

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 7-4-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Σωτηρία Σταματοπούλου και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10-9-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1745/13-9-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

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

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της υπ' αριθ. συν. 33/θέμα 29ο /30-8-2021 απόφασης της Διοικούσας Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απεκλείσθη και κατακυρώθηκε υπέρ του παρεμβαίνοντος το αποτέλεσμα διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 293.805,30 ευρώ, με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών σίτισης των δικαιούμενων δωρεάν σίτισης φοιτητών του ... (...), προσωρινής ισχύος και συγκεκριμένα από 01.09.2021 ή από την υπογραφή της σύμβασης μέχρι και δύο μήνες ή μέχρι την ανάδειξη αναδόχου της διακήρυξης ... (...), με τεχνικό εξοπλισμό του αναδόχου» (πρόσκληση υπ' αριθ. ...), ως και η ήδη υπογραφείσα, υπό ημερομηνία 1-9-2021 (ΑΔΑΜ: ...) σύμβαση παροχής υπηρεσιών σίτισης μεταξύ του ... και της εταιρείας «...», για το χρονικό διάστημα από 1-9-2021 έως και 31-10-2021, συνολικής δαπάνης 332.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α. 13%. Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 30-9-2021 Απόψεις της περί του αιτήματος προσωρινών μέτρων και ο προσφεύγων τα από 25-9-2021 και από 5-10-2021 υπομνήματά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 2.940 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου έκδοσης, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 10-9-2021 προσφυγή κατά της από 1-9-2021 κοινοποιηθείσας πρώτης ως άνω προσβαλλομένης και από την ίδια ημερομηνία εις γνώση του προσφεύγοντος, δεύτερης προσβαλλομένης (ήτοι της σύμβασης), εκ του μετέχοντος με επιφύλαξη στη διαδικασία προσκληθέντος προσφεύγοντος, ο οποίος στρέφεται τόσο κατά του αποκλεισμού, όσο και κατά της αποδοχής του ως άνω εν τέλει αναδόχου, αλλά και κατά της επικαλούμενης κατά παράβαση του άρ. 364 Ν. 4412/2016 σύναψης σύμβασης με τον τελευταίο. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, επί της προσφυγής ήδη εκδόθηκε η Απόφαση ΑΕΠΠ 1635/2021, η οποία ακυρώθηκε με τη ΔΕφΘεσσ 23/2022 και αναπέμφθηκε στην ΑΕΠΠ κατά το διατακτικό της, προς επανεξέταση, αποκλειστικά ως προς το μέρος της δια του οποίου στρέφεται κατά της προσβαλλομένης, κατά το σκέλος της δια του οποίου απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος. Άρα, το αποκλειστικό αντικείμενο της νυν εξέτασης συνίσταται στους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα κατά του δικού του αποκλεισμού. Συγκεκριμένα, στη σκ. 9 της ως άνω δικαστικής απόφασης κρίθηκε ότι πρέπει να αναπεμφθεί η υπόθεση στην ΑΕΠΠ, προκειμένου «να χωρήσει σε πλήρη και επί τη βάσει εκτιμήσεως των αντικειμενικών δεδομένων της προσφοράς [του προσφεύγοντος], ήτοι ελλείψει σχετικής άδειας, του πραγματικού ωφέλιμου χώρου του προσφερόμενου καταστήματος, κρίση περί της πλήρωσης από [τον προσφεύγοντα] της επίμαχης τεχνικής απαίτησης.» (σημειωτέον, ότι η δια της σκ. 12 αναφορά στην αναπομπή περί κρίσεως εκ της ΑΕΠΠ και νυν ΕΑΔΗΣΥ, του νομίμου της προσφοράς του προσφεύγοντος, λαμβάνει μεν χώρα στη σκ. 10, η οποία όμως αφορά το σκέλος της αίτησης ακύρωσης που αφορά την

απόρριψη των ισχυρισμών του προσφεύγοντος κατά της αποδοχής του παρεμβαίνοντος, ενώ το αιτιολογικό της αναπομπής στην ΑΕΠΠ, που αφορά μόνο, κατά το διατακτικό, αλλά και τη σκ. 12, το σκέλος της προσφυγής περί ακύρωσης του αποκλεισμού του προσφεύγοντα, προκύπτει στη σκ. 9). Ο δε προσφεύγων, κατά την προσβαλλομένη, απεκλείσθη με την εξής αιτιολογία «Από τα δικαιολογητικά της εταιρείας «.... διαπιστώθηκε ότι δεν καλύπτεται ο όρος της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που αναφέρεται στη διάθεση χώρου για τη σίτιση των φοιτητών με τουλάχιστον 150 καθίσματα στο ιστορικό κέντρο της Στο υποβληθέν στοιχείο Νο 79, 'ΣΙΤΙΣΗ-ΕΣΤΙΑΣΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ-αφορά το κριτήριο αξιολόγησης Κ.6' στις σελίδες 68-69 που δείχνουν σε κάτοψη τη διάταξη των τραπεζοκαθισμάτων στους χώρους του εστιατορίου στο ιστορικό κέντρο, διαπιστώθηκε η ύπαρξη 132 καθισμάτων. Με βάση το παραπάνω, η προσφορά της εταιρείας δεν καλύπτει όλους τους όρους της διακήρυξης ...». Τούτο, ενώ η νυν πρόσκληση παραπέμπει ως προς τους επιμέρους όρους της διαδικασίας στη διακήρυξη 9/2021 της ίδιας αναθέτουσας, κατ' άρ. 2.2.6 της οποίας ορίστηκε το εξής κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας «γ)Άδεια/ες λειτουργίας εάν υπάρχει/ουν, ή ενοικιαστήριο/α συμβόλαιο/α ή Υπεύθυνη/ες Δήλωση/σεις σύμφωνα με την παράγραφο 4, του άρθρου 8, του 1559/1986, του/των ιδιοκτήτη/των του/των ακινήτου/ων ότι υπάρχει συμφωνία ενοικίασης με τον υποψήφιο ανάδοχο του συγκεκριμένου χώρου σίτισης που θα περιλαμβάνει αίθουσα σίτισης φοιτητών (κλειστή αίθουσα, όχι υπαίθρια) και ότι το ακίνητο θα είναι διαθέσιμο στον ανάδοχο κατά την υπογραφή της σύμβασης.Στην περίπτωση που δεν υπάρχει άδεια λειτουργίας, Υπεύθυνη Δήλωση, σύμφωνα με την παράγραφο 4, του άρθρου 8, του 1559/1986, στην οποία ο υποψήφιος ανάδοχος θα δηλώνει ότι το ακίνητο θα είναι διαθέσιμο και έτοιμο για χρήση του το αργότερο μέχρι την υπογραφή της σύμβασης και ότι πρόκειται για χώρο σίτισης φοιτητών (κλειστή αίθουσα, όχι υπαίθρια).•Για το Τμήμα Α΄ πόλη Θεσσαλονίκη: Ο ανάδοχος πρέπει να διαθέτει χώρο εστιατορίου για την σίτιση των φοιτητών με εκατόν πενήντα (150) τουλάχιστον καθίσματα που θα προκύπτει από την άδεια λειτουργίας στο Ιστορικό Κέντρο της πόλης, το οποίο σύμφωνα με την

ΥΠΠΟ/ΔΙΛΑΠ/Γ/73046/51009/1994:Χαρακτηρισμός ως ιστορικού τόπου του ιστορικού κέντρου Θεσσαλονίκης, (ΦΕΚ 833/Β/1994). Συγκεκριμένα η περιοχή ορίζεται από το λιμάνι (παλαιότμήμα) την παλαιά παραλία (α προβλήτα έως Λευκό Πύργο), στην οδό Παύλου Μελά η οποία καταλήγει στο ιερό της Αγίας Σοφίας, την οδό Στ. Τάπη και Τμήμα της οδού Σωκράτους, Χριστοπούλου, Φιλίππου και οδό Αγία Σοφία μέχρι την οδό Κασσάνδρου και το Διοικητήριο(V. POSELI 1981) στα βόρεια και στη συνέχεια την οδό Καραολή Δημητρίου (πρώην Διοικητηρίου), την πλατεία Βαρδαρίου και τα δυτικά τείχη μέχρι το φρούριο του Βαρδαρίου (Τοπ-Χανέ, 15ο αιώνα) και το λιμάνι. Σε περίπτωση που η άδεια λειτουργίας δεν αναγράφει τον αριθμό καθισμάτων, τότε ο αριθμός αυτών θα προσδιορίζεται σύμφωνα με τις διατάξεις του υγειονομικού κανονισμού λειτουργίας εστιατορίων» και κατά τον όρο 2.4.3.1.ε, βορίζεται ότι υποβάλλονται με την προσφορά «ε)Άδεια/ες λειτουργίας εάν υπάρχει/ουν, ή ενοικιαστήριο/α συμβόλαιο/α ή Υπεύθυνη/ες Δήλωση/σεις σύμφωνα με την παράγραφο 4, του άρθρου 8, του 1559/1986, του/των ιδιοκτήτη/των του/των ακινήτου/ων ότι υπάρχει συμφωνία ενοικίασης με τον υποψήφιο ανάδοχο του συγκεκριμένου χώρου σίτισης που θα περιλαμβάνει αίθουσα σίτισης φοιτητών (κλειστή αίθουσα, όχι υπαίθρια),θα πρέπει να αναφέρεται η απαιτούμενη δυναμικότητα και ότι το ακίνητο θα είναι διαθέσιμο στον ανάδοχο κατά την υπογραφή της σύμβασης.Στην περίπτωση που δεν υπάρχει άδεια λειτουργίας, Υπεύθυνη Δήλωση, σύμφωνα με την παράγραφο 4, του άρθρου 8, του 1559/1986, στην οποία ο υποψήφιος ανάδοχος θα δηλώνει ότι το ακίνητο θα είναι διαθέσιμο και έτοιμο για χρήση του το αργότερο μέχρι την υπογραφή της σύμβασης και ότι πρόκειται για χώρο σίτισης φοιτητών (κλειστή αίθουσα, όχι υπαίθρια).•Για το Τμήμα Α΄ πόλη Θεσσαλονίκη:Ο ανάδοχος πρέπει να διαθέτει χώρο εστιατορίου για την σίτιση των φοιτητών με εκατόν πενήντα (150) τουλάχιστον καθίσματα που θα προκύπτει από την άδεια λειτουργίας στο Ιστορικό Κέντρο της πόλης, το οποίο σύμφωνα με την υπουργική απόφαση με αριθ. ΥΠΠΟ/ ΔΙΛΑΠ/Γ/ 73046/ 51009/ 1994:Χαρακτηρισμός ως ιστορικού τόπου του ιστορικού κέντρου Θεσσαλονίκης, (ΦΕΚ 833/Β/1994). Συγκεκριμένα η

περιοχή ορίζεται από το λιμάνι (παλαιό τμήμα) την παλαιά παραλία (α προβλήτα έως Λευκό Πύργο), στην οδό Παύλου Μελά η οποία καταλήγει στο ιερό της Αγίας Σοφίας, την οδό Στ. Τάττη και Τμήμα της οδού Σωκράτους, Χριστοπούλου, Φιλίππου και οδό Αγία Σοφία μέχρι την οδό Κασσάνδρου και το Διοικητήριο (V. POSELI 1981) στα βόρεια και στη συνέχεια την οδό Καραολή Δημητρίου (πρώην Διοικητηρίου), την πλατεία Βαρδαρίου και τα δυτικά τείχη μέχρι το φρούριο του Βαρδαρίου (Τοπ-Χανέ, 15^{ος} αιώνας) και το λιμάνι.». Επομένως, ναι μεν αν υπάρχει άδεια, τότε υποβάλλεται αυτή και αν αναφέρει δυναμικότητα, λαμβάνεται υπόψη η αναγραφόμενη, βλ. σκ. 3, για την απόδειξη της απαίτησης ελάχιστης δυναμικότητας, πλην όμως, δύνανται παραδεκτά και εναλλακτικά να υποβληθούν με την προσφορά μισθωτήριο ή υπεύθυνη δήλωση των ιδιοκτητών περί διάθεσης του εστιατορίου στον προσφέροντα, ως και υπεύθυνης δήλωσης του προσφέροντα ότι το εστιατόριο ως την υπογραφή της σύμβασης θα είναι έτοιμο και περιλαμβάνει κλειστή αίθουσα ως χώρο εστίασης φοιτητών, ήτοι τη ζητούμενης δυναμικότητας 150 καθισμάτων κλειστή, κατ' αποτέλεσμα, αίθουσα. Συνεπώς, εφόσον δεν υπάρχει άδεια, αρκεί να υποβληθούν τα ανωτέρω, ενώ αν δεν προκύπτει εξ υποβληθείσας άδειας η δυναμικότητα, αρκεί να προκύπτει, όπως ο αριθμός αυτών των καθισμάτων «θα προσδιορίζεται σύμφωνα με τις διατάξεις του υγειονομικού κανονισμού λειτουργίας εστιατορίων» (βλ. ανωτέρω όρο 2.2.6.γ).. Άρα, ζητήθηκε χώρος εστίασης στην οικεία περιοχή 150 καθισμάτων, δυναμικότητα που καταρχήν έπρεπε να προκύπτει από την άδεια λειτουργίας και μόνο αν η άδεια λειτουργίας «δεν αναγράφει τον αριθμό καθισμάτων, τότε ο αριθμός αυτών θα προσδιορίζεται σύμφωνα με τις διατάξεις του υγειονομικού κανονισμού λειτουργίας εστιατορίων», ήτοι ο υπολογισμός κατά τις οικείες διατάξεις λαμβάνει χώρα επικουρικά, αν δεν μνημονεύεται η δυναμικότητα στη σχετική άδεια. Η σκ. 9 της ως άνω δικαστικής απόφασης έκρινε ότι η Απόφαση ΑΕΠΠ, όσον αφορά την απόρριψη των αιτιάσεων του προσφεύγοντος κατά του δικού του αποκλεισμού, στηρίζεται σε πλημμελή και ελλιπή αιτιολογία, διότι «έλαβε, εκ προφανούς παραδρομής [υπόψη] άδεια καταστήματος κείμενου, όπως προκύπτει από τη θεώρηση αυτής, στην περιοχή ... του Δήμου ... (εντός ...), -

περιληφθέντος στην προσφορά της αιτούσας προς απόδειξη έτερου κριτηρίου επιλογής-, ήτοι διάφορου του κατά την προσφορά της αιτούσας και σύμφωνα με τη διακήρυξη προσφερόμενου καταστήματος (επί της οδού ...άρ.... Δήμου ...), η χωρητικότητα του οποίου και μόνον είχε αποτελέσει αντικείμενο της προσβληθείσης με την προδικαστική προσφυγή, αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής.». Εν προκειμένω, ο προσφεύγων υπέβαλε προσφορά επικαλούμενος κατάστημα εστίασης στην οδό ...αρ. ... στη ... Πράγματι, το έγγραφο 61β προσφοράς του, η με αρ. ... άδεια ίδρυσης και λειτουργίας καταστήματος επιχείρησης αναψυχής και προσφοράς κατά κύριο λόγο οινοπνευματωδών ποτών (κυλικείο) και μαζικής εστίασης πλήρους γεύματος (εστιατόριο), που αναφέρει συνολική δυναμικότητα «118 εξυπηρετούμενων ατόμων, τα οποία θα εξυπηρετούνται στην κελιστή αίθουσα», αναφέρεται σε άλλο εστιατόριο στη ... και εκ παραδρομής θεωρήθηκε ότι αφορά το εστιατόριο της οδού Για το δε εστιατόριο στην οδό ...δεν προκύπτει άδεια στην προσφορά του ούτε εντοπίζεται συναφής ισχυρισμός του στην προσφυγή του, περί αδείας για αυτό ούτε αναφέρεται οτιδήποτε σχετικό περί αδείας του επί της οδού Πολυτεχνείου, εστιατορίου, στην ως άνω δικαστική απόφαση. Περαιτέρω, δεδομένης της μη υποβολής αδείας για το κατάστημα στην οδό ... και σε συμμόρφωση με την ως άνω δικαστική απόφαση, εξέτασης για την πλήρωση του όρου περί 150 τραπεζοκαθισμάτων, αποκλειστικά της κάτοψης που περί αυτού υπέβαλε, προκύπτουν τα εξής. Στο σχετ. 79 της προσφοράς του, σελ. 68-70 αυτού, ο ίδιος ο προσφεύγων υπέβαλε την ως άνω κάτοψη του εστιατορίου (η δε 3^η σελίδα της κάτοψης, σελ. 70 του αρχείου απεικονίζει το υπόγειο και δεν περιλαμβάνει τραπεζοκαθίσματα) που εμφανίζει μεν τετραγωνικά ωφέλιμου χώρου, κατά υπολογισμό του μηχανικού του, τα οποία αν όντως συνιστούσαν τον κατά νόμο ωφέλιμο χώρο, θα οδηγούσαν σε άνω των 150 καθισμάτων. Συγκεκριμένα, κατά την ΥΑ Υ1γ/ΓΠ/οικ. 47829/21.6.2017, και δη το αρ. 14 της οποίας περί καταστημάτων μαζικής εστίασης, απαιτείται 1,30 τμ ωφέλιμου χώρου ανά κάθισμα για εσωτερικούς χώρους, ενώ το αρ. 14 της ως άνω ΥΑ προβλέπει ότι «Δε συνιστά παράβαση η επιμέρους υπέρβαση της δυναμικότητας των επιμέρους χώρων εάν δεν υφίσταται υπέρβαση επί της

συνολικής δυναμικότητας του καταστήματος.» και άρα, η δυναμικότητα εσωτερικών χώρων της μονάδας υπολογίζεται ενιαία βάσει του συνολικού εμβαδού αυτών και ανεξαρτήτως κατανομής εμβαδού σε περισσότερους εσωτερικούς χώρους, ήτοι βάση-διαιρετέος της διαίρεσης με τα 1,30 τμ είναι το συνολικό εμβαδό και όχι το εμβαδό ανά αίθουσα ή όροφο και ανεξαρτήτως της επιμέρους κατανομής ή υπέρβασης καθισμάτων ανά επιμέρους χώρο και αρκούσας της δια του όλου χώρου, τήρησης του συνολικού αριθμού καθισμάτων που ορίζει η ενιαία και συνολική του δυναμικότητα (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 1635/2021). Εν προκειμένω, η ως άνω κάτοψη εμφανίζει ισόγειο, διαθέσιμου προς ανάπτυξη τραπεζοκαθισμάτων χώρου 83,96 τμ και πατάρι, αντίστοιχου προς ανάπτυξη τραπεζοκαθισμάτων εμβαδού 114,02 τμ και αθροιστικά $114,02 + 83,96 = 197,98$ τμ, χώρος ανάπτυξης τραπεζοκαθισμάτων, που αντιστοιχούν σε $197,98 / 1,30 = 152,29$ ή 152 ακέραια τραπεζοκαθίσματα, περισσότερα από τα 150 που ζητήθηκαν. Άλλωστε, κατά την αναπομπή της ως άνω δικαστικής απόφασης, το αντικείμενο εξέτασης πλήρωσης της απαίτησης των 150 καθισμάτων, πρέπει να λάβει χώρα «βάσει εκτιμήσεως των αντικειμενικών δεδομένων της προσφοράς [του προσφεύγοντος], ήτοι ελλείψει σχετικής άδειας, του πραγματικού ωφέλιμου χώρου του προσφερόμενου καταστήματος» και άρα, ακριβώς βάσει όσων ανωτέρω διέταξε η παραπάνω απόφαση και αιτιολόγησε ούτως το αναπεμπτικό διατακτικό της, κρίσιμο στοιχείο για την αξιολόγηση περί του αν πληρούνται οι απαιτήσεις 150 καθισμάτων είναι αποκλειστικά ο αριθμός καθισμάτων στον οποίο αντιστοιχεί κατά νόμο ο πραγματικά ωφέλιμος χώρος του καταστήματος, όπως ελλείψει αδειας, δια της κάτοψης απεικονίζεται, ασχέτως ότι η ίδια η κάτοψη (ενδεικτικά κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα και ως πρόταση εκμετάλλευσης του χώρου), η ίδια εμφανίζει και χωροθετεί 33 τραπέζια με 4 καθίσματα έκαστο και άρα, 132 καθίσματα. Άρα, εκ του μεν του εμβαδού προκύπτει πλήρωση της απαίτησης, εκ της δε απεικόνισης, που πάντως βάσει των ανωτέρω δεν λαμβάνεται υπόψη, δεν προκύπτει αυτή. Επομένως, κατά το ως άνω σκεπτικό, προκύπτει πλήρωση της παραπάνω απαίτησης και άρα, μη νομίμως κρίθηκε κατά την ανωτέρω αιτιολογία αποκλειστέος ο προσφεύγων, δεδομένου

άλλωστε, ότι δεν προκύπτει στο πλαίσιο της νυν εξέτασης, ερειδόμενης αποκλειστικά επί της ως άνω αναπομπής, άλλο αντικείμενο εξέτασης.

4. Επειδή, επομένως και δεδομένου ότι ήδη ακυρώθηκε η απόρριψη της προσφυγής ως προς το σκέλος της περί επιδίωξης ακύρωσης της αποδοχής του παρεμβαίνοντα, η Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η Παρέμβαση.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7-4-2022 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ