνθήκες της παρούσας διακήρυξης. Με άλλα λόγια, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕλΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύμβασης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015). Με την εφαρμογή μάλιστα του συγκεκριμένου όρου ουσιαστικά ακυρώνεται η εφαρμογή

του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016 περί στήριξης σε ικανότητα τρίτων φορέων, αφού μόνο η εκτέλεση συγκεκριμένων και πολύ λίγων σε πλήθος συμβάσεων εμπίπτουν στους όρους της διακήρυξης και επομένως είναι αδύνατον σε οικονομικούς φορείς να μπορέσουν μέσω της στήριξης σε ικανότητα τρίτων φορέων να εκπληρώσουν το σημείο αυτό της διακήρυξης, πολλώ δε μάλλον αφού οι οικονομικοί αυτοί φορείς είναι και ανταγωνιστές μας. Ακόμη όμως και αν ήθελε υποτεθεί ότι θα μπορούσαμε να προσφύγουμε σε στήριξη τρίτου οικονομικού φορέα, μόνη της η δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτων κατ'άρ. 78 Ν. 4412/2016, δεν αρκεί για την κατάγνωση νομιμότητας κάθε είδους κριτηρίου επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ανεξαρτήτως περιεχομένου, απαίτησης και διατυπώσεων αυτού του κριτηρίου, πλην όμως η δυνατότητα αυτή θα πρέπει να συνεκτιμάται μετά του ανά περίπτωση κινδύνου δραστικού περιορισμού του ανταγωνισμού, κατά την εξέταση της τυχόν δυσαναλογίας του. Τούτο, διότι η ως άνω στήριξη δεν παρέχεται κατά κανόνα ατελώς από τους στηρίζοντες φορείς, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση άμεσα ή έμμεσα συνήθως μετέχουν στο επιχειρηματικό κέρδος από την τυχόν ανάθεση της σύμβασης, προκειμένου να συμπράξουν. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα να μην οι στηριζόμενοι φορείς να επιλύουν το θέμα απόκρισής τους στους όρους της διακήρυξης, χωρίς όμως να δύνανται να ανταγωνιστούν επί ίσοις όροις τους μη στηριζόμενους οικονομικούς φορείς, αφού στο δικό τους κόστος συμμετοχής στον διαγωνισμό ως και το μέγεθος της οικονομικής τους προσφοράς θα πρέπει να συνυπολογίσουν και το ειδικότερο κόστος που επάγεται η στήριξη από τους έτερους φορείς. Τα παραπάνω έχουν ιδιαίτερα μάλιστα σημασία, όταν ο διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής, όπως εν προκειμένω, όπου δηλαδή η επιλογή θα λάβει αποκλειστικά χώρα βάσει οικονομικής προσφοράς, άρα το κόστος της τελευταίας έχει καίρια σημασία για την ανταγωνιστικότητα της συμμετοχής του υποψηφίου αναδόχου και την εκ μέρους του δυνατότητα επίτευξης ανακήρυξης του σε ανάδοχο. Και αυτό, αφού τα κριτήρια επιλογής που, περιορίζοντας τις δυνατότητες συμμετοχής,

υποχρεώνουν τον υποψήφιο να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, του επιρρίπτουν έτσι ένα μη αμελητέο κόστος με το οποίο επιβαρύνεται η προσφορά του, άρα και η δυνατότητα εκ μέρους του υποβολής της προσφοράς με τη χαμηλότερη τιμή, στην ουσία θέτουν δυσμενή εις βάρος του διάκριση, αίρουν την ισότιμη μεταχείρισή του και σε κάθε περίπτωση μειώνουν την αποτελεσματικότητα του εκ μέρους του ασκούμενου ανταγωνισμού, αφού η δική του δυνατότητα διαμόρφωσης χαμηλής τιμής τελεί υπό σοβαρό περιορισμό, η δε ευχέρεια στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων, δεν αίρει κατ' αποτέλεσμα το ανταγωνιστικό αντικίνητρο. Άρα η ευχέρεια αυτή δεν αποκλείει τον κατά τα ως άνω έλεγχο των κριτηρίων επιλογής, βάσει της σύνδεσης τους με το αντικείμενο της σύμβασης, του απαραίτητου, κατάλληλου και ανάλογου ως προς το περιεχόμενό της χαρακτήρα τους και του περιορισμού του ανταγωνισμού. Αυτά ισχύουν περισσότερο, ιδίως σε περιπτώσεις όπως η προκείμενη, όπου ο ανταγωνισμός είναι ήδη περιορισμένος, σύμφωνα με τα ανωτέρω, (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1983, C-322/81 *Michelin I*, Συλλογή 1983, σ. 3461, σκ. 57, Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα, σε Συνεκδ. Υποθ. C-395-396/96P *Compagnie Maritime Belge*, Συλλογή 2000, σ. I-1365, σκ. 137, Απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 1996, C-333/94P *Tetra Pak II*, Συλλογή 1996, σ. I-5951, σκ. 28, 31, 48, 7 ΠΕΚ, Απόφαση της 7ης Οκτωβρίου 1999, T-228/97, *Irish Sugar* κατά Επιτροπής, Συλλογή 1999, σ. II-2969, σκ. 185 και ΠΕΚ, Απόφαση της 8ης Οκτωβρίου 1996, Συνεκδ. Υποθ. T-24-26 & 28/93 *Compagnie Maritime Belge*, Συλλογή 1996, σ. II-1201, σκ. 106-107, περί της επιταμένης ανάγκης προστασίας του ανταγωνισμού σε αγορές με ήδη υψηλή συγκέντρωση και εν γένει περιορισμένο ανταγωνισμό), άρα η όποια στήριξη από τρίτους φορείς, αφενός δεν είναι ευχερής, αφετέρου κατά τεκμήριο τείνει, λόγω περιορισμένου αριθμού δυνάμενων να στηρίξουν φορέων, προς υψηλό κόστος (ΑΕΠΠ 39/2017, σκ.7). Σε κάθε περίπτωση, η κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτων συνιστά μεν ένα μέσο διευκόλυνσης συμμετοχής και τόνωσης του ανταγωνισμού, αλλά δεν θεραπεύει την παρανομία αδικαιολόγητων όρων, αφού η δυνατότητα σε τέτοια στήριξη συνυπάρχει

νομοθετικά με τις εκ των άρ. 18 παρ. 1 («1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού[...] (έτσι ad Hoc ΕΑΔΗΣΥ 640/2022 για τον ίδιο όρο»)). Εάν ήθελε υποτεθεί ότι τα επίμαχα σημεία της διακήρυξης είναι νόμιμα και πρόσφορα προκειμένου η Αναθέτουσα Αρχή να διασφαλισθεί ότι ο υποψήφιος ανάδοχος διαθέτει την κατάλληλη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα προκειμένου να εκτελέσει επιτυχώς την σύμβαση και ανάλογοι όροι μπορούν να έχουν εφαρμογή και στο μέλλον, αυτό θα οδηγήσει με μαθηματική ακρίβεια σε πρωτοφανή στρέβλωση του ανταγωνισμού και σε μονοπώλιο ή στην καλύτερη περίπτωση ολιγοπώλιο των ελάχιστων οικονομικών φορέων που έχουν εκτελέσει τις συγκεκριμένες λιγοστές συμβάσεις που πληρούν τα κριτήρια του σημείου 2.2.6.1. της διακήρυξης, αφού σε οικονομικούς φορείς όπως ο δικός μας, δεν θα δοθεί ποτέ η ευκαιρία να αναλάβουν τέτοιου είδους συμβάσεις, λόγω των επίμαχων, άκρως περιοριστικών όρων. Από τα ανωτέρω αποδεικνύεται ότι η πληττόμενη απαίτηση που τίθεται με την Διακήρυξη είναι σπάνια στην αγορά και θέτει εμπόδιο στον ελεύθερο και υγιή ανταγωνισμό, ευνοώντας αδικαιολόγητα συγκεκριμένους προμηθευτές και αποκλείοντας αδικαιολόγητα προμηθευτές που είναι ικανοί να αναλάβουν την σύμβαση, όπως η ένωση εταιρειών μας, ενώ με δεδομένο ότι κριτήριο ανάθεσης είναι αποκλειστικά η τιμή, αντίκειται και στο δημόσιο συμφέρον αφού, λόγω της έλλειψης επαρκούς ανταγωνισμού, το πιθανότερο είναι να αναληφθεί η σύμβαση σε υψηλή τιμή. Εν κατακλείδι και συνοψίζοντας, η ένωση εταιρειών μας, ενώ έχει την ικανότητα να προμηθεύσει και να διανείμει τα υπό προμήθεια είδη, αποκλείεται, αδικαιολόγητα, εξ αρχής από την συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό, αφού δεν καλύπτει το ως άνω κριτήριο τεχνικής ικανότητας, καθώς δεν μπορεί να προσκομίσει δύο, παρά μόνο μία, πλήρως ολοκληρωμένες συμβάσεις, που η κάθε μία σύμβαση να περιλαμβάνει την προμήθεια τουλάχιστον 11 ίδια ή συναφή είδη με αυτά που αναφέρονται στην επίμαχη

διακήρυξη, καθώς και την προμήθεια δύο ειδών νωπών κρεάτων, δύο ειδών νωπών τυροκομικών και δύο ειδών οπωροπωλείου, χωρίς να δικαιολογείται χωρίς να δικαιολογείται από κάποιον αντικειμενικό σκοπό, σύμφωνα με τα όσα αναλύθηκαν παραπάνω, γιατί αξιώνεται αριθμός δύο συμβάσεων που να περιέχουν έκαστη οπωσδήποτε όλα τα αξιούμενα από τους πληττόμενους όρους είδη (τουλάχιστον 11 ίδια ή συναφή είδη με αυτά που αναφέρονται στην επίμαχη διακήρυξη και τουλάχιστον δύο είδη νωπών κρεάτων, δύο είδη νωπών τυροκομικών και δύο είδη οπωροπωλείου), αφού η εμπειρία στην προμήθεια των τροφίμων και των ειδών ΒΥΣ που αξιώνονται από την Διακήρυξη, αποδεικνύεται κάλλιστα και από συμβάσεις προμήθειας τροφίμων που δεν περιλαμβάνουν η κάθε μία οπωσδήποτε όλα τα αξιούμενα από τους πληττόμενους όρους είδη, πολλώ δε μάλλον αφού η ένωσή μας, διαθέτει, μέσω της εταιρείας ...-μέλους αυτής, μία ολοκληρωμένη σύμβαση, πολλαπλάσιας αξίας από τον προϋπολογισμό της παρούσης (3.845.715,95€ -...), που πληροί τις επίμαχες απαιτήσεις, ήτοι περιλαμβάνει τουλάχιστον 14 ίδια ή συναφή είδη με αυτά. Έτσι οι παραπάνω όροι της Διακήρυξης, σύμφωνα με όσα αναλύθηκαν ανωτέρω, αποκλείουν αδικαιολόγητα την ένωση εταιρειών μας, ως δήθεν μη πληρούσα κριτήριο ποιοτικής επιλογής, το οποίο όμως παραβιάζει την γενική αρχή του ανοίγματος της διαδικασίας στον υγιή ανταγωνισμό, την αρχή της αναλογικότητας και το δικαίωμα ισότιμης πρόσβασης των διαγωνιζομένων στην συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης. Διότι δεν πρόκειται για κριτήριο το οποίο, με βάση το φυσικό αντικείμενο του Διαγωνισμού, η ένωση εταιρειών μας δεν μπορεί να καλύψει. Εξάλλου, ως έχει κριθεί: «...από τη στιγμή που οι όροι εκτελέσεως συγκεκριμένης συμβάσεως μπορούν κατ' αρχήν να πληρούνται με σωρευτική επίκληση των ικανοτήτων και της πείρας περισσότερων οικονομικών φορέων, θα ήταν κατά μείζονα λόγο παράλογο να αποκλειστεί a priori η δυνατότητα σωρεύσεως της πείρας και των ικανοτήτων τις οποίες ο ίδιος οικονομικός φορέας απέκτησε όντως στο πλαίσιο διαφορετικών συμβάσεων» (βλ. C-387/14, Esaprojekt Sp. z.o.o κατά Województwo Łódzkie, σκ. 82-88). Τέλος, επικαλούμαστε την με αριθ. 640/2022 απόφασή της Αρχής Σας, η οποία

ακύρωσε τους ίδιους ακριβώς όρους του διαγωνισμού του Δήμου ..., κρίνοντας, μεταξύ άλλων, τα εξής: «[...]Επιπλέον πάντως, ναι μεν είναι εύλογο η φερεγγυότητα του αναδόχου να προσδιορίζεται και από τις εντός πρόσφατου διαστήματος παραδόσεις του. Πλην όμως δεν δικαιολογείται από την αναθέτουσα ούτε προκύπτει ως εύλογο εν προκειμένω, η φερεγγυότητα αυτή υπό μορφή εμπειρίας, ιδίως ενόψει της φύσης του αντικειμένου που η εμπειρία αυτή αφορά, ήτοι πώλησης κοινών καταναλωτικών αγαθών, όπως τροφίμων και ΒΥΣ (και επομένως, δεν υφίσταται παράμετρος που από μόνη της καθιστά εύλογο ένα ανά παράδοση ελάχιστο όριο, προκειμένου να ληφθεί υπόψη, όπως επί παραδείγματι σε κάποιο αντικείμενο εξειδικευμένης φύσης ή σχετικό με εξυπηρέτηση συγκεκριμένων οργανωσιακών αναγκών, το μέγεθος και η έκταση των οποίων μεταβάλλει και την ίδια τη φύση του έργου του αναδόχου, με αποτέλεσμα να μην αρκεί η συναθροίση άνευ ελαχίστου ορίου ανά επιμέρους παράδοση), να συναρτάται όχι με έναν αθροιστικό όγκο παραδόσεων ομοειδών αγαθών σε όρους αξίας (διότι στον πρόσθετο όρο 2.2.6.1.Β, για τις ποσότητες, η ζητούμενη εμπειρία ορίζεται αθροιστικά δια συνόλου παραδόσεων, χωρίς ελάχιστο όριο, κάτω από το οποίο μια επιμέρους παράδοση δεν λαμβάνεται υπόψη), αλλά με την επίτευξη ελάχιστων επιμέρους αξιών στο πλαίσιο διακριτών συμβάσεων, εκάστη εκ των οποίων πρέπει να συναθροίζει μια σειρά επιμέρους ειδών ενιαία. Σημειωτέον, ότι για την ενιαία δημοπρατούμενη στη νυν διαδικασία, υπηρεσία της διανομής, βλ. επόμενη σκέψη, τέθηκαν ούτως ή άλλως επιπλέον και διακριτές απαιτήσεις προηγούμενης εμπειρίας, ενώ αυτές του όρου 2.2.6.1.Α, ως και του όρου 2.2.6.1.Β, αφορούν αποκλειστικά το μέρος της υπό ανάθεση σύμβασης, που αναφέρεται σε πώληση αγαθών. Ομοίως σημειωτέον και ότι ακριβώς δεδομένου ότι τα αγαθά εν προκειμένω είναι και ετερόκλητα και χρήζουν διαφορετικής μεταχείρισης ανά κατηγορία, εν τέλει με τον ως άνω όρο 2.2.6.1.Α1, δεν διαγνώσκεται ούτε κάποια τυχόν ικανότητα του οικονομικού φορέα να εξυπηρετήσει τις τυχόν ειδικές ανάγκες παράδοσης και διακίνησης ενός όγκου συγκεκριμένου τύπου αγαθών, με συγκεκριμένες απαιτήσεις (όπως επί παραδείγματι, κάποιας αντίστοιχης με τη νυν, ποσότητας για νωπά κρέατα ή

νωπά οπωροκηπευτικά) ούτε κάποια φερεγγυότητα του οικονομικού φορέα να εξυπηρετεί μείζονος και σχετικής με τη νυν υπό ανάθεση σύμβαση, αξίας συμβατικά αντικείμενα (αφού αν ούτως είχε, θα λαμβάνονταν υπόψη αξίες αθροιστικών παραδόσεων ή αξίες επιμέρους συμβάσεων προμήθειας που αφορούν τρόφιμα ή είδη ΒΥΣ, χωρίς όμως και ταυτόχρονη απαίτηση ιδίων/συναφών ειδών με τα συγκεκριμένα νυν δημοπρατούμενα, τα οποία θα πρέπει όλα συνδυαστικά να σωρεύονται εντός της καθεμίας σύμβασης, ενώ ούτως ή άλλως η ικανότητα του οικονομικού φορέα να εκτελεί αντιστοίχου ποσότητας με τις νυν ζητούμενες, παραδόσεις αγαθών αντιστοίχου είδους, ούτως ή άλλως καλύπτεται από τον όρο 2.2.6.1.Β, με συνέπεια εν τέλει να μην προκύπτει εύλογη και θεμιτή σκοπιμότητα απαίτησης δια του όρου 2.2.6.1.Α1-Α2, περισσότερων διακριτών συμβάσεων εκάστη συγκεκριμένης ελάχιστης αξίας και ελαχίστων συναφών με τα νυν υπό προμήθεια, ειδών. Αντιθέτως, ως έχει ο όρος 2.2.6.1.Α1-Α2 και δη, ενώ ήδη υφίστανται οι λοιπές σωρευτικές απαιτήσεις προηγούμενης εμπειρίας στους όρους 2.2.6.1.Β-Γ, δεν προκύπτει πως δικαιολογείται ούτε ότι επιτελεί κατά κατάλληλο τρόπο κάποιον εύλογο σχετικά με την απαιτούμενη εμπειρία αναδόχου, σκοπό, πέραν του ιδιαίτερα περιοριστικού του χαρακτήρα ούτε εξηγείται οτιδήποτε συναφές από την αναθέτουσα[...]. [...] και ασχέτως, αν ο όρος είναι φωτογραφικός ή περιορίζει τον ανταγωνισμό σε ελάχιστους δυνητικούς αναδόχους πάντως, ενόψει όσων προαναφέρθηκαν είναι ούτως ή άλλως αδικαιολόγητα περιοριστικός και ασύνδετος με οιαδήποτε ευλόγως εξυπηρετούμενη, δια του ακριβούς περιεχομένου και των σωρευτικών δι' αυτού απαιτήσεων, ανάγκη, ως και δυσανάλογος. Εξάλλου, ακόμη και αν όρος όντως μπορεί να καλυφθεί από έναν οικονομικό φορέα, δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος εφόσον δικαιολογείται, ενώ αντίστροφα, ακόμη και αν μπορεί να καλυφθεί από ευρύ αριθμό οικονομικών φορέων, δεν αναιρείται η παρανομία του, εφόσον δεν δικαιολογείται αντικειμενικά από εύλογες προς εξυπηρέτηση ανάγκες του συμβατικού αντικειμένου (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2017). Επομένως, οι ως άνω προσβαλλόμενοι όροι 2.2.6.1.Α1 και 2.2.6.1.Α2 πάσχουν αυτοτελώς, διότι αφενός ζητούν αναγκαία ενιαία σώρευση του ως άνω αριθμού



και κατηγοριών ειδών σε ενιαία σύμβαση, αφετέρου ζητούν διακριτές ανά εκάστη εκ 2 συμβάσεων αξίες και όχι κάποια έστω, συνολική αξία συγκροτούμενη δια παραδόσεων των ίδων ή συναφών ειδών ή συγκεκριμένου ελάχιστου αριθμού ίδων ή συναφών με τη νυν διακήρυξη ειδών, περιορίζοντας δυσανάλογα και ιδίως, αδικαιολόγητα, τον ανταγωνισμό και είναι ούτως ακυρωτέοι.». Συνεπώς, οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης 2.2.6.1.A1 & A2 που αφορούν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα παραβιάζοντας τις προαναφερόμενες αρχές του ενωσιακού δικαίου, μας βλάπτουν, καθώς μας αποκλείουν εξαρχής ή δυσχεραίνουν υπέρμετρα την συμμετοχή μας στον επίμαχο διαγωνισμό και για αυτό πρέπει να ακυρωθούν.

**2ος Λόγος Ακύρωσης** Παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας Στην ως άνω Διακήρυξη, και συγκεκριμένα στην παράγραφο 2.2.6.1.Γ, που αφορά την Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, περιλαμβάνεται όρος μη νόμιμος, ο οποίος μας αποκλείει εξαρχής ή άλλως καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή μας στον εν λόγω διαγωνισμό και το περιεχόμενο του οποίου κείται σε ευθεία αντίθεση με τα οριζόμενα ανωτέρω και στη διάταξη της παρ. 1 του Άρθρου 18 (Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), του ν. 4412/2016, η οποία με σαφήνεια προβλέπει ότι «:..». Ειδικότερα το σημείο 2.2.6-2.2.6.1.Γ της διακήρυξης αναφέρει: «2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα 2.2.6.1 Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, κατά τα έτη (2018, 2019, 2020) και μέχρι την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης να έχουν εκτελέσει ορθώς: [...]Στην ως άνω Διακήρυξη, και συγκεκριμένα στην παράγραφο 2.2.6.1.Γ, που αφορά την Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα Γ. Δύο τουλάχιστον συμβάσεις προμήθειας και διανομής τροφίμων σε πακέτο (όπου ως «πακέτο» ορίζεται το σύνολο περισσότερων του ενός προϊόντος, σε οποιαδήποτε μορφή συσκευασίας, που

έχει διανεμηθεί σύμφωνα με τον προγραμματισμό για την κατανομή των ειδών της Αναθέτουσας Αρχής) σε τουλάχιστον δύο χιλιάδες (2.000) συνολικά φυσικά πρόσωπα, ωφελούμενους, με υπόδειξη κάποιου φορέα, οι οποίες θα πρέπει να περιέχουν (α) δύο τουλάχιστον νωπά( π.χ τυροκομικά, κρέατα, οπωρολαχανικά) είδη, και (β) συσκευασμένα τρόφιμα γενικά. Ειδικότερα, ως διανομή, λογίζεται η οργάνωση των διαφορετικών ειδών σε πακέτα προς τους ωφελούμενους και η υποστήριξη της αναθέτουσας αρχής στην επί τόπου διανομή τους ή η απευθείας διανομή σε πακέτα στους ωφελούμενους όπως αναφέρθηκε προηγουμένως. [...]». Όπως αναφέραμε και στον 1ο λόγο της προσφυγής μας, ενώ η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της ένωσης εταιρειών μας στον τομέα προμήθειας και διανομής τροφίμων και ειδών ΒΥΣ καλύπτει, τόσο ποσοτικά όσο και ποιοτικά, το φυσικό αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης που είναι η προμήθεια, η οργάνωση σε κατάλληλες συσκευασίες, η διανομή, η προσωρινή και ενδιάμεση αποθήκευση τροφίμων και ειδών Βασικής Υλικής Συνδρομής (ΒΥΣ), εντούτοις, η ένωση εταιρειών μας δεν μπορεί να λάβει μέρος στον επίμαχο διαγωνισμό διότι ζητείται από την Διακήρυξη οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να έχουν και να αποδεικνύουν εμπειρία προμήθειας και διανομής τροφίμων κατά τα έτη 2018, 2019, 2020 και μέχρι την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης, με την επίκληση και προσκόμιση δύο τουλάχιστον συμβάσεων, τόσο προμήθειας όσο και διανομής τροφίμων, σε αντίθεση με ότι ίσχυε μέχρι τώρα. Ζητείται δηλαδή εν προκειμένω, και οι δύο συμβάσεις να εμπεριέχουν οπωσδήποτε και το στοιχείο της προμήθειας και όχι μόνο της διανομής των τροφίμων, παρόλο που η ικανότητα ενός οικονομικού φορέα να προβαίνει σε διανομές, απευθείας στους ωφελούμενους, όπου εμπεριέχεται και η πακετοποίηση, τίθεται ως διακριτό κριτήριο επιλογής της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στην επίμαχη παρ. 2.2.6.1.Γ, προς απόδειξη της οποίας οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να προσκομίσουν τα εκεί προβλεπόμενα δικαιολογητικά, ενώ η ικανότητα να προβαίνει ένας οικονομικός φορέας σε προσήκουσες παραδόσεις, τίθεται ως διακριτό κριτήριο στην παράγραφο 2.2.6.1.Α, όπως αναλυτικά αναφερθήκαμε στον 1ο λόγο της προσφυγής μας και αποδεικνύεται με τα εκεί

προβλεπόμενα δικαιολογητικά. χωρίς να μπορούμε να κατανοήσουμε την δικαιολογητική βάση αυτής της αξίωσης, αφού η εμπειρία στην διανομή των τροφίμων, με την έννοια της «διανομής» όπως προσδίδεται στην διακήρυξη, που είναι και ο σκοπός της εν λόγω απαίτησης, ήτοι η απόδειξη ότι ένας οικονομικός φορέας μπορεί να προβεί σε προσήκουσες διανομές τροφίμων απευθείας στους ωφελούμενους, αποδεικνύεται κάλλιστα και από συμβάσεις διανομών τροφίμων που δεν εμπεριέχουν απαραίτητως και το στοιχείο της προμήθειας, πολλώ δε μάλλον αφού η ένωσή μας, διαθέτει, μέσω της εταιρείας ...-μέλους αυτής, μία ολοκληρωμένη σύμβαση (...), προμήθειας και διανομής τροφίμων σε 29.379 ωφελούμενους, ήτοι σε πολλαπλάσιους ωφελούμενους από τους προβλεπόμενους στην επίμαχη απαίτηση, πλην όμως στα πλαίσια της ίδιας αυτής σύμβασης προμήθειας και διανομής, συνήφθησαν με την εν λόγω εταιρεία και άλλες τρεις επιπλέον, χωριστές συμβάσεις διανομής των τροφίμων απευθείας στους ωφελούμενους και μάλιστα κατ'οίκον. Προς απόδειξη των ανωτέρω επικαλούμαστε και προσάγουμε τις σχετικές βεβαιώσεις (σχετικό 4). Αξίζει να αναφερθεί εν προκειμένω, ότι οι πρώτοι διαγωνισμοί για την εκτέλεση των προγραμμάτων διανομών τροφίμων ... από τις Περιφέρειες ή τους Δήμους, ξεκίνησαν να προκηρύσσονται από τις Αναθέτουσες Αρχές-Επικεφαλής των Κοινωνικών Συμπράξεων, από τα τέλη του 2016 και συνεχίζονται μέχρι σήμερα. Ακολούθως, οι διαγωνισμοί ... που προκηρύχθηκαν τα έτη 2016- 2017, με βάση την κατανομή του προϋπολογισμού ... 2015-2016, στο σύνολο τους σχεδόν έδιναν την δυνατότητα στους προσφέροντες οικονομικούς φορείς να δίνουν προσφορά ανά τμήμα-ομάδα (όπως παντοπωλείο, κρέατα, τυριά, οπωρολαχανικά κτλ) ή ακόμα και ανά προϊόν. Στους διαγωνισμούς αυτούς η Αναθέτουσα Αρχή ήταν αυτή που όφειλε να πακετοποιήσει τα προϊόντα από τους διάφορους αναδόχους και να οργανώσει πραγματοποιήσει η ίδια την διανομή τους στους ωφελούμενους και όχι ο εκάστοτε ανάδοχος. Επειδή σε πολλές περιπτώσεις κατά την εκτέλεση των διαγωνισμών αυτών η εκάστοτε Αναθέτουσα Αρχή είχε να συντονίσει πολλούς προμηθευτές-αναδόχους, παραλαβές και παραδόσεις στους ωφελούμενους και προέκυπταν αρκετά

διαχειριστικά προβλήματα, από το έτος 2018 και έπειτα, αρκετές Περιφέρειες και Δήμοι επέλεξαν να ομαδοποιήσουν τις διακηρύξεις σε ένα ή δύο Τμήματα (Τρόφιμα και Είδη Βασικής Υλικής Συνδρομής ενιαία ή ξεχωριστά) και σε αρκετές περιπτώσεις περιελάμβαναν την υποχρέωση οι ίδιοι οι Ανάδοχοι να οργανώνουν και να συντονίζουν την διανομή των ειδών στους ωφελούμενους, ή προέβαιναν σε ξεχωριστές από την προμήθεια των ειδών συμβάσεις, με απευθείας αναθέσεις, με αντικείμενο της σύμβασης κυρίως την υπηρεσία των διανομών στους ωφελούμενους, ή/και της πακετοποίησης. Τα ανωτέρω τα αναφέρουμε για να καταδείξουμε ακριβώς ότι και πάλι μόνο ελάχιστοι οικονομικοί φορείς μπορούν να πληρούν αυτόν τον όρο, ήτοι να μπορούν να προσκομίσουν δύο τουλάχιστον συμβάσεις προμήθειας και διανομής τροφίμων και συνακόλουθα ότι ο όρος αυτός περιορίζει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό και την αρχή της αναλογικότητας, παρόλο που ο σκοπός του επίμαχου άρθρου εκπληρώνεται κάλλιστα και με την προσκόμιση συμβάσεων που έχουν ως αντικείμενο μόνο την υπηρεσία των διανομών στους ωφελούμενους, όπως άλλωστε γινόταν μέχρι σήμερα. Εξάλλου, ισχύουν και εν προκειμένω όσα εκθέσαμε στον 1ο λόγο της προσφυγής μας, αναφορικά με τη δυνατότητα στήριξης σε τρίτους, τα οποία δεν αναφέρουμε ξανά προς αποφυγή επαναλήψεων. Εκ των ανωτέρω, συνάγεται σαφώς ότι ο περιορισμός αυτός που θέτει η Αναθέτουσα Αρχή: α) παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, δεδομένου ότι σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει οριστεί και είναι κατάλληλος, αναγκαίος και πρόσφορος για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού της Αναθέτουσας, ήτοι ατού της απόδειξης ότι ο οικονομικός φορέας έχει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να προβαίνει σε προσήκουσες διανομές τροφίμων απευθείας στους ωφελούμενους, ή ότι τέθηκε για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (ΑΠ5/2013). β) παραβιάζει τις αρχές του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης, δεδομένου ότι προκαλεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό, εφόσον με την απαίτηση αυτή αποκλείονται οι οικονομικοί φορείς, όπως εμείς, που κατά τα λοιπά πληρούμε όλα τα κριτήρια επιλογής και όλες τις

τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης, (ΑΕΠΠ Ε3/2018, 307/2020). Έτσι ο παραπάνω όρος της Διακήρυξης, σύμφωνα με όσα αναλύθηκαν ανωτέρω, αποκλείει αδικαιολόγητα την ένωση εταιρειών μας, ως δήθεν μη πληρούσα κριτήριο ποιοτικής επιλογής, το οποίο όμως παραβιάζει την γενική αρχή του ανοίγματος της διαδικασίας στον υγιή ανταγωνισμό, την αρχή της αναλογικότητας και το δικαίωμα ισότιμης πρόσβασης των διαγωνιζομένων στην συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης. Διότι δεν πρόκειται για κριτήριο το οποίο, με βάση το φυσικό αντικείμενο του Διαγωνισμού, η ένωση εταιρειών μας δεν μπορεί να καλύψει. Εν κατακλείδι και συνοψίζοντας, η ένωση εταιρειών μας, ενώ έχει την ικανότητα να προμηθεύσει και να διανείμει τα υπό προμήθεια είδη, αποκλείεται, αδικαιολόγητα, εξαρχής από την συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό, αφού δεν καλύπτει το ως άνω κριτήριο τεχνικής ικανότητας, καθώς δεν μπορεί να προσκομίσει δύο, παρά μόνο μία πλήρη ολοκληρωμένη σύμβαση τόσο προμήθειας όσο και διανομής τροφίμων, χωρίς να δικαιολογείται από κάποιον αντικειμενικό σκοπό, σύμφωνα με τα όσα αναλύθηκαν παραπάνω, γιατί αξιώνονται συμβάσεις που να περιέχουν έκαστη οπωσδήποτε τόσο το στοιχείο της προμήθειας όσο και της διανομής, πολλώ δε μάλλον αφού η ένωσή μας, διαθέτει, μέσω της εταιρείας ...- μέλους αυτής μία ολοκληρωμένη σύμβαση (...), προμήθειας και διανομής τροφίμων σε 29.379 ωφελούμενους, ήτοι σε πολλαπλάσιους ωφελούμενους από τους προβλεπόμενους στην επίμαχη απαίτηση, πλην όμως στα πλαίσια της ίδιας αυτής σύμβασης προμήθειας και διανομής, συνήφθησαν με την εν λόγω εταιρεία και άλλες τρεις επιπλέον, χωριστές συμβάσεις διανομής των τροφίμων απευθείας στους ωφελούμενους και μάλιστα κατ'οίκον. Εξάλλου, η Αρχή Σας, με την με αριθ. 640/2022 απόφασή της, την οποία επικαλούμαστε και εν προκειμένω, ακύρωσε τον ίδιο ακριβώς όρο του διαγωνισμού του Δήμου Τρίπολης κρίνοντας, μεταξύ άλλων, τα εξής: «Ο όρος 2.2.6.1.Γ ορίζει ότι απαιτούνται ως επιπλέον κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και τα εξής «Γ. Δύο τουλάχιστον συμβάσεις προμήθειας και διανομής τροφίμων σε πακέτο (όπου ως «πακέτο» ορίζεται το σύνολο περισσότερων του ενός

προϊόντος, σε οποιαδήποτε μορφή συσκευασίας, που έχει διανεμηθεί σύμφωνα με τον προγραμματισμό για την κατανομή των ειδών της Αναθέτουσας Αρχής) σε τουλάχιστον δύο χιλιάδες (2.000) συνολικά φυσικά πρόσωπα, ωφελούμενους, με υπόδειξη κάποιου φορέα, οι οποίες θα πρέπει να περιέχουν (α) δύο τουλάχιστον νωπά( π.χ τυροκομικά, κρέατα, οπωρολαχανικά) είδη, και (β) συσκευασμένα τρόφιμα γενικά. Ειδικότερα, ως διανομή, λογίζεται η οργάνωση των διαφορετικών ειδών σε πακέτα προς τους ωφελούμενους και η υποστήριξη της αναθέτουσας αρχής στην επί τόπου διανομή τους ή η απευθείας διανομή σε πακέτα στους ωφελούμενους όπως αναφέρθηκε προηγουμένως.». Άρα, ζητήθηκε προηγούμενη εμπειρία δια 2 συμβάσεων που ενιαία εκάστη αφορά και προμήθεια και διανομή τροφίμων σε πακέτο (σε 2000 τουλάχιστον ωφελούμενους), που θα πρέπει να αφορούν (και η προμήθεια και η διανομή) συγκεκριμένες κατηγορίες ειδών. Ως διανομή άλλωστε, διευκρινίζεται ότι λαμβάνεται υπόψη η οργάνωση ειδών σε πακέτα, ήτοι η πακετοποίηση και η αυτή καθαυτή επιτόπια διανομή. Εν προκειμένω δε, το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης αφορά όντως τόσο προμήθεια, όσο και διανομή των υπό προμήθεια ειδών αλλά θέτει επιπλέον απαίτηση 2 διακριτών συμβάσεων, εκάστη με επιμέρους αριθμό ωφελουμένων (και επομένως, διαγωνιζόμενος που δια μίας σύμβασης υπερπληροί τον αριθμό ωφελουμένων αποκλείεται, όπως αποκλείεται και διαγωνιζόμενος που δια περισσοτέρων συμβάσεων πληροί τον αριθμό συνολικών ωφελουμένων  $2 \times 2.000 = 4.000$ ), αφετέρου, καθ' ο μέρος απαιτεί η προηγούμενη εμπειρία να συνίσταται όχι σε διανομή (εξάλλου, για την προμήθεια, τέθηκαν κατά τα ανωτέρω απαιτήσεις προηγούμενης εμπειρίας), αλλά σε συμβάσεις που ομού περιλαμβάνουν προμήθεια και διανομή. Ο δε όρος 1.3 της διακήρυξης εξηγεί αναλυτικά τον λόγο για τον οποίο σειρά παραγόντων καθιστούν αναγκαία την ενοποιημένη ανάθεση προμήθειας και διανομής, όπως και οι Απόψεις της αναθέτουσας επαναλαμβάνουν τα συναφή. Αυτά όμως αφορούν το γιατί δεν τμηματοποιείται η νυν σύμβαση. Δεν εξηγούν ούτε καθιστούν εύλογο τον λόγο για τον οποίο η προηγούμενη εμπειρία θα πρέπει να προκύπτει από συμβάσεις ενιαίας προμήθειας και διανομής και όχι από

διακριτές συμβάσεις προμήθειας και διακριτές συμβάσεις διανομής. Είναι άλλο δε το θέμα της μη τμηματοποίησης εν προκειμένω προμήθειας και διανομής και άλλο το θέμα του ότι απαιτείται η προηγούμενη εμπειρία να προέρχεται αποκλειστικά από προηγούμενες συμβάσεις με ενιαία ανάθεση σε έναν ανάδοχο προμήθειας και διανομής. Ούτε το γεγονός ότι η νυν σύμβαση δεν τμηματοποιείται συνεπάγεται και δη, άνευ ετέρου, αναλογικότητα και δικαιολόγησή της, περί προηγούμενης εμπειρίας, απαίτησης, η εμπειρία να προέρχεται από τέτοιες ενιαίες συμβάσεις, ακριβώς διότι δεν προκύπτει προς τι το αντικείμενο της νυν ζητούμενης εμπειρίας αλλάζει όσον αφορά τη διανομή, από το αν η προηγούμενη διανομή συνέπεσε με προμήθεια ή όχι. Τούτο, ενώ ούτε εκ των Απόψεων της αναθέτουσας προκύπτει κάποια αιτία για την οποία το ειδικό γεγονός ότι η διανομή εκτελείται από τον προμηθευτή και όχι από διανομέα που διανέμει τα είδη που έχουν τύχει προμήθειας από άλλον προμηθευτή, διαφοροποιεί ποιοτικά την εμπειρία στην αυτή καθαυτή διανομή ούτε προκύπτει αντίστροφα, κάποια διαφορετικού είδους εμπειρία στην προμήθεια, αν αυτή στο πλαίσιο ίδιας σύμβασης σωρευθεί με διανομή ή άλλου τύπου εμπειρία στη διανομή, αν αυτή εντός της ίδιας σύμβασης σωρευθεί με προμήθεια ούτε προκύπτει κάποια εν γένει διαπλαστικού χαρακτήρα επίδραση της εντός ενιαίας σύμβασης σώρευσης των δύο εργασιών (προμήθειας και διανομής), επί της τεχνογνωσίας του αναδόχου να εκτελεί διανομές. Εξάλλου, ήδη η αναθέτουσα έθεσε ελάχιστο όριο ωφελουμένων, δηλαδή παραληπτών της διανομής, σε συνάφεια με τις νυν απαιτήσεις της, όπως και σώρευσε την πακετοποίηση, με τις όποιες ειδικές ικανότητες αυτή περιλαμβάνει, στη ζητούμενη εμπειρία. Ακόμη δε και αν υποθεθεί ότι η απαίτηση περισσότερων και δη, 2 συμβάσεων, παροχής υπηρεσίας διανομής σε ελάχιστο ανά περίπτωση αριθμό ωφελουμένων, εξασφαλίζει δια της επανάληψης, μεγαλύτερες διασφαλίσεις φερεγγυότητας και ικανότητας στη διανομή, λόγω τυχόν της φύσης της υπηρεσίας της πακετοποίησης ή της επιτόπιας διανομής απευθείας σε ωφελούμενους πολίτες, πάντως, δεν προκύπτει ο λόγος για τον οποίο η διανομή θα πρέπει να είναι σωρευμένη με προμήθεια. Και τούτο, επιπλέον του ότι για την

προμήθεια, ούτως ή άλλως τίθενται διακριτές κατά τα ανωτέρω απαιτήσεις, προηγούμενης εμπειρίας, σωρευτικά μετά των ανωτέρω. Αλυσιτελώς δε, ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι όρος ως ο ανωτέρω υπήρχε και σε προηγούμενες διακηρύξεις, αφού τούτο δεν αναιρεί την προκείμενη καταχρηστικότητα του όρου, η οποία ελέγχεται στο πλαίσιο και με έρεισμα τη νυν προσφυγή εντός της νυν, αυτοτελούς διαγωνιστικής διαδικασίας. Συνεπώς, ο όρος 2.2.6.1.Γ είναι ακυρωτέος, καθ' ο μέρος απαιτεί η προηγούμενη εμπειρία να προκύπτει ειδικώς και αποκλειστικά εκ συμβάσεων που σωρεύουν ενιαία προμήθεια και διανομή, καθώς η απαίτηση αυτή προκύπτει ως αδικαιολόγητη και ασύνδετη με κάποιον ευλόγως επιδιωκόμενο και θεμιτό σκοπό, περαιτέρω δε, ούτως, καταλήγει δυσανάλογα περιοριστική του ανταγωνισμού και άρα, μη νόμιμη. Επιπλέον των ανωτέρω εντός της νυν και της προηγούμενης σκέψης και όσον αφορά το σύνολο των ισχυρισμών της προσφυγής και των προσβαλλόμενων όρων, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της ούτως ή άλλως απαράδεκτης παρέμβασης, ουδόλως η προσφεύγουσα προσβάλλει ζήτημα τεχνικής κρίσης και σκοπιμότητας όρου διακήρυξης (πράγμα που τυχόν θα συνέβαινε, αν επί παραδείγματι είχε προβάλει ότι η αναθέτουσα έπρεπε να μεταβάλει το υπό ανάθεση φυσικό αντικείμενο ή να αλλάξει τον τρόπο οργάνωσης και επιλογής των υπό εξυπηρέτηση αναγκών, τη σύνθεση των τροφίμων ή ειδών ΒΥΣ ή τον αριθμό των ωφελούμενων ή παρέλειπε να θεσπίσει καλύτερες και αυστηρότερες προδιαγραφές), αλλά προσβάλλει αποκλειστικά όρους περί προηγούμενης εμπειρίας, που την αποκλείουν, λόγω της σύνθεσης των εντός αυτών σωρευτικών και επιμέρους απαιτήσεων. Περαιτέρω, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντα και ασχέτως απαραδέκτου της παρέμβασης, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει επί ουδενός εκ των δια της διακήρυξης προσβαλλόμενων όρων, ότι τυπικώς δεν γίνονται δεκτές παρά μόνο δημόσιες συμβάσεις και δη, ..., αλλά ότι πρακτικά, λόγω του περιεχομένου του όρου και δη, των ως άνω σωρευτικών απαιτήσεων, επί της ουσίας δύναται να καλυφθούν οι ως άνω απαιτήσεις μόνο διά προηγούμενης σύμβασης ... Πάντως, παρότι όντως ουδόλως αποκλείεται η χρήση προηγούμενων ιδιωτικών



συμβάσεων για την πλήρωση των ως άνω απαιτήσεων, τούτο ουδόλως αναιρεί τον όλως περιοριστικό χαρακτήρα των απαιτήσεων αυτών, ως και την ιδιαίτερη και πρόδηλη δυσχέρεια να επιτευχθούν δια συνήθων ιδιωτικών συμβάσεων ούτε ο μη αποκλεισμός ιδιωτικών συμβάσεων αναιρεί τον όλως περιοριστικό, ένεκα όσων προαναφέρθηκαν, χαρακτήρα των ως άνω προσβαλλόμενων όρων. [...]ούτως ή άλλως, η κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτων συνιστά μεν ένα μέσο διευκόλυνσης συμμετοχής και τόνωσης του ανταγωνισμού, αλλά δεν θεραπεύει την παρανομία αδικαιολόγητων όρων. [...] Τούτο, διότι πέραν του ότι μόνη της η υποχρέωση στήριξης σε τρίτο προς πλήρωση όρου συνιστά έναν περιορισμό και μια δυσχέρεια της συμμετοχής, περαιτέρω ελεγχόμενη (αφού η καταρχήν βλάβη εκ του προσβαλλόμενου όρου δεν καθιστά τον όρο παράνομο, αλλά συνιστά προαπαιτούμενο για την περαιτέρω εξέταση της παρανομίας του) ως προς τη νομιμότητα και αναλογικότητά της σε σχέση με τον επιδιωκόμενο δι' αυτής και δια της συμβάσεως, σκοπό, σε κάθε περίπτωση, η δυνατότητα σε τέτοια στήριξη συνυπάρχει νομοθετικά με τις εκ των άρ. 18 παρ. 1 ....και 75 παρ. 1 και 4 Ν. 4412/2016 ....υποχρεώσεις των αναθετουσών αρχών, όπως διατηρούν τους περιορισμούς του ανταγωνισμού εκ των απαιτήσεων συμμετοχής στο αναγκαίο και αναλογικό μέτρο και όριο για την εκπλήρωση των θεμιτών, δια της συμβάσεως επιδιωκόμενων, σκοπών και προς διασφάλιση επιλογής αξιόπιστου σε σχέση με τη σύμβαση και τις ανάγκες της, αναδόχου και όπως, απέχουν από τη θέσπιση όρων που καταλήγουν σε τεχνητούς, ήτοι αδικαιολόγητους ως προς κάθε δια της συμβάσεως ευλόγως επιδιωκόμενο σκοπό και ανάγκη διασφάλισης, περιορισμούς του ανταγωνισμού.[...]]» (έτσι ad Hoc ΕΑΔΗΣΥ 640/2022 για τον ίδιο όρο», ΣΧΕΤΙΚΟ 5). Συνεπώς, ο προσβαλλόμενος όρος που εμπεριέχεται στο άρθρο 2.2.6.1.Γ της Διακήρυξης και που αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, παραβιάζοντας τις προαναφερόμενες αρχές του ενωσιακού δικαίου, μας βλάπτει, καθώς μας αποκλείει εξαρχής ή δυσχεραίνει υπέρμετρα την συμμετοχή μας στον επίμαχο διαγωνισμό και για αυτό πρέπει να ακυρωθεί.

**3ος Λόγος Ακύρωσης Παρανομία όρου Διακήρυξης** Στην ως άνω Διακήρυξη και συγκεκριμένα στην παράγραφο 2.2.6.7, που αφορά την Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, περιλαμβάνεται όρος δυσμενής και μη νόμιμος, ο οποίος μας αποκλείει εξαρχής ή άλλως μας εμποδίζει να υποβάλουμε άρτια και προσήκουσα προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό και έτσι προδιαγράφεται εις βάρος μας το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας μας να εκπληρώσουμε τις απαιτούμενες προϋποθέσεις Συγκεκριμένα, στην παράγραφο **2.2.6.7.** ορίζεται ότι (οι υπογραμμίσεις δικές μας): «Ο προσφέρων οικονομικός φορέας είναι υποχρεωμένος να λάβει όλα τα κατάλληλα μέτρα για τη σωστή μεταφορά και παράδοση των ειδών στον υποδεικνυόμενο από την αναθέτουσα αρχή τόπο παράδοσης. Ο οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον δύο (2) φορτηγά για την μεταφορά και παράδοση των ειδών παντοπωλείου, τουλάχιστον δύο (2) φορτηγά για την μεταφορά και παράδοση των νωπών κρεάτων, τυροκομικών και φρούτων και τουλάχιστον ένα (1) φορτηγό για τη μεταφορά των προϊόντων βασικής υλικής συνδρομής. Απαιτείται επίσης κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς, επί ποινή αποκλεισμού, η προσκόμιση των αδειών κυκλοφορίας των οχημάτων καθώς και των αδειών ή εγκρίσεων καταλληλότητας από την Δ/ση Κτηνιατρικής ή άλλες αρμόδιες Υπηρεσίες, για τα μέσα μεταφοράς. Από τις προσκομιζόμενες άδειες κυκλοφορίας των οχημάτων ή τις άδειες/εγκρίσεις καταλληλότητας θα πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια το μεταφερόμενο είδος έτσι ώστε να καλύπτει όλα τα προς προμήθεια είδη». Σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία βεβαιώσεις καταλληλότητας φορτηγών οχημάτων απαιτούνται μόνο για τη μεταφορά τροφίμων και ποτών [βλ. αριθμ.Υ1γ/Γ.Π./οικ.96967/12(ΦΕΚ 2718/τ.Β./8-10- 2012), όπως διορθώθηκε με το ΦΕΚ 3007/τ.Β./13-11-2012 για «Οχήματα μεταφοράς τροφίμων και ποτών» και ΠΔ 40/77, άρθρο 11 (ΦΕΚ 18/τ.Α'/77) για μεταφορά προϊόντων ζωικής προέλευσης], ενώ δεν απαγορεύεται να μεταφέρονται με τα φορτηγά αυτά, είδη που ΔΕΝ είναι τρόφιμα και που ΔΕΝ έχουν κάποια ειδικότερη απαίτηση. Τα ανωτέρω προκύπτουν εναργώς και από την πρόσφατη εγκύκλιο με αριθ.Δ1γ/ΓΠ/46890/ 26/7/2021του Υπουργείου Υγείας με ΘΕΜΑ: «Βεβαίωση

καταλληλότητας σε οχήματα μεταφοράς τροφίμων και ποτών», όπου διαλαμβάνονται μεταξύ άλλων, τα εξής: «[...]Τα οχήματα (δεν περιλαμβάνονται τα βυτιοφόρα οχήματα) και οι περιέκτες που προορίζονται για μεταφορά τροφίμων συνιστάται να είναι μόνο για αυτή τη χρήση. -Πριν την φόρτωση των τροφίμων θα γίνεται υποχρεωτικά καθαρισμός και απολύμανση του οχήματος, και θα τηρείται αντίστοιχο έντυπο καθαρισμού – απολύμανσης, όταν: -Τα είδη των τροφίμων που είχαν προηγουμένως μεταφερθεί μπορεί να επιμολύνουν το νέο φορτίο. -Έχει προηγηθεί μεταφορά μη τροφίμων, εφόσον αυτό μπορεί να προκαλέσει επιμόλυνση του προς μεταφορά φορτίου.[..]». Σε ανάλογη περίπτωση όμως και λόγω της ύπαρξης όμοιου όρου σε διακήρυξη άλλης αναθέτουσας αρχής, η Αρχή Σας, με την υπ'αριθμ. 666/2022 απόφασή της (σκέψη 15), έκρινε τα εξής (οι υπογραμμίσεις δικές μας): «[...] Όμως, το άρθρο 2.2.6.9 της διακήρυξης ορίζει επί ποινή αποκλεισμού σε συνδυασμό με το άρθρο 2.4.3.2, ότι από τα σχετικά έγγραφα των φορτηγών θα πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια το μεταφερόμενο είδος έτσι ώστε να καλύπτει όλα τα προς προμήθεια είδη. Εν προκειμένω, τα μεταφερόμενα είδη είναι τρόφιμα παντός είδους και προϊόντα βασικής υλικής συνδρομής. Το άρθρο 2.2.6.9. κάνει σαφή διαχωρισμό μεταξύ των δύο απαιτούμενων φορτηγών ψυγείων και των δύο απαιτούμενων φορτηγών για προϊόντα βασικής υλικής συνδρομής. Εάν τα φορτηγά ψυγεία μπορούσαν να μεταφέρουν και τα προϊόντα βασικής υλικής συνδρομής, τότε η διακήρυξη δεν θα έκανε αυτό τον σαφή διαχωρισμό. Η παρεμβαίνουσα έχει καταθέσει άδειες κυκλοφορίας και βεβαιώσεις/άδειες καταλληλότητας για τα έξι (6) φορτηγά που προσφέρει, από τα οποία προκύπτει ότι αυτά μπορούν να μεταφέρουν μόνο τρόφιμα και γεύματα, συμπεριλαμβανομένων σε αυτά των απαιτούμενων ψυγείων. Ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής ότι τα φορτηγά ψυγεία μπορούν να μεταφέρουν και άλλα αγαθά πέραν τροφίμων, απορρίπτεται ως αβάσιμος και τούτο διότι εάν ίσχυε κάτι τέτοιο η διακήρυξη δεν θα έκανε σαφή διαχωρισμό σχετικά με την απαίτηση ξεχωριστών φορτηγών που πρέπει να μεταφέρουν προϊόντα βασικής υλικής συνδρομής.». Επιπλέον, σε ανάλογη Διακήρυξη του Δήμου ..., όπου

συμμετείχαμε και που περιείχε ακριβώς τον ίδιο όρο, ανθυποψήφια μας εταιρεία άσκησε προδικαστική προσφυγή εναντίον μας, ζητώντας να απορριφθεί η προσφορά μας λόγω της συγκεκριμένης έλλειψης, ήτοι της έλλειψης αδειών καταλληλότητας για τη μεταφορά ειδών ΒΥΣ (αναμένεται η έκδοση απόφασης). Με βάση τα ανωτέρω και δεδομένου ότι τα οχήματα που διαθέτουμε έχουν μεν άδειες καταλληλότητας για τη μεταφορά τροφίμων, όπως απαιτείται από την κείμενη νομοθεσία, όχι όμως και για τη μεταφορά ειδών ΒΥΣ, αφού κάτι τέτοιο δεν προβλέπεται, ενώ η μεταφορά τους μπορεί να γίνεται με οποιοδήποτε όχημα, αφού δεν χρήζουν κάποιας ιδιαίτερης απαίτησης (έτσι και ΑΕΠΠ 1212/2020), είναι πρόδηλη η βλάβη μας από τον συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, καθώς προδιαγράφεται εις βάρος μας το αποτέλεσμα του διαγωνισμού λόγω αδυναμίας μας να εκπληρώσουμε τις εν λόγω, μη νόμιμες, απαιτούμενες προϋποθέσεις και για τον λόγο αυτό θα πρέπει να ακυρωθεί.

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού ισχυρίζεται ότι «11. Η ελάχιστη εμπειρία των οικονομικών φορέων στην υλοποίηση ανάλογων συμβάσεων όπως περιλαμβάνεται στο σημείο 2.2.6.1 της Διακήρυξης καθορίστηκε με βάση τις ανάγκες υλοποίησης των έργων του Ε.Π. ... που υλοποιούμε από το 2015 έως σήμερα, την εμπειρία μας από την εκτέλεση των συμβάσεων που έχουμε συνάψει το αντίστοιχο διάστημα με οικονομικούς φορείς για την εξυπηρέτηση των αναγκών των άμεσα ωφελούμενων και τις κατευθυντήριες οδηγίες της Διαχειριστικής Αρχής του ... για την Ελλάδα σχετικά με την σύνταξη των Διακηρύξεων. Προκειμένου να εξασφαλίσουμε την ελάχιστη προηγούμενη εμπειρία που θεωρούμε ότι απαιτείται λόγω της φύσης του έργου, ζητούμε για την υλοποίηση συμβατικού αντικείμενου 1.949.854,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, οι οικονομικοί φορείς να έχουν εκτελέσει ορθώς δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών πλήρως ολοκληρωμένες, αξίας τουλάχιστον του 20% του προϋπολογισμού της παρούσας (μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.), δηλαδή προϋπολογισμού τουλάχιστον

340.737,13 ευρώ(μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.) κάθε μία με επιπλέον προϋπόθεση να περιλαμβάνουν (τουλάχιστον): • η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια ίδιων ή συναφών ειδών τουλάχιστον κατά 50% αυτών που αναφέρονται στην Διακήρυξη, ήτοι 11 είδη • η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια δύο ειδών νωπών κρεάτων, δύο ειδών νωπών τυροκομικών, δύο ειδών οπωροπωλείου και • η μία τουλάχιστον εξ αυτών να περιλαμβάνει δύο είδη βασικής υλικής συνδρομής (ΕΒΥΣ). Στη Διακήρυξη μας διευκρινίζουμε ότι δεν είναι αποδεκτή η κάλυψη της απαίτησης για κάθε μία από τις ως άνω αναφερόμενες συμβάσεις από περισσότερες αθροιζόμενες μεταξύ τους συμβάσεις ,καθώς η επαγγελματική ικανότητα ενός οικονομικού φορέα που αποδεικνύεται από την ελάχιστη απαίτηση της επιτυχούς υλοποίησης συμβάσεων αξίας 340.737,13 ευρώ δεν είναι ίδια με την επιτυχή υλοποίηση πχ 10 συμβάσεων των 34.073,713 ευρώ.

12. Επιπλέον στην παράγραφο 2.2.6.1. Γ είχαμε θέσει ως απαίτηση, οι οικονομικοί φορείς να έχουν υλοποιήσει Δύο τουλάχιστον συμβάσεις προμήθειας και διανομής τροφίμων σε πακέτο (όπου ως «πακέτο» ορίζεται το σύνολο περισσότερων του ενός προϊόντος, σε οποιαδήποτε μορφή συσκευασίας, που έχει διανεμηθεί σύμφωνα με τον προγραμματισμό για την κατανομή των ειδών της Αναθέτουσας Αρχής) σε τουλάχιστον δύο χιλιάδες (2.000) συνολικά φυσικά πρόσωπα, ωφελούμενους, με υπόδειξη κάποιου φορέα, οι οποίοι θα πρέπει να περιέχουν (α) δύο τουλάχιστον νωπά ( π.χ τυροκομικά, κρέατα, οπωρολαχανικά) είδη, και (β) συσκευασμένα τρόφιμα γενικά. Ειδικότερα, ως διανομή, λογίζεται η οργάνωση των διαφορετικών ειδών σε πακέτα προς τους ωφελούμενους και η υποστήριξη της αναθέτουσας αρχής στην επί τόπου διανομή τους ή η απευθείας διανομή σε πακέτα στους ωφελούμενους όπως αναφέρθηκε προηγουμένως.» 13. Η ικανότητα των οικονομικών φορέων να υλοποιούν διανομές σε πακέτο είναι καθοριστική για την εξυπηρέτηση των ωφελούμενων, καθώς αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής για την διανομή τους

στους δικαιούχους του ... της Κοινωνικής Σύμπραξης ΠΕ ... με συντονιστή (Δικαιούχο) το Δήμο ...

14. Επιπλέον στην παράγραφο 2.2.6.7 ζητούνται τα μεταφορικά μέσα για την μεταφορά των προϊόντων με τις αντίστοιχες άδειες καταλληλότητας μεταφοράς των προϊόντων, τις οποίες πρέπει να καταθέσει ο υποψήφιος ανάδοχος κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς τους. Για τον λόγω αυτόν απαιτούνται ξεχωριστά μεταφορικά μέσα για τις τρεις μεγάλες κατηγορίες των προϊόντων (1η κατηγορία - είδη παντοπωλείου, 2η κατηγορία - νωπά κρέατα, τυροκομικά και φρούτα, 3η κατηγορία – προϊόντα βασικής υλικής συνδρομής ώστε να διασφαλίζονται οι κανόνες ασφάλειας και υγιεινής για την μεταφορά των προϊόντων. Ο αριθμός των οχημάτων για κάθε κατηγορία είναι συνάρτηση του όγκου των μεταφερόμενων προϊόντων και του αριθμού των ωφελουμένων. 15. Ειδικότερα, το αντικείμενο της σύμβασης συνίσταται στην προμήθεια, την οργάνωση σε κατάλληλες συσκευασίες, τη διανομή, την προσωρινή και ενδιάμεση αποθήκευση τροφίμων και ειδών Βασικής Υλικής Συνδρομής (ΒΥΣ) στο πλαίσιο του επιχειρησιακού προγράμματος επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής (ΕΠΕΒΥΣ) που χρηματοδοτείται από το ... των οικείων Κοινωνικών Συμπράξεων. Ειδικότερα, το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης αφορά: την προμήθεια των ειδών που αναφέρονται στη Διακήρυξη, • την ομαδοποίηση των συσκευασιών σε 2η συσκευασία ανάλογα με τις ζώνες θερμοκρασίας διατήρησης και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των προϊόντων, • την ενδιάμεση αποθήκευσή τους και την περαιτέρω προώθησή τους σε ασφαλείς συνθήκες στα επιμέρους κέντρα διανομής ή/ και αποθηκευτικές δομές ανά Κοινωνικό Εταίρο. • Την «πακετοποίηση» των ειδών και αγαθών, • Τη μεταφορά των αγαθών σε χαρτοκιβώτια ή τελάρα μίας χρήσης και παράδοσή τους με κατάλληλα οχήματα στους χώρους διανομής, • Την εκφόρτωση, τοποθέτηση και παράδοση αυτών ταξινομημένων ανά κατηγορία δέματος εντός των χώρων διανομής, • την υποβοήθηση των αρμόδιων υπαλλήλων στο έργο της διανομής στους ωφελούμενους στα οριζόμενα από τους κοινωνικούς εταίρους σημεία διανομής,

• την αποθήκευση των ειδών που δεν διανεμήθηκαν κατά τη διανομή σε αποθηκευτικούς χώρους και τον προγραμματισμό αναδιανομών με βάση τις κατευθύνσεις της Αναθέτουσας Αρχής και της Αρχής Διαχείρισης του ..., • τη διανομή των ειδών από σταθερά σημεία αποθήκες σε τακτά ωράρια σύμφωνα με τον χρονοπρογραμματισμό του έργου και κατόπιν συνεννόησης με τους Κοινωνικούς εταίρους – μέλη της Κοινωνικής Σύμπραξης της ΠΕ ... • Την απαραίτητη τήρηση των μέτρων ασφαλείας όπως ισχύουν την εκάστοτε περίοδο για την ασφάλεια των τροφίμων, τη διαφύλαξη της δημόσιας υγείας και την αποφυγή μετάδοσης του κορονοϊού (ή άλλων ιών με αντίστοιχα χαρακτηριστικά μετάδοσης, κ.λπ.). 16. Σύμφωνα με το εγκεκριμένο σύστημα διαχείρισης του ..., ο αριθμός των ωφελούμενων του προγράμματος ... μεταβάλλεται μηνιαίως και προκύπτει από τον αριθμό των αιτήσεων που υποβάλλονται κατά τη χρονική στιγμή που βρίσκεται σε ισχύ και εκτελείται η εκάστοτε χρηματοδότηση για τις ανάγκες της Κοινωνικής Σύμπραξης της ΠΕ .... Εκ των προτέρων είναι αδύνατον να υπολογιστεί με ακρίβεια ο αριθμός των ωφελουμένων, ο οποίος αντιστοιχεί στον αριθμό των πακέτων και δη των ποσοτήτων των ειδών που πρόκειται να διανεμηθούν. 17. Σύμφωνα με στοιχεία Ιουνίου 2022 οι ωφελούμενοι του ... στην Κοινωνική Σύμπραξη της ΠΕ ... ανέρχονται σε 9.039 δικαιούχους και αντίστοιχα 15.152 ωφελούμενα μέλη των οικογενειών τους. 18. Βάσει των κατευθυντηρίων οδηγιών της Διαχειριστικής Αρχής του ... του Οργανισμού Προνοιακών Επιδομάτων Κοινωνικής Αλληλεγγύης ( ΟΠΕΚΑ ) για την Ελλάδα σχετικά με την σύνταξη των Διακηρύξεων, όπως αναφέρεται στη παρ. 5 των απόψεών μας, το σχέδιο της Διακήρυξης με τους όρους των παραγράφων 2.2.6.1.Α έως 2.2.6.1.Γ και 2.2.6.7. και εγκρίθηκε, σύμφωνα με το παρ. 6 των απόψεών μας, από τις υπ' αριθμ. ... και ... αποφάσεις της ως άνω Διαχειριστικής Αρχής.

12. Επειδή, εφαρμοστέα είναι τα άρθρα 18 και 75 του ν. 4412/2016, ως ισχύουν.

13. Επειδή, κατά πάγια νομολογία η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη, να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήσης, η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, δεδομένου ότι από την φύση τους οι απαιτήσεις της διακήρυξης περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006).

14. Επειδή τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και Α.Σ. Graelis, "Public Procurement and the EU Competition Rules" (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii) και κρίνονται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι *in abstracto* (βλ.κατ' αναλογία Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.) . Κατά την επιλογή σε επίπεδο κατάρτισης διακήρυξης των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων (βλ. ειδικά την παρ. 4.1 του «Ευρωπαϊκού Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που



διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» καθώς και την Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας»). **Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της.** Εν προκειμένω, για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και περί τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της.

15. Επειδή, η αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω συνδυασμένη εφαρμογή των παρ. 1 και 4 του άρθρου 75 Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα ότι τα όποια κριτήρια επιλογής περί τεχνικής επάρκειας δεν θα πρέπει να φθάνουν σε τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικείμενου της σύμβασης. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των κριτηρίων αυτών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων τα όποια κριτήρια επιλογής, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για

τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, θα μετείχαν, τονώνοντας τον ανταγωνισμό. (ΑΕΠΠ 39/2017).

16. Επειδή, είναι νόμιμη η πρόβλεψη στην διακήρυξη μίας τουλάχιστον παράδοσης συναφούς κατά την φύση και τον προϋπολογισμό αγαθού ως ελάχιστου κριτηρίου τεχνικής καταλληλότητας του ενδιαφερόμενου να μετάσχει στον διαγωνισμό και επίσης ότι η ειδική εμπειρία αποδεικνύεται από εκτελεσμένες συμβάσεις, ο αριθμός των οποίων και ο καθορισμός του ορίου του συνολικού προϋπολογισμού αυτών εξειδικεύεται συγκεκριμένα στη Διακήρυξη από την αναθέτουσα αρχή (Βλ. ΣΤΕ ΕΑ 1184/2009). Ειδικότερα, *«η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέψει ρητώς, κατ' αρχήν είτε στην προκήρυξη του διαγωνισμού είτε στη συγγραφή υποχρεώσεων, την απαίτηση να πληρούνται ορισμένες ικανότητες και συγκεκριμένοι όροι βάσει των οποίων ο υποψήφιος πρέπει να αποδείξει την καταλληλότητά του να αναλάβει και να εκτελέσει την επίμαχη σύμβαση. Ομοίως, υπό εξαιρετικές περιστάσεις, λαμβανομένων υπόψη τόσο της φύσεως των σχετικών εργασιών όσο και του αντικειμένου και των σκοπών της συμβάσεως, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέψει περιορισμούς, ιδίως όσον αφορά τον επιτρεπόμενο αριθμό εμπλεκόμενων οικονομικών φορέων, δυνάμει του άρθρου 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 (βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψεις 39 έως 41, και της 5ης Απριλίου 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, σκέψη 90 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Όταν όμως η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει να κάνει χρήση της δυνατότητας αυτής, πρέπει να διασφαλίζει ότι οι ειδικοί κανόνες που θέτει συνδέονται με το αντικείμενο και με τον σκοπό της συμβάσεως και είναι σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψεις 40 και 56). ... Υπό τις συνθήκες αυτές, δεν είναι δυνατό να αποκλειστεί a priori το ενδεχόμενο η αναγκαία πείρα προς εκτέλεση της επίμαχης συμβάσεως, την οποία έχει αποκτήσει οικονομικός φορέας στο πλαίσιο όχι μίας αλλά δύο ή*

περισσότερων διαφορετικών συμβάσεων, να μπορεί να θεωρηθεί επαρκής από την αναθέτουσα αρχή, και άρα να δικαιολογεί την κατακύρωση της σύμβασης αυτής στον εν λόγω οικονομικό φορέα. **Πράγματι, όπως σημείωσε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 62 των προτάσεών του, από τη στιγμή που οι όροι εκτέλεσης συγκεκριμένης σύμβασης μπορούν κατ' αρχήν να πληρούνται με σωρευτική επίκληση των ικανοτήτων και της πείρας περισσότερων οικονομικών φορέων, θα ήταν κατά μείζονα λόγο παράλογο να αποκλειστεί a priori η δυνατότητα σωρεύσεως της πείρας και των ικανοτήτων τις οποίες ο ίδιος οικονομικός φορέας απέκτησε όντως στο πλαίσιο διαφορετικών συμβάσεων.** Για τον λόγο αυτό, στην περίπτωση όπου, όπως στην υπόθεση της κύριας δίκης, η δυνατότητα επικλήσεως της πείρας που έχει αποκτηθεί στο πλαίσιο περισσότερων συμβάσεων δεν έχει αποκλειστεί ούτε με την προκήρυξη του διαγωνισμού ούτε με τη συγγραφή υποχρεώσεων, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, υπό τον έλεγχο των αρμόδιων εθνικών δικαστηρίων, να εξετάσει αν η συνδυασμένη πείρα από δύο ή περισσότερες συμβάσεις, λαμβανομένων υπόψη τόσο των σχετικών εργασιών όσο και του αντικειμένου και του σκοπού της επίμαχης σύμβασης, αρκεί για να διασφαλιστεί η ορθή εκτέλεσή της. Κατόπιν των ανωτέρω, στο έβδομο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 44 της οδηγίας 2004/18, σε συνδυασμό με το άρθρο 48, παράγραφος 2, στοιχείο α', της οδηγίας αυτής και με την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, όπως κατοχυρώνεται στο άρθρο 2 της ίδιας οδηγίας, έχει την έννοια ότι επιτρέπει σε οικονομικό φορέα να στηριχθεί σε προηγούμενη πείρα επικαλούμενος ταυτόχρονα δύο ή περισσότερες αναθέσεις συμβάσεων ως μία σύμβαση, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή έχει αποκλείσει τη δυνατότητα αυτή βάσει όρων που είναι συνδεδεμένοι και ανάλογοι με το αντικείμενο και με τον σκοπό της επίμαχης δημόσιας σύμβασης» (βλ. C-387/14, Esaprojekt Sp. z.o.o κατά Województwo Łódzkie, σκ. 82-88).

17. Επειδή, δεν ασκεί έννομη επιρροή η δυνατότητα του υποψηφίου να καλύψει τις σχετικές απαιτήσεις στηριζόμενος στις ικανότητες άλλων φορέων

(άρθρο 78 ν. 4412/2016) ή συμμετέχοντας σε ένωση οικονομικών φορέων (άρθρο 19 παρ. 2 ν. 4412/2016), καθόσον τούτο συνιστά δικαίωμα των ίδιων των υποψηφίων που κατοχυρώνεται σε όλους τους διαγωνισμούς και όχι βάση υπέρ της αναθέτουσας αρχής για την εισαγωγή όρων καταλληλότητας που δεν δικαιολογούνται ευλόγως από το αντικείμενο της σύμβασης καθ' εαυτό (βλ. Ελ. Συν Ε' Κλιμάκιο 151/2018, και σχετικά με τη σύνδεση των κριτηρίων επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης βλ. C-76/16, σκ.33, C -218/11 σκ.29, Ελ.Συν Ε Κλιμάκιο 116/2018, 212/2017, 237/2017 κ.α).

18. Επειδή εν προκειμένω, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη. Η εν λόγω αρχή αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23 κ.α).

19. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β). Επειδή ο προσδιορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό

προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

20. Επειδή, ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι οι διατάξεις του αρ. 2.2.6.1. Α της προσβαλλόμενης διακήρυξης παραβιάζουν τις αρχές της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας που αφορά στην Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, κείται σε ευθεία αντίθεση με τα οριζόμενα στη διάταξη της παρ. 1 του Άρθρου 18 του ν. 4412/2016, χωρίς να δικαιολογείται γιατί αξιώνεται αριθμός **δύο συμβάσεων** που να περιέχουν έκαστη οπωσδήποτε όλα τα αξιούμενα από τους πληττόμενους όρους είδη, αφού η εμπειρία στην προμήθεια των τροφίμων και των ειδών ΒΥΣ που αξιώνονται από την Διακήρυξη, αποδεικνύεται κάλλιστα και από συμβάσεις προμήθειας τροφίμων που δεν περιλαμβάνουν η κάθε μία οπωσδήποτε όλα τα αξιούμενα από τους πληττόμενους όρους είδη. Επομένως, κατά τους ισχυρισμούς του παρανόμως κωλύεται να συμμετάσχει λυσιτελώς στο διαγωνισμό παρότι διαθέτει ήδη μία σύμβαση ως αυτή που απαιτείται από τον προσβαλλόμενο όρο.

Η αναθέτουσα αρχή επικαλείται την εμπειρία της από την εκτέλεση των συμβάσεων που έχει συνάψει το αντίστοιχο διάστημα με οικονομικούς φορείς για την εξυπηρέτηση των αναγκών των άμεσα ωφελούμενων και τις κατευθυντήριες οδηγίες της Διαχειριστικής Αρχής του ... για την Ελλάδα σχετικά με την σύνταξη των Διακηρύξεων και ότι προκειμένου να εξασφαλίσει την

ελάχιστη προηγούμενη εμπειρία που θεωρεί ότι απαιτείται λόγω της φύσης του έργου, διευκρινίζει ότι δεν είναι αποδεκτή η κάλυψη της απαίτησης για κάθε μία από τις ως άνω αναφερόμενες συμβάσεις από περισσότερες αθροιζόμενες μεταξύ τους συμβάσεις, καθώς η επαγγελματική ικανότητα ενός οικονομικού φορέα που αποδεικνύεται από την ελάχιστη απαίτηση της επιτυχούς υλοποίησης συμβάσεων αξίας 340.737,13 ευρώ δεν είναι ίδια με την επιτυχή υλοποίηση πχ 10 συμβάσεων των 34.073,713 ευρώ.

21. Επειδή, οι προϋποθέσεις παραδεκτού ελέγχονται αυτεπαγγέλτως από τον οικείο σχηματισμό της ΕΑΔΗΣΥ, ανεξαρτήτως προβολής τους από τους συμμετέχοντες (πρβλ. ΣΤΕ 2080/2016) και ανεξαρτήτως προβολής ισχυρισμών περί τυχόν απαραδέκτου, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ή τυχόν παρεμβαίνοντα. Σε κάθε περίπτωση όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 48-49).

22. Επειδή, εν προκειμένω, η βλάβη του προσφεύγοντος εδράζεται στο γεγονός ότι δεν πληροί την επίμαχη απαίτηση του προσβαλλόμενου όρου 2.2.6.1Α της διακήρυξης **περί εκτέλεσης τουλάχιστον δύο (2) ολοκληρωμένων συμβάσεων** που να περιέχουν έκαστη οπωσδήποτε όλα τα αξιούμενα από τους πληττόμενους όρους είδη, ήτοι τουλάχιστον 11 ίδια ή συναφή είδη με αυτά που αναφέρονται στην επίμαχη διακήρυξη και τουλάχιστον δύο είδη νωπών κρεάτων, δύο είδη νωπών τυροκομικών και δύο είδη οπωροπωλείου, αξίας 340.737,13 €. Καλύπτει δε σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου την οικεία απαίτηση επί μίας σύμβασης δια μέσω του μέλους της ένωσης .... Επομένως, εν προκειμένω, το παραδεκτώς προβαλλόμενο κρίσιμο ζήτημα ( βλ. προηγούμενη σκέψη) είναι, εάν η οικεία απαίτηση περί δύο (2) ολοκληρωμένων συμβάσεων που να συγκεντρώνουν σωρευτικά τις οικείες

απαιτήσεις, συμβιβάζεται με τις αρχές του αρ. 18 ν. 4412/2016, όπως ισχύει. Άλλωστε και ο ίδιος ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι «(εννοείται δεν παρίσταται σύνομο) *κατ'ελάχιστον, να πληροί τις απαιτήσεις των παραγράφων Α1 και Α2 του ως άνω άρθρου 2.2.6 Α και όχι έστω η μία εξ αυτών...»*.

23. Επειδή, τα κριτήρια της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς. Νόμιμα, δε η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητά οι διαγωνιζόμενοι να αποδείξουν ότι διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν, ακόμη και όταν ζητά μία τουλάχιστον παράδοση συναφούς κατά την φύση και τον προϋπολογισμό αγαθού ως ελάχιστου κριτηρίου τεχνικής καταλληλότητας του ενδιαφερόμενου να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων. Ειδικότερα, η εμπειρία στην προμήθεια των τροφίμων και των ειδών ΒΥΣ που αξιώνονται από την Διακήρυξη, αποδεικνύεται κάλλιστα, και από συμβάσεις προμήθειας τροφίμων που δεν περιλαμβάνουν η κάθε μία οπωσδήποτε όλα τα αξιούμενα από τους πληττόμενους όρους είδη και τούτο διότι όπως ομοίως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας δεν προκύπτει σε τί διαφέρει η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ενός οικονομικού φορέα που έχει εκτελέσει παραδόσεις τροφίμων ή/και ΒΥΣ, στα πλαίσια δύο συμβάσεων που περιλαμβάνουν, η κάθε μία όλα τα αξιούμενα είδη, από αυτήν ενός άλλου οικονομικού φορέα που έχει εκτελέσει παραδόσεις τροφίμων ή/και ΒΥΣ στα πλαίσια πολλών συμβάσεων, εφάμιλλης αξίας αλλά που μόνο η μία εξ αυτών περιλαμβάνει όλα τα αξιούμενα είδη. Αλυσιτελώς, δε η

αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η επαγγελματική ικανότητα ενός οικονομικού φορέα που αποδεικνύεται από την ελάχιστη απαίτηση της επιτυχούς υλοποίησης συμβάσεων αξίας 340.737,13 ευρώ δεν είναι ίδια με την επιτυχή υλοποίηση πχ 10 συμβάσεων των 34.073,713 ευρώ, και τούτο διότι δεν αφορά στο κρίσιμο ζήτημα περί εκτέλεσης 2 συμβάσεων, για το οποίο και ουδέν αναφέρει, ούτε στις απόψεις της ούτε στη διακήρυξη ( βλ. αρ. 1.3 και σκ. 13 της παρούσας). Περαιτέρω, τα θεσπιζόμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής πρέπει να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, ενώ τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό πρέπει να δικαιολογούνται από κάποιο επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος και να μην τελούν σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου ότι συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του Δικαίου της Ένωσης με αποτέλεσμα η αναθέτουσα αρχή να μπορεί μεν νομίμως να ζητεί παραπάνω από μία «παραδόσεις» αρκεί να μην ζητεί περισσότερες «παραδόσεις» από όσες εύλογα θα μπορούσε να έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας εντός μίας τριετίας (ΑΕΠΠ 22/2017 σκ. 19-20).» Λαμβάνοντας δε υπόψη ότι, ουδείς αποκρούει τον ισχυρισμό ότι η ενιαία ανάθεση εκκίνησε περί το έτος 2020, στο πλαίσιο του οικείου Προγράμματος ..., ευχερώς προκύπτει ότι ο επίμαχος όρος περί εκτέλεσης 2 συμβάσεων με τα ανωτέρω αναλυτικά περιγραφόμενα χαρακτηριστικά πράγματι περιορίζει τον ανταγωνισμό στην παρούσα χρονική συγκυρία διότι μόνο ελάχιστοι οικονομικοί φορείς, και συγκεκριμένα, κατόπιν αναζήτησης στο ΚΗΜΔΗΣ ρητά ονοματίζει ο προσφεύγων τις εταιρείες ... και ..., οι οποίες έχουν την δυνατότητα συμμετοχής δοθέντος ότι είχαν αναλάβει πάνω από μία συμβάσεις με δημόσιους φορείς και μόνο στα πλαίσια του επιχειρησιακού προγράμματος ... που δημοπρατήθηκαν ενιαία, καθόσον, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, κατά πάγια τακτική οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών τροφίμων από διάφορους φορείς του δημοσίου επί πολλά έτη διαχωρίζουν τις κατηγορίες τροφίμων ανά κατηγορίες (συνήθεις κατηγοριοποιήσεις είναι κρέατα, τυροκομικά, φρούτα, ελαιόλαδο, προϊόντα παντοπωλείου), παράλληλα ομοίως



δεν αποκρούονται οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί αδυναμίας εκτέλεσης αντίστοιχων συμβάσεων με τον ιδιωτικό τομέα, ούτε από την αναθέτουσα αρχή ούτε από τυχόν παρεμβαίνοντα, ως και οι ισχυρισμοί του περί δημιουργίας ολιγοπωλίου. Επομένως, ο επίμαχος όρος περί απαίτησης εκτέλεσης 2 ολοκληρωμένων συμβάσεων πάσχει ακυρότητας προεχόντως λόγω πλημμελούς αιτιολογίας, επίσης παρίσταται δυσανάλογος και τούτο διότι είναι ιδιαιτέρως περιοριστικός του ανταγωνισμού καθόσον αποκλείει υποψηφίους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, στο πλαίσιο της αρχής της αναλογικότητας, ( βλ. σκ. 13 και 15 της παρούσας) θα μετείχαν, τονώνοντας τον ανταγωνισμό, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή διασφαλίζεται με απαίτηση περί κατ'ελάχιστον ολοκληρωμένης εκτέλεσης μίας σύμβασης ως η ζητούμενη με τη διακήρυξη και σωρευτικής πλήρωσης πλείονων συμβάσεων αντίστοιχης αξίας με τα επίμαχα είδη για τη 2<sup>η</sup> ζητούμενη σύμβαση προκειμένου να διασφαλισθεί η επαναληψιμότητα, εμπειρία και συνέπεια των συμμετεχόντων. Συνεπώς, ο προσβαλλόμενος όρος 2.2.6.1.A πάσχει ακυρότητας κατά τα ως άνω.

Σύμφωνα με τη γνώμη του μειοψηφούντος μέλους Χρήστου Σώκου, εν προκειμένω, η απαίτηση που εισάγει ο επίμαχος όρος 2.2.6.1.A, ήτοι να έχουν εκτελέσει οι διαγωνιζόμενοι εντός της τελευταίας τριετίας 2 συμβάσεις προμήθειας του ίδιου αντικειμένου, αποσκοπεί στην εξασφάλιση ενός ελάχιστου επιπέδου εμπειρίας των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, το οποίο αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης προμήθειας που θα συναφθεί. Η απαίτηση αυτή παρίσταται πρόσφορη σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι να παράσχει ένδειξη για την επάρκεια των ενδιαφερομένων να εκτελέσουν επιτυχώς την υπό ανάθεση σύμβαση, ενώ το απαιτούμενο επίπεδο τεχνικής ικανότητας δικαιολογείται από τις ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης και δεν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου με αυτή δημοσίου συμφέροντος (βλ. ΣΤΕ 444/2022 σκ.41). Η απαίτηση επαναληψιμότητας και ούτως, πείρας, δια της επαναλήψεως αυτής εκ

του προσφέροντος, όσον αφορά την παροχή των ζητούμενων προμηθειών δεν συνιστά άνευ ετέρου ασυσχέτιστο με την ευλόγως ζητούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, κριτήριο επιλογής. Ούτως, δεν δύναται να αναιρεθεί το καταρχήν παραδεκτό απαίτησης περί περισσοτέρων συμβάσεων και να αποκλεισθεί η θέσπιση τέτοιου κριτηρίου, με βάση τον αριθμό προηγούμενων συμβάσεων, κατά τυχόν άνευ ετέρου υποκατάστασής του εκ του μεγέθους του φυσικού αντικειμένου που ανέλαβε αθροιστικά εντός του επίμαχου διαστήματος, ο προσφέρων. Και τούτο, διότι άλλο προσόν αποδεικνύεται δια της επαναληψιμότητας, ήτοι του αριθμού των συμβάσεων, εκ του οποίου προκύπτει η παγιωμένη πείρα και συνέπεια του προσφέροντα, λόγω του πολλαπλού αριθμού συμβάσεων που έχει διαχειριστεί και άλλο δια του μεγέθους του συνολικού εκτελεσθέντος αντικειμένου, το οποίο αποδεικνύει την κατά το επίμαχο διάστημα οργανωσιακή ικανότητα της επιχείρησής του να διεκπεραιώνει αθροιστικά τέτοιο μείζονα όγκο. Ούτως, μόνο του το αθροιστικό, δια προηγούμενων συμβάσεων, ανεξαρτήτως αριθμού τους, μέγεθος του φυσικού αντικειμένου δεν υποκαθιστά αναγκαία τον αριθμό των προηγούμενων συμβάσεων, διότι ενδεχομένως, το συνολικό αντικείμενο εκτελέσθηκε στο πλαίσιο μίας ή ολίγων συμβάσεων, με συνέπεια η καλή του εκτέλεση να μην αποκλείεται ως ευκαιριακή και να μην είναι επαρκές, για να καταδείξει την παγιωμένη συνέπεια του προσφέροντος. Άρα, δεν ζητείται άνευ ετέρου παρανόμως, τέτοιος ελάχιστος αριθμός προηγούμενων συμβάσεων, αφού η αναθέτουσα έκρινε ως σκόπιμο ένα τέτοιο κριτήριο (βλ. απόφαση ΕΑΔΗΣΥ 936/2022, σκ. 3, σελ. 3-4). Εξάλλου, αβάσιμα η προσφεύγουσα αναφέρει ότι ελάχιστοι οικονομικοί φορείς (εν προκειμένω μόλις δύο) έχουν την δυνατότητα συμμετοχής που είχαν αναλάβει πάνω από μία συμβάσεις με δημόσιους φορείς αφού δεν μπορεί να γνωρίζει τις οικονομικές δυνατότητες και τεχνική εμπειρία όλων των οικονομικών φορέων που δραστηριοποιούνται στον συγκεκριμένο κλάδο ανά την επικράτεια. Κατόπιν των ανωτέρω οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας κρίνονται αβάσιμοι.

24. Επειδή με τον 2<sup>ο</sup> λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι στην παράγραφο 2.2.6.1.Γ, που αφορά ομοίως στην Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα απαιτούνται «*Δύο τουλάχιστον συμβάσεις προμήθειας και διανομής τροφίμων σε πακέτο (όπου ως «πακέτο» ορίζεται το σύνολο περισσοτέρων του ενός προϊόντος, σε οποιαδήποτε μορφή συσκευασίας, που έχει διανεμηθεί σύμφωνα με τον προγραμματισμό για την κατανομή των ειδών της Αναθέτουσας Αρχής) σε τουλάχιστον δύο χιλιάδες (2.000) συνολικά φυσικά πρόσωπα, ωφελούμενους, με υπόδειξη κάποιου φορέα, οι οποίες θα πρέπει να περιέχουν (α) δύο τουλάχιστον νωπά( π.χ τυροκομικά, κρέατα, οπωρολαχανικά) είδη, και (β) συσκευασμένα τρόφιμα γενικά*». Ζητείται δηλαδή εν προκειμένω, και οι δύο συμβάσεις να εμπεριέχουν οπωσδήποτε και το στοιχείο της προμήθειας και όχι μόνο της διανομής των τροφίμων, παρόλο που η ικανότητα ενός οικονομικού φορέα να προβαίνει σε διανομές, απευθείας στους ωφελούμενους, όπου εμπεριέχεται και η πακετοποίηση, τίθεται ως διακριτό κριτήριο επιλογής της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στην επίμαχη παρ. 2.2.6.1.Γ, προς απόδειξη της οποίας οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να προσκομίσουν τα εκεί προβλεπόμενα δικαιολογητικά. Ισχυρίζεται δε ότι το μέλος της ένωσης ...πληροί την οικεία απαίτηση αναφορικά με τη μία σύμβαση.

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η ικανότητα των οικονομικών φορέων να υλοποιούν διανομές σε πακέτο είναι καθοριστική για την εξυπηρέτηση των ωφελούμενων, καθώς αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής για την διανομή τους στους δικαιούχους του ... της Κοινωνικής Σύμπραξης ΠΕ ... με συντονιστή (Δικαιούχο) το Δήμο ...

25. Επειδή ισχύουν *mutatis mutandis* τα αναγραφόμενα στις σκέψεις 21 και 22 της παρούσας, δηλαδή εν προκειμένω, η βλάβη του προσφεύγοντος εδράζεται στο γεγονός ότι δεν πληροί την επίμαχη απαίτηση του προσβαλλόμενου όρου 2.2.6.1 Γ της διακήρυξης περί εκτέλεσης τουλάχιστον δύο (2) ολοκληρωμένων συμβάσεων που να περιέχουν έκαστη οπωσδήποτε προμήθεια και διανομή και τούτο διότι καλύπτει σύμφωνα με τα στοιχεία του

φακέλου την οικεία απαίτηση επί μίας σύμβασης δια μέσω του μέλους της ένωσης ... και μάλιστα επί υπερπολλαπλάσιων ωφελούμενων. Ούτως εν προκειμένω, το παραδεκτώσ προβαλλόμενο κρίσιμο ζήτημα (βλ. οπ. σκέψεις 21-22) είναι, εάν η οικεία απαίτηση περί δύο (2) ολοκληρωμένων συμβάσεων που να συγκεντρώνουν σωρευτικά τις οικείες απαιτήσεις προμήθειας και διανομής, συμβιβάζεται με τις αρχές του αρ. 18 ν. 4412/2016, όπως ισχύει.

26. Επειδή, ο επίμαχος όρος απαιτεί η προηγούμενη εμπειρία να συνίσταται όχι σε διανομή αλλά σε συμβάσεις που ομού περιλαμβάνουν προμήθεια και διανομή, πλην όμως ήδη περιλαμβάνεται έτερο κριτήριο ποιοτικής επιλογής περί προμήθειας ( όρος 2.2.6.1 Α που η εξέταση του προηγήθηκε). Εν προκειμένω, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων «το γεγονός ότι η νυν σύμβαση δεν τμηματοποιείται δεν συνεπάγεται και δη, άνευ ετέρου, αναλογικότητα και δικαιολόγησή της, περί προηγούμενης εμπειρίας, απαίτησης, η εμπειρία να προέρχεται από τέτοιες ενιαίες συμβάσεις, ακριβώς διότι δεν προκύπτει προς τι το αντικείμενο της νυν ζητούμενης εμπειρίας αλλάζει όσον αφορά τη διανομή, από το αν η προηγούμενη διανομή συνέπεσε με προμήθεια ή όχι. Τούτο, ενώ ούτε εκ των Ατόψεων της αναθέτουσας προκύπτει κάποια αιτία για την οποία το ειδικό γεγονός ότι η διανομή εκτελείται από τον προμηθευτή και όχι από διανομέα που διανέμει τα είδη που έχουν τύχει προμήθειας από άλλον προμηθευτή, διαφοροποιεί ποιοτικά την εμπειρία στην αυτή καθαυτή διανομή ούτε προκύπτει αντίστροφα, κάποια διαφορετικού είδους εμπειρία στην προμήθεια, αν αυτή στο πλαίσιο ίδιας σύμβασης σωρευθεί με διανομή ή άλλου τύπου εμπειρία στη διανομή, αν αυτή εντός της ίδιας σύμβασης σωρευθεί με προμήθεια ούτε προκύπτει κάποια εν γένει διαπλαστικού χαρακτήρα επίδραση της εντός ενιαίας σύμβασης σώρευσης των δύο εργασιών (προμήθειας και διανομής), επί της τεχνογνωσίας του αναδόχου να εκτελεί διανομές. Εξάλλου, ήδη η αναθέτουσα έθεσε ελάχιστο όριο ωφελουμένων, δηλαδή παραληπτών της διανομής, σε συνάφεια με τις νυν απαιτήσεις της, όπως και σώρευσε την πακετοποίηση, με τις όποιες ειδικές ικανότητες αυτή

περιλαμβάνει, στη ζητούμενη εμπειρία αφού η εμπειρία στην διανομή των τροφίμων, με την έννοια της «διανομής» όπως προσδίδεται στην διακήρυξη, που είναι και ο σκοπός της εν λόγω απαίτησης, ήτοι η απόδειξη ότι ένας οικονομικός φορέας μπορεί να προβεί σε προσήκουσες διανομές τροφίμων απευθείας στους ωφελούμενους, αποδεικνύεται κάλλιστα και από συμβάσεις διανομών τροφίμων που δεν εμπεριέχουν απαραίτητως και το στοιχείο της προμήθειας». Άλλωστε, αφενός ο όρος 1.3 της διακήρυξης εξηγεί αναλυτικά τον λόγο για τον οποίο σειρά παραγόντων καθιστούν αναγκαία την ενοποιημένη ανάθεση προμήθειας και διανομής, όμως αφορούν το γιατί δεν τμηματοποιείται η νυν σύμβαση και δεν εξηγούν ούτε καθιστούν εύλογο το λόγο για τον οποίο η προηγούμενη εμπειρία θα πρέπει να προκύπτει από συμβάσεις ενιαίας προμήθειας και διανομής και όχι από διακριτές συμβάσεις προμήθειας και διακριτές συμβάσεις διανομής, αφετέρου η απόδειξη ότι ένας οικονομικός φορέας μπορεί να προβεί σε προσήκουσες διανομές τροφίμων απευθείας στους ωφελούμενους, αποδεικνύεται κάλλιστα και από συμβάσεις διανομών τροφίμων που δεν εμπεριέχουν απαραίτητως και το στοιχείο της προμήθειας, με αποτέλεσμα να αποκλείεται διαγωνιζόμενος που μέσω μίας σύμβασης υπερπληροί τον αριθμό ωφελουμένων (εν προκειμένω η ... έχει εμπειρία στη διανομή 15πλασσιων ωφελουμένων ταυτόχρονα). Αλυσιτελώς δε η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η ικανότητα των οικονομικών φορέων να υλοποιούν διανομές σε πακέτο είναι καθοριστική για την εξυπηρέτηση των ωφελουμένων, και τούτο διότι ουδείς το αμφισβητεί εν προκειμένω. Επομένως, ο επίμαχος όρος περί απαίτησης εκτέλεσης 2 ολοκληρωμένων συμβάσεων προμήθειας και διανομής πάσχει ακυρότητας προεχόντως λόγω πλημμελούς αιτιολογίας, επίσης παρίσταται δυσανάλογος ήτοι μη σύννομος και τούτο διότι παρίσταται ιδιαιτέρως περιοριστικός του ανταγωνισμού καθόσον αποκλείει υποψηφίους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, στο πλαίσιο της αρχής της αναλογικότητας, ( βλ. σκ. 13 και 15 της παρούσας) θα μετείχαν, τονώνοντας τον ανταγωνισμό, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή διασφαλίζεται με απαίτηση περί κατ'ελάχιστον ολοκληρωμένης εκτέλεσης μίας

σύμβασης και σωρευτικής πλήρωσης πλείονων συμβάσεων διανομής για τη 2<sup>η</sup> ζητούμενη σύμβαση προκειμένου να διασφαλισθεί η επαναληψιμότητα, εμπειρία και συνέπεια των συμμετεχόντων. Σε κάθε περίπτωση η διασφάλιση του δημοσίου συμφέροντος επιτελείται, εν προκειμένω, όταν τα όποια κριτήρια επιλογής, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, θα μετείχαν, τονώνοντας τον ανταγωνισμό αλλά θα πρέπει να ιδωθούν υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., και να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη. Θα πρέπει τέλος, να σημειωθεί ότι ναι μεν ο διαγωνισμός είναι διεθνής ήτοι έχει δοθεί ευρεία δημοσιότητα, πλην όμως δεν προκύπτει ότι παρουσιάζει διασυνωριακό ενδιαφέρον λόγω της φύσεως του αντικείμενου του. Συνεπώς, ο προσβαλλόμενος όρος 2.2.6.1.Γ πάσχει ακυρότητας.

Σύμφωνα με τη γνώμη του μειοψηφούντος μέλους Χρήστου Σώκου, όπως εκτέθηκε και στην σκέψη 23 της παρούσης προς αποφυγή επαναλήψεων, η απαίτηση που εισάγει ο επίμαχος όρος 2.2.6.1.Γ, αποσκοπεί στην εξασφάλιση ενός ελάχιστου επιπέδου εμπειρίας των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, το οποίο αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης προμήθειας που θα συναφθεί. Η απαίτηση αυτή παρίσταται πρόσφορη σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι να παράσχει ένδειξη για την επάρκεια των ενδιαφερομένων να εκτελέσουν επιτυχώς την υπό ανάθεση σύμβαση, ενώ το απαιτούμενο επίπεδο τεχνικής ικανότητας δικαιολογείται από τις ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης και δεν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου με αυτή δημοσίου συμφέροντος.

27. Επειδή ο προσφεύγων με τον 3<sup>ο</sup> λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται 'ότι υφίσταται παρανομία όρου διακήρυξης στην παράγραφο **2.2.6.7.** όπου ορίζεται ότι «Ο προσφέρων οικονομικός φορέας είναι υποχρεωμένος να λάβει όλα τα κατάλληλα μέτρα για τη σωστή μεταφορά και παράδοση των ειδών στον υποδεικνυόμενο από την αναθέτουσα αρχή τόπο παράδοσης. Ο οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον δύο (2) φορτηγά για την μεταφορά και παράδοση των ειδών παντοπωλείου, τουλάχιστον δύο (2) φορτηγά για την μεταφορά και παράδοση των νωπών κρεάτων, τυροκομικών και φρούτων και τουλάχιστον ένα (1) φορτηγό για τη μεταφορά των προϊόντων βασικής υλικής συνδρομής» και τούτο διότι δεδομένου ότι τα οχήματα που διαθέτει έχουν μεν άδειες καταλληλότητας για τη μεταφορά τροφίμων, όπως απαιτείται από την κείμενη νομοθεσία, όχι όμως και για τη μεταφορά ειδών ΒΥΣ, αφού κάτι τέτοιο δεν προβλέπεται, ενώ η μεταφορά τους μπορεί να γίνεται με οποιοδήποτε όχημα, αφού δεν χρήζουν κάποιας ιδιαίτερης απαίτησης.

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι ζητούνται τα μεταφορικά μέσα για την μεταφορά των προϊόντων με τις αντίστοιχες άδειες καταλληλότητας μεταφοράς των προϊόντων, τις οποίες πρέπει να καταθέσει ο υποψήφιος ανάδοχος κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς τους. Για τον λόγω αυτόν απαιτούνται ξεχωριστά μεταφορικά μέσα για τις τρεις μεγάλες κατηγορίες των προϊόντων (1η κατηγορία - είδη παντοπωλείου, 2η κατηγορία - νωπά κρέατα, τυροκομικά και φρούτα, 3η κατηγορία – προϊόντα βασικής υλικής συνδρομής ώστε να διασφαλίζονται οι κανόνες ασφάλειας και υγιεινής για την μεταφορά των προϊόντων. Ο αριθμός των οχημάτων για κάθε κατηγορία είναι συνάρτηση του όγκου των μεταφερόμενων προϊόντων και του αριθμού των ωφελουμένων.

28. Επειδή, στην με αρ. Δ1γ/ΓΠ/46890/26-07-2021 Εγκύκλιο του Υπουργείου Υγείας την οποία επικαλείται ο προσφεύγων με θέμα «*Βεβαίωση καταλληλότητας σε οχήματα μεταφοράς τροφίμων και ποτών*», με την οποία παρέχονται διευκρινήσεις στο πλαίσιο εφαρμογής της υπ αριθμ Υ1γ/Γ.Π/οικ.47829/23.3.2017 (Β'2161) Υ.Α. άρθρο 12 κατηγορία II- παρ.

2, ορίζεται ότι «Οι απαιτήσεις που θέτει η Κοινοτική και Εθνική νομοθεσία, οι οποίες αντανakλούν τις απαιτήσεις περί ασφάλειας τροφίμων, αφορούν τις παρακάτω παραμέτρους:

- Οι χώροι των οχημάτων και οι περιέκτες που χρησιμοποιούνται για τη μεταφορά τροφίμων πρέπει να είναι άρτιοι, καθαροί και κατάλληλοι για τα τρόφιμα που θα μεταφέρονται. Οι επιφάνειες θα πρέπει να είναι ανθεκτικές για τα μεταφερόμενα φορτία και ανθεκτικές στα χρησιμοποιούμενα απορρυπαντικά και απολυμαντικά σκευάσματα.

- Τα οχήματα (δεν περιλαμβάνονται τα βυτιοφόρα οχήματα) και οι περιέκτες που προορίζονται για μεταφορά τροφίμων συνιστάται να είναι μόνο για αυτή τη χρήση.

- Αν μαζί με τα τρόφιμα μεταφέρονται και άλλα είδη, θα υπάρχει απομονωμένος χώρος για την αποθήκευσή τους και σε καμία περίπτωση δε θα μεταφέρονται είδη που μπορεί να επηρεάσουν τα τρόφιμα ή ουσίες όπως καύσιμα, χημικά ή γεωργικά φάρμακα.

- Πριν την φόρτωση των τροφίμων θα γίνεται υποχρεωτικά καθαρισμός και απολύμανση του οχήματος, και θα τηρείται αντίστοιχο έντυπο καθαρισμού - απολύμανσης, όταν:

- Τα είδη των τροφίμων που είχαν προηγουμένως μεταφερθεί μπορεί να επιμολύνουν το νέο φορτίο.

- Έχει προηγηθεί μεταφορά μη τροφίμων, εφόσον αυτό μπορεί να προκαλέσει επιμόλυνση του προς μεταφορά φορτίου.

- Ο χώρος ή ο περιέκτης είναι ακάθαρτος και χρήζει καθαρισμού.

- Τα τρόφιμα θα μεταφέρονται κατά τρόπο ώστε να μην επιμολύνονται ή υποβαθμίζονται από εξωγενείς παράγοντες (περιβάλλον).

- Όταν πρέπει να διατηρείται η αλυσίδα ψύξης, τα οχήματα ή οι περιέκτες θα πρέπει να εξασφαλίζουν τις απαιτούμενες συνθήκες με κατάλληλο τρόπο (αυτοδύναμο ψυκτικό μηχάνημα, ισοθερμική επένδυση, ηλεκτρισμός κ.λπ) ανάλογα με τον προβλεπόμενο χρόνο μεταφοράς και το είδος των τροφίμων. Στην περίπτωση αυτή θα πρέπει να υπάρχουν αυτόματα καταγραφικά



*θερμοκρασιών και η θερμοκρασία των θαλάμων να μην είναι μικρότερη από τα κατώτατα όρια θερμοκρασίας διατήρησης του προϊόντος που μεταφέρεται.*

- *Απαγορεύεται η μεταφορά μέσα στο ψυκτικό θάλαμο τροφίμων, που απαιτούν διαφορετικές θερμοκρασίες συντήρησης.*

Εν προκειμένω, αλυσιτελώς η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι απαιτούνται ξεχωριστά μεταφορικά μέσα για τις τρεις μεγάλες κατηγορίες των οικείων προϊόντων ώστε να διασφαλίζονται οι κανόνες ασφάλειας και υγιεινής για την μεταφορά τους και τούτο διότι ουδόλως ο προσφεύγων πλήττει την απαίτηση χρήσης διαφορετικών φορτηγών για τις 3 κατηγορίες προϊόντων, αλλά πλήττει το ότι ζητείται άδεια καταλληλότητας και για τη μεταφορά ειδών ΒΥΣ η οποία κατά τους ισχυρισμούς του δεν προβλέπεται από την ισχύουσα νομοθεσία. Επίσης, ουδόλως παραπέμπει η αναθέτουσα αρχή προς απόκρουση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος σε τυχόν διαφορετική νομοθεσία η οποία προβλέπει άλλου είδους ελέγχους καταλληλότητας και διαφορετική αρμόδια αρχή προς τούτο. Ειδικότερα, σύμφωνα με το ισχύον οικείο νομικό πλαίσιο, κατά τα ως άνω, ναι μεν συνιστάται τα οχήματα να μεταφέρουν μόνο τρόφιμα, πλην όμως προβλέπεται και η περίπτωση μεταφοράς και άλλων ειδών υπό προϋποθέσεις ήτοι ότι θα υπάρχει απομονωμένος χώρος για την αποθήκευσή τους και σε καμία περίπτωση δε θα μεταφέρονται είδη που μπορεί να επηρεάσουν τα τρόφιμα. Επομένως, εναργώς προκύπτει ότι ειδικότερες απαιτήσεις τίθενται για τα τρόφιμα, τα οποία άλλωστε είναι ευπαθή και ευαλλοίωτα και όχι για τα είδη ΒΥΣ, που δεν είναι, δηλαδή φορτηγό με άδεια καταλληλότητας μεταφοράς τροφίμων δύναται υπό προϋποθέσεις να μεταφέρει ταυτόχρονα και έτερα είδη όπως εν προκειμένω είδη ΒΥΣ **πολλώ δε μάλλον αυτοτελώς**. Άλλωστε για μεταφορικά μέσα εφοδιασμένα με τη σχετική βεβαίωση καταλληλότητας μεταφοράς τροφίμων, ως εν προκειμένω, απαιτείται ρητά πριν την φόρτωση (των τροφίμων) να γίνεται υποχρεωτικά καθαρισμός και απολύμανση του οχήματος, και να τηρείται αντίστοιχο έντυπο καθαρισμού - απολύμανσης. Επομένως, και ο οικείος λόγος της προσφυγής γίνεται δεκτός

απορριπτόμενων των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας ως προς τον επίμαχο λόγο.

29. Επειδή, σε περίπτωση ακυρώσεως διάταξης σχετικής με ένα κριτήριο ποιοτικής επιλογής, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να συνεχίσει τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως αποκλείοντας αυτό το κριτήριο, διότι τούτο θα κατέληγε να τροποποιήσει τα εφαρμοστέα στην εν λόγω διαδικασία κριτήρια. (βλ. σχετικά ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκ.94). Συνεπώς, η προσβαλλόμενη διακήρυξη του ανωτέρω διαγωνισμού πρέπει να ακυρωθεί (βλ. ενδ. και αποφάσεις ΑΕΠΠ 21/2017 σκ. 25, 22/2017 σκ. 28, 668/2018 σκ.20, 1136/2018 σκ. 27-28). Ειδικότερα, επειδή η ύπαρξη του προσβαλλόμενου όρου, που άπτεται των προϋποθέσεων παραδεκτού των κατατεθεισών προσφορών των οικονομικών φορέων, είναι πιθανό να εμπόδιζε τη συμμετοχή και άλλων οικονομικών φορέων, η Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της, προκειμένου η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να επαναπροκηρυχθεί μετά από αναπροσαρμογή των επίμαχων όρων (βλ. ενδ. και αποφάσεις ΑΕΠΠ 21/2017 σκ. 25, 22/2017 σκ. 28, 668/2018 σκ.20, 1136/2018 σκ. 27-28, 1019/2019).

30. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση κατά πλειοψηφία.

31. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

32. Επειδή κατ' ακολουθία σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 363 του ν. 4412/2016, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, ως αυτό αναφέρεται στη σκέψη 2 της παρούσας.

### **Για τους λόγους αυτούς**

**Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.**

**Αριθμός απόφασης: 1181 /2022**

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21.07.2022 και εκδόθηκε στις 08.08.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Αικατερίνη Ζερβού**

**Μαρία Κατσαρού**