

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 28 Μαΐου 2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής – δυνάμει της
με αρ. 642/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα –
Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη

Για να εξετάσει τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή
Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 525/02-05-2019 Προδικαστική
Προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο
«...», που εδρεύει στον ..., επί της οδού ..., αρ. ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης
(εφεξής «προσφεύγουσα» ή «προσφεύγων» ή «...»)

Κατά του Δήμου ..., που εδρεύει στον ..., επί της οδού ..., αρ. ...
(εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «Δήμος»), στο πλαίσιο του με α/α
ΕΣΗΔΗΣ ... δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων για
την προμήθεια τροφίμων και φρέσκου γάλακτος στους δικαιούχους
υπαλλήλους του Δήμου ... και των φορέων αυτού για δύο (2) έτη, συνολικής
προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.007.006,65€, συμπεριλαμβανομένου του
Φ.Π.Α, χωρίς δικαίωμα προαίρεσης, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον
συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (υπ' αριθ.
35404/2018 διακήρυξη) (εφεξής «διαγωνισμός») και ειδικώς σχετικώς με την
ομάδα Α' του Φορέα Γ', δηλαδή την προμήθεια τροφίμων για το κοινωνικό
παντοπωλείο του Δήμου ..., προϋπολογισθείσας δαπάνης τμήματος
334.704,00€, χωρίς ΦΠΑ, και κατά της υπ' αριθμό 148/2019 απόφασης της
Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (εφεξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή
«προσβαλλόμενη πράξη»), κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της
προσφεύγουσας για την επίμαχη ομάδα, για τους λόγους που αναφέρονται
στην εν λόγω Προσφυγή και

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», που κατοικοεδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αρ. ..., (εφεξής «παρεμβαίνων» ή «...»).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016) που ανέρχεται σε ποσό 1.007.006,65€, συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α, χωρίς δικαίωμα προαίρεσης, του αντικειμένου της (προμήθεια), της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί (γενικές δημόσιες υπηρεσίες σε τοπικό επίπεδο) και της νομικής της φύσης, ως Οργανισμού Τοπικής Αυτοδιοίκησης Α΄ Βαθμού, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή της σχετικής σύμβασης για δημοσίευση στην επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 07-11-2018), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ΄ της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α΄116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

2. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 1.675,00€, σύμφωνα με τις συνδυασμένες διατάξεις των παρ. 1 και 2 των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η αξία προ ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης της ομάδας Α΄ του Φορέα Γ΄, σχετικά με την οποία ασκείται η

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

προσφυγή, ανέρχεται στα 334.704,00€. Η αξία του παραβόλου, μάλιστα, υπερβαίνει του νομίμου κατά ποσό 1,48€, το οποίο και καταβλήθηκε αχρεώστητα.

3. Επειδή, κατά τα λοιπά, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτός, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017. Συνακόλουθα, πρέπει να εξεταστεί κατ' ουσίαν.

4. Επειδή, ο Δήμος ..., με τη με αριθμό .../2018 διακήρυξή του, προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου ή αναδόχων προμήθειας τροφίμων και φρέσκου γάλακτος στους δικαιούχους υπαλλήλους του Δήμου και των φορέων αυτού για δύο (2) έτη, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.007.006,65€, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13% και 24%, χωρίς δικαίωμα προαίρεσης και με το δικαίωμα προαίρεσης έως ποσού 17.130.01€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13%, συνολικής δαπάνης συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13% και 24% και δικαιώματος προαίρεσης 1.024.136,66€, με κριτήριο κατακύρωσης, για τα είδη: ελαιόλαδο, αυγά, κατεψυγμένα λαχανικά, είδη κρεοπωλείου, είδη ιχθυοπωλείου, είδη οπωροπωλείου, ήτοι φρούτα και λαχανικά, το μεγαλύτερο ενιαίο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) ανά ομάδα στη νόμιμα διαμορφούμενη μέση τιμή λιανικής πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσης του, όπως αυτή προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο δελτίο πιστοποίησης τιμών του Τμήματος Εμπορίου της Περιφέρειας ... και, για τα υπόλοιπα είδη τροφίμων, καθώς και για το φρέσκο γάλα των υπαλλήλων, τη χαμηλότερη τιμή στο σύνολο των ειδών της ομάδας. Τα τρόφιμα και το γάλα προβλέπεται να καλύψουν τις ανάγκες τριών φορέων, του Ν.Π.Δ.Δ. «Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής και Κοινωνικής Μέριμνας Δήμου ...», του Κέντρου Δημιουργικής απασχόλησης Αμέα της Κοινωφελούς Επιχείρησης Αθλητισμού – Πολιτισμού – Περιβάλλοντος και του ίδιου του Δήμου ..., για τις λειτουργικές ανάγκες του Κοινωνικού Παντοπωλείου του, το γάλα δε των

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

δικαιούχων υπαλλήλων του Δήμου και των ανωτέρω Φορέων του. Οι ενδιαφερόμενοι μπορούσαν να υποβάλλουν προσφορά για μία ή περισσότερες ομάδες και για όποιο φορέα επιθυμούν, για τη συνολική ωστόσο προκηρυχθείσα ποσότητα κάθε ομάδας. Ο διαγωνισμός διενεργήθηκε ηλεκτρονικά στο ΕΣΗΔΗΣ, στον ηλεκτρονικό τόπο με α/α συστήματος Κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών για την Ομάδα Α΄ - «Προμήθεια τροφίμων για το κοινωνικό παντοπωλείο» του Φορέα Γ΄ – Δήμου ... υποβλήθηκαν προσφορές από τέσσερις (4) οικονομικούς φορείς, τον φορέα με την επωνυμία ..., την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία ... με δ.τ. ..., ήδη προσφεύγουσα, την ετερόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία ... και τον φορέα με την επωνυμία Κατά το στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, η επιτροπή του διαγωνισμού συνέταξε το Πρακτικό υπ' αριθ. 1, σύμφωνα με το οποίο διαπίστωσε την ορθότητα και πληρότητα των δικαιολογητικών, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης και ότι η Τεχνική Προσφορά καλύπτει όλες τις σχετικές απαιτήσεις της Διακήρυξης και κρίνεται τεχνικά επαρκής για τις προσφορές όλων των πιο πάνω φορέων, πλην της εταιρείας Για την εταιρεία αυτή διαπίστωσε ότι δεν έχει προσκομίσει τουλάχιστον δύο συμβάσεις ύψους ίσου ή μεγαλύτερου με το 1/2 της καθαρής (άνευ ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένης της προαίρεσης) προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης για την επίμαχη ομάδα, κατά τα προβλεπόμενα στην παράγραφο 2.4.3 της διακήρυξης, σχετικά με τα Περιεχόμενα Φακέλου: Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά και συγκεκριμένα την παράγραφο 2.4.3.1, όπου αναφέρεται ότι «...τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: γ) τα αποδεικτικά μέσα - δικαιολογητικά των περ. Β.3, Β.4 και Β.5 της παραγράφου 2.2.9.2.». Μετά ταύτα, εισηγήθηκε η προσφορά της εταιρείας ... να μην κριθεί αποδεκτή, διότι δεν καλύπτει όλες τις σχετικές απαιτήσεις της διακήρυξης. Στη συνέχεια, αποσφραγίστηκαν οι οικονομικές προσφορές όλων των ομάδων όλων των φορέων, ειδικώς δε για την επίμαχη ομάδα του Φορέα Γ΄ δεν αποσφραγίστηκε η προσφορά της εταιρείας ..., αλλά αποσφραγίστηκαν οι

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

προσφορές μόνον των τριών λοιπών ως άνω οικονομικών φορέων, ενώ με το Πρακτικό υπ' αριθμό 2 η επιτροπή εισηγήθηκε, μεταξύ άλλων, για την επίμαχη ομάδα την ανάδειξη του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ... ως προσωρινού αναδόχου, διότι με συνολική προσφερόμενη τιμή, για τα είδη με ΦΠΑ 13%, 177.840,00 € και, για τα είδη με ΦΠΑ 24%, 31.560,00, έδωσε τη χαμηλότερη τιμή. Με τη με αρ. 148 Απόφασή της, της συνεδρίασης της 18^{ης} Απριλίου του έτους 2019, τέλος, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ..., ενέκρινε ομόφωνα τα με αριθμούς 1 και 2 ως άνω πρακτικά της επιτροπής του διαγωνισμού και αποφάσισε, μεταξύ άλλων, για την Ομάδα Α' - «Προμήθεια τροφίμων για το κοινωνικό παντοπωλείο» του Φορέα Γ' – Δήμου ... την ανάδειξη του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ... ως προσωρινού αναδόχου. Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης του αρμοδίου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της για την επίμαχη ομάδα Α' του φορέα Γ', άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή.

5. Επειδή, στην υπό εξέταση προσφυγή της, η προσφεύγουσα, που συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, μεταξύ άλλων και για την επίμαχη ομάδα, ομάδα Α' του Φορέα Γ'- Δήμος ..., με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, προβάλλει ότι με την προσβαλλόμενη πράξη μη νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της στην επίμαχη ομάδα, με την αιτιολογία ότι δεν προσκόμισε τουλάχιστον δυο συμβάσεις ύψους ίσου ή μεγαλύτερου με το ½ της καθαρής (άνευ ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένης της προαίρεσης) προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης για την επίμαχη ομάδα, κατά τα προβλεπόμενα στην παράγραφο 2.4.3 της διακήρυξης περί υποβολής με την προσφορά της των αποδεικτικών μέσων πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό της. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι ενώ, κατά τα αναγραφόμενα στη διακήρυξη, η αξία των συμβάσεων που έπρεπε να έχει καταθέσει ανερχόταν στο ½ της καθαρής αξίας (άνευ ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης) της προϋπολογισθείσας δαπάνης της επίμαχης ομάδας Α' του

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

φορέα Γ', για την οποία υπέβαλε προσφορά, δηλαδή το ½ αξίας 334.704,00€, ήτοι 167.352,00€, κατέθεσε επτά (7) συμβάσεις συνολικής αξίας 372.903,70€, ποσού δηλαδή που υπερκάλυπτε το ζητούμενο, όπως έκανε και για τις υπόλοιπες ομάδες ειδών παντοπωλείου της διακήρυξης για τις οποίες υπέβαλε προσφορά. Το γεγονός, μάλιστα, ότι για την ομάδα Α' (προμήθεια ειδών παντοπωλείου για προσχολική αγωγή) και την ομάδα ΣΤ' (προμήθεια ειδών παντοπωλείου για κοινωνική μέριμνα) του φορέα Α' και ομάδα Α' (προμήθεια ειδών παντοπωλείου) του φορέα Β', η προσφορά της έγινε δεκτή, προκαλεί αντίφαση με την απόρριψη της προσφοράς της για την επίμαχη ομάδα Α' του φορέα Γ'. Σημειώνει, τέλος, η προσφεύγουσα ότι ο προϋπολογισμός της ομάδας Α' (προμήθεια ειδών παντοπωλείου για προσχολική αγωγή) και της ομάδας ΣΤ' (προμήθεια ειδών παντοπωλείου για κοινωνική μέριμνα) του φορέα Α' ανέρχόταν σε ποσό προ ΦΠΑ 134.330,00€ και 2.738,13€ αντίστοιχα, με συνέπεια, μαζί με τον προϋπολογισμό της επίμαχης ομάδας Α' του φορέα Γ', ο συνολικός προϋπολογισμός των ειδών παντοπωλείου της διακήρυξης να ανέρχεται σε ποσό 471.772€, επομένως η αξία των συμβάσεων που υπέβαλε (372.903,70€) υπερέβαιναν το 1/2 και του συνολικού αυτού προϋπολογισμού ($471.772 \times \frac{1}{2} =$) 235.886€.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, με το με αρ. πρωτ. 15106/08-05-2019 έγγραφο της επιτροπής διενέργειας διαγωνισμών για λοιπές προμήθειες, αναλώσιμα και υπηρεσίες και αξιολόγησης της διεύθυνσής της της κοινωνικής προστασίας, παιδείας και πολιτισμού, απέστειλε τις απόψεις της, στις οποίες αναφέρει ότι η αξιολόγηση της προσφεύγουσας στηρίχθηκε στη διατύπωση των παρ. 2.2.6 και 2.2.9 της διακήρυξης. Συγκεκριμένα, αναφέρεται ότι εξετάστηκε η εκτέλεση, κατά την τελευταία τριετία, δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεων, παρόμοιων με τη σύμβαση που αφορά η διακήρυξη, με καθαρή αξία, η κάθε μια, ίση ή μεγαλύτερη του ποσού των 83.676,00 €. Αναλυτικότερα, ισχυρίζεται ότι για την ομάδα Α', του Φορέα Γ', η συνολική προϋπολογισθείσα καθαρή δαπάνη είναι: $334.704,00 \text{ €} / 2 \text{ έτη} = 167.352,00 \times 1/2 = 83.676,00\text{€}$. Και καταλήγει ότι από τις προσκομισθείσες συμβάσεις προέκυπτε ότι το υπ. αριθ. .../1.9.2016 Συμφωνητικό του Δήμου ...,

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

συμβατικής δαπάνης 201.290,54€ πλέον Φ.Π.Α ήταν η μόνη σύμβαση, η οποία πληρούσε τους όρους της διακήρυξης.

7. Επειδή, ο παρεμβαίνων, τύποις παραδεκτώως, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017 και εμπροθέσμως, κατά τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017, την 16-05-2019 ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την από ίδιας ημερομηνίας παρέμβασή του, με την οποία με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των πιο πάνω διατάξεων, επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης του Δήμου, με την οποία ανακηρύσσεται προσωρινός ανάδοχος της επίμαχης ομάδας Α΄ του φορέα Γ΄ της σύμβασης. Στην παρέμβασή του αυτή, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα εξής: Ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας πως η απόρριψη της προσφοράς της για την επίμαχη ομάδα Α΄ του φορέα Γ΄ προκαλεί αντίφαση με την αποδοχή της για τις αντίστοιχες ομάδες {Α΄ (προμήθεια ειδών παντοπωλείου για προσχολική αγωγή) και ΣΤ΄ (προμήθεια ειδών παντοπωλείου για κοινωνική μέριμνα) του φορέα Α΄ και ομάδα Α΄ (προμήθεια ειδών παντοπωλείου) του φορέα Β΄} είναι όλως αβάσιμος και παραπλανητικός, δεδομένου ότι ο προϋπολογισμός για καθεμία από τις ανωτέρω ομάδες για τις οποίες η προσφορά της έγινε δεκτή είναι σημαντικά μικρότερος από αυτόν της επίμαχης ομάδας Α΄ του φορέα Γ΄, ο οποίος ανερχόταν στα 334.704€. Ο συνολικός προϋπολογισμός, εξάλλου, των ειδών παντοπωλείου της σύμβασης ανέρχεται σε 476.638,39€ και όχι σε 471.772,00€, όπως εσφαλμένα υπολογίζει η προσφεύγουσα. Και καταλήγει πως το γεγονός ότι η προσφορά της κάλυπτε τις προϋποθέσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της διακήρυξης για τις άλλες ομάδες δεν ασκεί ουδεμία απολύτως επιρροή επί της κρίσης για την επίμαχη ομάδα. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι η σύμβαση της προσφεύγουσας με το Δήμο ..., καθαρής αξίας 201.290,50€ δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης, καθώς στο αντικείμενο της σύμβασης περιλαμβάνονται και άλλες ομάδες που καμία σχέση δεν έχουν με το αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης, όπως αποδεικνύεται από την υπ' αριθ.

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

.../2016 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., την οποία και επισυνάπτει στην παρέμβασή του και από την οποία προκύπτει ότι το ποσό κατακύρωσης για τα είδη παντοπωλείου ανέρχεται σε καθαρή αξία 93.381,24€. Και αν ήθελε, εξάλλου, γίνει δεκτή, εν όλω, πρόκειται για μία (1) σύμβαση και όχι για τουλάχιστον δύο (2), όπως ρητώς απαιτείται από τη διακήρυξη. Τέλος, ο παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι από το σύνολο των συμβάσεων που η προσφεύγουσα προσκομίζει προκύπτει ότι, κατά το μεγαλύτερο μέρος τους, περιλαμβάνουν και άλλα είδη, εκτός από είδη παντοπωλείου, που αφορά η επίμαχη ομάδα Α΄ του φορέα Γ΄, με αποτέλεσμα να καθίσταται αδύνατη ή σε κάθε περίπτωση επισφαλής η εξέταση και η αποδοχή τους πέραν πάσης αμφιβολίας. Επικαλείται, δε, σχετικά και παραδείγματα από τις συμβάσεις που η προσφεύγουσα προσκομίζει.

8. Επειδή, σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των διαγωνιζομένων στον επίμαχο διαγωνισμό και τον τρόπο απόδειξής της με την υποβολή της προσφοράς από αυτούς, η διακήρυξη, που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο, που διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή, όσο και τους διαγωνιζόμενους (πρβλ. ΑΕΠΠ Α65/17, 65/17, 114/17, 115/17, 174/17, 128/17 κ.α.), προβλέπει, στο άρθρο 2.2.6 με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού: α) κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων οικονομικών χρήσεων κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, να έχουν εκτελεστεί, επί ποινή αποκλεισμού, τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις ή εφ' όσον αυτές βρίσκονται σε εξέλιξη, το εκτελεσθέν μέρος αυτών να είναι ίσο ή μεγαλύτερο με το 1/2 της καθαρής (άνευ ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένης της προαίρεσης) προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης για τις ομάδες που συμμετέχει. ...», στο άρθρο 2.2.9.2 της διακήρυξης με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα», στην παράγραφο Β.4,

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

ότι: «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) Τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις παρόμοιες με τη σύμβαση που αφορά η παρούσα διακήρυξη, κατά μέσο όρο για το ανωτέρω χρονικό διάστημα, που έχουν εκτελεσθεί ή βρίσκονται σε εξέλιξη, ύψους ίσο ή μεγαλύτερο με το ½ της καθαρής (άνευ ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένης της προαίρεσης) προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης για τις ομάδες που παίρνει μέρος. ...» και στο άρθρο 2.4.3 με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά», ότι «2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης, και γ) τα αποδεικτικά μέσα - δικαιολογητικά των περ. Β.3, Β.4 και Β.5 της παραγράφου 2.2.9.2. ...». Στο άρθρο 1.3 της διακήρυξης, εξάλλου, με τίτλο «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης», προβλέπεται ότι: «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ & ΠΑΡΟΧΗ ΦΡΕΣΚΟΥ ΓΑΛΑΚΤΟΣ ΣΤΟΥΣ ΔΙΚΑΙΟΥΧΟΥΣ ΥΠΑΛΛΗΛΟΥΣ που απαιτούνται για να καλύψουν τις ανάγκες των υπηρεσιών του Ν.Π.Δ.Δ. «Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής και Κοινωνικής Μέριμνας Δήμου ...», του Δήμου ... για τις λειτουργικές ανάγκες του Κοινωνικού Παντοπωλείου του, τις ανάγκες του Κέντρου Δημιουργικής απασχόλησης Αμέα της Κοινωφελούς Επιχείρησης Αθλητισμού – Πολιτισμού – Περιβάλλοντος του Δήμου ..., καθώς και την παροχή γάλακτος στους δικαιούχους υπαλλήλους του Δήμου και των ανωτέρω Φορέων του για δύο έτη (πολυετής δαπάνη). Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : CPV: 15800000-6 «ΔΙΑΦΟΡΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΔΙΑΤΡΟΦΗΣ», 15811000-6 «ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΑΡΤΟΥ», 15110000-2 «ΚΡΕΑΣ», 03311000-2 «ΨΑΡΙΑ», 15300000-1 «ΦΡΟΥΤΑ –ΛΑΧΑΝΙΚΑ ΚΑΙ ΣΥΝΑΦΗ ΠΡΟΪΟΝΤΑ», 5511000-3 «ΓΑΛΑ». Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στις

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

κάτωθι ομάδες: ΦΟΡΕΑΣ Α Ν.Π.Δ.Δ. “Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής και Κοινωνικής Μέριμνας” του Δήμου ... 1. ΟΜΑΔΑ Α «Προμήθεια ειδών παντοπωλείου για προσχολική αγωγή» Η δαπάνη της προμήθειας προϋπολογίζεται να ανέλθει συνολικά στο ποσό των 155.774,42 € με Φ.Π.Α 13% και 24%. CPV: 15800000-6 «ΔΙΑΦΟΡΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΔΙΑΤΡΟΦΗΣ» 2. ΟΜΑΔΑ Β «Προμήθεια ειδών αρτοποιείου για προσχολική αγωγή» Η δαπάνη της προμήθειας προϋπολογίζεται να ανέλθει συνολικά στο ποσό των 95.622,80 € με Φ.Π.Α 13% και 24%. CPV: 15811000-6 «ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΑΡΤΟΥ» 3. ΟΜΑΔΑ Γ «Προμήθεια ειδών κρεοπωλείου για προσχολική αγωγή» Η δαπάνη της προμήθειας προϋπολογίζεται να ανέλθει συνολικά στο ποσό των 82.487,18 € με Φ.Π.Α 13%. CPV: 15110000-2 «ΚΡΕΑΣ» 4. ΟΜΑΔΑ Δ «Προμήθεια ειδών ιχθυοπωλείου για προσχολική αγωγή» Η δαπάνη της προμήθειας προϋπολογίζεται να ανέλθει συνολικά στο ποσό των 41.314,50 € με Φ.Π.Α 13%. CPV: 03311000-2 «ΨΑΡΙΑ» 5. ΟΜΑΔΑ Ε «Προμήθεια ειδών οπωροπωλείου για προσχολική αγωγή» Η δαπάνη της προμήθειας προϋπολογίζεται να ανέλθει συνολικά στο ποσό των 83.247,57 € με Φ.Π.Α 13%. CPV: 15300000-1 «ΦΡΟΥΤΑ –ΛΑΧΑΝΙΚΑ ΚΑΙ ΣΥΝΑΦΗ ΠΡΟΪΟΝΤΑ» 6. ΟΜΑΔΑ ΣΤ’ «Προμήθεια ειδών παντοπωλείου για κοινωνική μέριμνα» Η δαπάνη της προμήθειας προϋπολογίζεται να ανέλθει συνολικά στο ποσό των 5.978,89 € με Φ.Π.Α 13% και 24%. CPV: 15800000-6 «ΔΙΑΦΟΡΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΔΙΑΤΡΟΦΗΣ» 7.ΟΜΑΔΑ Ζ «Προμήθεια φρέσκου γάλακτος των δικαιούχων υπαλλήλων» ... ΦΟΡΕΑΣ Γ ΔΗΜΟΣ Η δαπάνη της προμήθειας προϋπολογίζεται να ανέλθει στο ποσό των 540.851,24 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13% και 24% και αναλύεται ως εξής: 1. ΟΜΑΔΑ Α «Προμήθεια τροφίμων για το κοινωνικό παντοπωλείο». Η δαπάνη της προμήθειας προϋπολογίζεται να ανέλθει συνολικά στο ποσό των 385.270,92€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 13% και 24%. CPV: 15800000-6 «ΔΙΑΦΟΡΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΔΙΑΤΡΟΦΗΣ» 2. ΟΜΑΔΑ Β «Προμήθεια φρέσκου γάλακτος των δικαιούχων υπαλλήλων». Η δαπάνη της προμήθειας του φρέσκου γάλακτος στους δικαιούχους υπαλλήλους του Δήμου προϋπολογίζεται να ανέλθει στο ποσό των 138.450,31 €

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 13% με δικαίωμα προαίρεσης μέχρι 15% στην συνολική ποσότητα για τις ανάγκες των υπαλλήλων του Δήμου ποσού 17.130,01€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 13%. Φρέσκο γάλα CPV: 15511000-3 «ΓΑΛΑ» ... Η διάρκεια της σύμβασης/ων ορίζεται σε είκοσι τέσσερεις (24) μήνες ή μέχρι εξαντλήσεως των ποσοτήτων, αρχόμενης από την ημερομηνία ανάρτησης της υπογεγραμμένης από τα συμβαλλόμενα μέρη, σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ (άρθρο 38, παρ.7 του Ν.4412/2016), με τμηματική παραγγελία - παραλαβή των ειδών ανάλογα με τις ανάγκες της υπηρεσίας. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσας διακήρυξης. ...». Στο Παράρτημα Ι, τέλος, της διακήρυξης με τίτλο «Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικείμενου της Σύμβασης», υπό τον τίτλο «ΦΟΡΕΑΣ Γ ΔΗΜΟΣ ... ΟΜΑΔΑ Α. Τρόφιμα Κοινωνικού Παντοπωλείου», περιλαμβάνονται τρεις πίνακες, ο πρώτος υπό τον τίτλο, «Είδη παντοπωλείου (ΦΠΑ 13%)», στον οποίο περιλαμβάνονται επτά στήλες, στην πρώτη, τα προς προμήθεια είδη, ήτοι ζυμαρικά 500 gr, ρύζι 500 gr (Καρολίνα ή Μπονέτ), γάλα εβαπορέ 410 gr, αλεύρι 1000 gr και όσπρια 500 gr, στη δεύτερη, η μονάδα μέτρησης αυτών (τεμάχιο), στην τρίτη, οι ετήσιες ποσότητες των ζητούμενων τεμαχίων κάθε είδους, στην τέταρτη, η προϋπολογισθείσα τιμή κάθε τεμαχίου κάθε ζητούμενου είδους, στην πέμπτη, το σύνολο της προϋπολογισθείσας αξίας κάθε ζητούμενου είδους ως το γινόμενο του συνόλου των ζητούμενων ποσοτήτων τεμαχίων με την τιμή κάθε τεμαχίου, στην έκτη, το σύνολο του ΦΠΑ 13% κάθε ζητούμενου είδους και στην έβδομη το σύνολο με ΦΠΑ κάθε ζητούμενου είδους, ο δεύτερος υπό τον τίτλο, «Είδη παντοπωλείου (ΦΠΑ 24%)», στον οποίο περιλαμβάνονται επτά στήλες, στην πρώτη, τα προς προμήθεια είδη, ήτοι ζάχαρη λευκή ψιλή 1000 gr, συμπυκνωμένος χυμός ντομάτας 500 gr και φρυγανιές σίτου 250 gr, στη δεύτερη, η μονάδα μέτρησης αυτών (τεμάχιο), στην τρίτη, οι ετήσιες ποσότητες των ζητούμενων τεμαχίων κάθε είδους, στην τέταρτη, η προϋπολογισθείσα τιμή κάθε τεμαχίου κάθε ζητούμενου είδους, στην πέμπτη, το σύνολο της προϋπολογισθείσας αξίας κάθε ζητούμενου είδους ως το γινόμενο του συνόλου των ζητούμενων

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

ποσοτήτων τεμαχίων με την τιμή κάθε τεμαχίου, στην έκτη, το σύνολο του ΦΠΑ 24% κάθε ζητούμενου είδους και στην έβδομη, το σύνολο με ΦΠΑ κάθε ζητούμενου είδους, ο τρίτος, τέλος, υπό τον τίτλο «Είδη παντοπωλείου (ποσοστό έκπτωσης)», στον οποίο επίσης περιλαμβάνονται επτά στήλες, στην πρώτη, το προς προμήθεια είδος, ήτοι ελαιόλαδο 1 lt, ποσοστό έκπτωσης 0%, στη δεύτερη, η μονάδα μέτρησης αυτού (τεμάχιο), στην τρίτη, οι ετήσιες ποσότητες των ζητούμενων τεμαχίων του ζητούμενου είδους, στην τέταρτη, η προϋπολογισθείσα τιμή κάθε τεμαχίου του ζητούμενου είδους, στην πέμπτη, το σύνολο της προϋπολογισθείσας αξίας του ζητούμενου είδους ως το γινόμενο του συνόλου των ζητούμενων ποσοτήτων τεμαχίων με την τιμή κάθε τεμαχίου, στην έκτη, το σύνολο του ΦΠΑ 13% του ζητούμενου είδους και στην έβδομη, το σύνολο με ΦΠΑ του ζητούμενου είδους. Στο τέλος κάθε πίνακα, δε συμπεριλαμβάνεται σύνολο ποσότητας τεμαχίων ζητούμενων ειδών με ΦΠΑ 13% και 24% αντίστοιχα, σύνολο δαπάνης χωρίς ΦΠΑ, ο ΦΠΑ και σύνολο δαπάνης με ΦΠΑ, όλα δε τούτα και συγκεντρωτικά στο τέλος και των τριών πινάκων ως εξής: σύνολο ποσότητας τεμαχίων ζητούμενων ειδών με ΦΠΑ 13% 154.800, με ΦΠΑ 24% 72.000, σύνολο δαπάνης χωρίς ΦΠΑ 13% 270.564€, σύνολο δαπάνης χωρίς ΦΠΑ 24% 64.140€, ο ΦΠΑ 13% 35.173,32€, ο ΦΠΑ 24% 15.393,60€ και σύνολο δαπάνης με ΦΠΑ 385.270,92€.

9. Επειδή, από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης συνάγεται ότι, προκειμένου κάθε διαγωνιζόμενος να συμμετέχει νομίμως στην επίμαχη σύμβαση, θα πρέπει να έχει εκτελέσει εντός των τριών τελευταίων οικονομικών χρήσεων τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις, παρόμοιες με τη σύμβαση που αφορά η παρούσα διακήρυξη, ύψους ή εφ' όσον αυτές βρίσκονται σε εξέλιξη, το εκτελεσθέν μέρος αυτών ίσου με ή μεγαλύτερου από το 1/2 της καθαρής (άνευ ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένης της προαίρεσης) προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης για τις ομάδες που συμμετέχει. Δεν προκύπτει, όμως, με σαφή και χωρίς αμφισημία διατύπωση, ότι η αξία κάθε μίας από τις συμβάσεις που κάθε διαγωνιζόμενος θα δήλωνε ότι έχει εκτελέσει, περατωμένες ή σε εξέλιξη, πρέπει να ανέρχεται στο πιο πάνω

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

ύψος. Και τούτο, διότι ούτε στην παράγραφο 2.2.6 της διακήρυξης, ούτε στην παράγραφο 2.2.9.2 αυτής περιέχεται η λέξη «καθεμία», κατά την περιγραφή της αξίας, στην οποία κατ' ελάχιστο πρέπει να ανέρχονται οι τουλάχιστον δύο παρόμοιες συμβάσεις που πρέπει οι διαγωνιζόμενοι να έχουν εκτελέσει κατά την τελευταία τριετία προ της υποβολής προσφοράς στον επίμαχο διαγωνισμό. Η πιο πάνω ασάφεια, μάλιστα, ως προς την ελάχιστη αξία καθεμίας εκτελεσμένης σύμβασης, επιτείνεται από τη διατύπωση που περιέχεται στην παράγραφο 2.2.9.2 της διακήρυξης, κατά την οποία οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να προσκομίσουν τις πιο πάνω συμβάσεις «... κατά μέσο όρο για το ανωτέρω χρονικό διάστημα, που έχουν εκτελεσθεί ή βρίσκονται σε εξέλιξη, ύψους ίσο ή μεγαλύτερο με το $\frac{1}{2}$ της καθαρής (άνευ ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένης της προαίρεσης) προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης για τις ομάδες που παίρνει μέρος. ...», από την οποία μπορεί κανείς να εννοήσει ότι δεν απαιτείται καθόλου ελάχιστη αξία, αρκεί ο μέσος όρος της εκτελεσμένης αξίας των συμβάσεων που κάθε διαγωνιζόμενος θα προσκόμιζε (με ελάχιστο αριθμό αυτών δύο), για την απόδειξη πλήρωσης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητάς του για την εκτέλεση της προμήθειας για κάθε ομάδα στην οποία συμμετέχει, να ανέρχεται σε ύψος ίσο ή μεγαλύτερο με το $\frac{1}{2}$ της καθαρής (άνευ ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένης της προαίρεσης) προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης για την ομάδα αυτή. Ούτε, εξάλλου, συνάγεται ότι η ελάχιστη αξία καθεμίας από τις συμβάσεις που έπρεπε να προσκομίσει κάθε διαγωνιζόμενος για την ομάδα Α', του Φορέα Γ' θα έπρεπε να ανέρχεται στο ύψος των 83.676,00€, όπως αβασίμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της. Και τούτο, διότι, δοθέντος ότι η συνολική προϋπολογισθείσα καθαρή δαπάνη για την επίμαχη ομάδα του επίμαχου φορέα κατά το άρθρο 1.3 της διακήρυξης και το Παράρτημα Ι αυτής ανέρχεται σε 334.704,00€ και υπό την εκδοχή ότι καθεμία σύμβαση θα έπρεπε να ανέρχεται σε ύψος ίσο ή μεγαλύτερο με το $\frac{1}{2}$ της καθαρής προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης για την επίμαχη ομάδα, τότε η αξία αυτή θα έπρεπε να ανέρχεται σε ύψος $(334.704 / \frac{1}{2} =) 167.352,00€$, και όχι στο $1/2$ αυτού = 83.676,00€. Στο πιο πάνω άρθρο της

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

διακήρυξης, εξάλλου, προβλέπεται με σαφήνεια ότι η σύμβαση για κάθε τμήμα θα διαρκέσει για δύο έτη ή έως εξαντλήσεως των αποθεμάτων, στο δε πιο πάνω επίμαχο Παράρτημά της, οι ποσότητες των ζητούμενων αποθεμάτων ορίζονται ετήσιες. Κατά συνέπεια, ο μερισμός της αξίας κάθε τμήματος της σύμβασης και συνακόλουθα και της επίμαχης ομάδας σε δύο έτη, στον οποίο προβαίνει η αναθέτουσα αρχή δεν προβλέπεται από κανένα ρητό όρο της διακήρυξης και των Παραρτημάτων αυτής, συνιστά, μάλιστα, μian επιπλέον απόδειξη της ασάφειας των σχετικών όρων, τους οποίους εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή ερμηνεύει κατά το δοκούν. Από τους πιο πάνω όρους, τέλος, δεν προκύπτει με σαφή και χωρίς αμφισημία διατύπωση, το είδος των τροφίμων που θα έπρεπε να περιλαμβάνεται σε κάθε παρόμοια με την δημοπρατούμενη σύμβαση που θα έπρεπε να έχει εκτελέσει κάθε διαγωνιζόμενος. Και τούτο, διότι από το χαρακτηρισμό των ζητούμενων τροφίμων της επίμαχης ομάδας σε συνδυασμό με αυτόν των λοιπών ομάδων, κατά τους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) που αυτά έφεραν, όπως περαιτέρω εξειδικεύονται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης, κατά ομάδα, και, ιδίως για την ομάδα Α΄ του φορέα Γ΄, προκύπτει ότι στα ζητούμενα είδη για το κοινωνικό παντοπωλείο του επίμαχου φορέα περιλαμβάνονται διάφορα προϊόντα διατροφής (CPV: 15800000-6), στα οποία μπορεί να συμπεριλαμβάνονται ζυμαρικά, ρύζι, γάλα εβαπορέ, αλεύρι, όσπρια, ζάχαρη λευκή ψιλή, συμπυκνωμένος χυμός ντομάτας, φρυγανιές σίτου και ελαιόλαδο, αλλά μπορεί να συμπεριλαμβάνονται και άλλα, δεν συμπεριλαμβάνονται, όμως, τρόφιμα που φέρουν χωριστό κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) και εντάσσονται σε άλλες ομάδες τροφίμων, όπως στην προκειμένη σύμβαση, και πιο συγκεκριμένα, προϊόντα άρτου CPV: 15811000-6, κρέας CPV: 15110000-2, ψάρια CPV: 03311000-2, φρούτα – λαχανικά και συναφή προϊόντα CPV: 15300000-1 και γάλα CPV: 5511000-3. Συνακόλουθα, ενόψει της αρχής της ίσης μεταχείρισης που προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως δημόσιας σύμβασης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (πρβλ. μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ 884/2018 και 982/2018 και τη σε αυτές νομολογία), δεν θα ήταν νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς διαγωνιζόμενου που θα είχε υποβάλει προσφορά για την ομάδα Α΄ του φορέα Γ και δεν θα είχε προσκομίσει συμβάσεις (τουλάχιστον δύο) που κατά την τελευταία τριετία θα είχαν εκτελεσμένη αξία, η καθεμία, ύψους ίσου ή του ½ της καθαρής (άνευ ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένης της προαίρεσης) προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης για την επίμαχη ομάδα, είτε ανερχόμενη στα 167.352,00€ είτε στα 83.676,00€. Τούτο δε, διότι δοθέντος ότι ο επίμαχος όρος της διακήρυξης δεν περιέχει σαφή και χωρίς αμφισημία διατύπωση, η ασάφεια αυτή δεν μπορεί να ερμηνεύεται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Και τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (πρβλ. ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, ΔΕφΑθηνών 147/2018). Για τους ίδιους λόγους, εξάλλου, δεν θα ήταν νόμιμη η μη λήψη υπόψη σύμβασης που θα προσκόμιζε διαγωνιζόμενος, εφόσον μεταξύ των τροφίμων που περιλαμβάνονται σε αυτήν εμπεριέχονται διάφορα προϊόντα διατροφής κατά τον κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) με αριθμό 15800000-6 και δεν είναι προϊόντα άρτου, κρέας, ψάρια, φρούτα – λαχανικά και συναφή προϊόντα και γάλα.

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

10. Επειδή, τέλος, κατά τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, στην αναθέτουσα αρχή παρέχεται η δυνατότητα να ζητήσει διευκρινίσεις και συμπληρώσεις επί νομίμως καταρχήν υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό και μόνο για ασάφεια και επουσιώδη σφάλματα, ιδίως όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση, όχι όμως και η αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νόμιμα υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων (ΣΤΕ 2660/2004, 3526/2001, 2854/1997, Γνωμ. ΝΣΚ 219/1995, ΕΛΣυν Τμ. VI/10/2008). Επομένως, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο του εγγράφου προκύπτει η ασάφεια ή προκύπτει ότι το σφάλμα είναι έλασσον σε σχέση με το αποδεικτέο γεγονός και ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας (πρβλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 585/2018).

11. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, η προσφεύγουσα, προσκόμισε, μεταξύ άλλων, α) τη με αριθμό 3229/2014 Σύμβαση με το Δήμο Αλίμου με ημερομηνία υπογραφής 14-12-2014, η οποία εκτελέστηκε κατά το έτος 2015 και την παράτασή της για το έτος 2016, με αξία τροφίμων ειδών παντοπωλείου 52.718,45€, β) τη με αριθμό 842/2016 Σύμβαση με τον ίδιο Δήμο, η οποία εκτελέστηκε κατά το έτος 2016, με αξία υπό προμήθεια ελαιολάδου 9.500,00€, γ) τη με αριθμό 20925 Σύμβαση με το Δήμο Αγίων Αναργύρων – Καματερού που εκτελέστηκε κατά τα έτη 2016 – 2017, με καθαρή αξία τροφίμων ειδών παντοπωλείου 23.333,09€ και ελαιολάδου 4.851,34€, δ) τη με αριθμό 32179/2017 σύμβαση με το Δήμο Κορυδαλλού που εκτελέστηκε κατά το έτος 2017 με καθαρή αξία διαφόρων τροφίμων ειδών κοινωνικού μαγειρείου – καφενείου – απόρων (πλην κρέατος, ψαριών και λαχανικών και συναφών προϊόντων) συνολικά 8.175,79€, ε) τη με αριθμό .../2015 Σύμβαση με το Δήμο ..., που εκτελέστηκε κατά τα έτη 2015-2016, με καθαρή αξία τροφίμων ειδών παντοπωλείου και ελαιολάδου 34.994,20€, στ) τη με αριθμό 1352/2016 Σύμβαση με τον ίδιο Δήμο, που εκτελέστηκε κατά το

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

έτος 2016, με συνολική καθαρή αξία 34.953,07, από την οποία, ωστόσο, δεν προκύπτει η αξία τροφίμων λοιπών ειδών παντοπωλείου και ελαιολάδου, δοθέντος ότι στα υπό προμήθεια τρόφιμα συμπεριλαμβάνονται ψάρια, κρέας και είδη οπωροπωλείου, χωρίς να διακρίνεται η αξία κάθε χωριστού είδους προϊόντων και ζ) τη με αριθμό .../2016 σύμβαση με το Δήμο ..., που εκτελέστηκε κατά τα έτη 2016 - 2017 με συνολική καθαρή αξία 201.290,54€, από την οποία επίσης δεν προκύπτει η αξία τροφίμων λοιπών ειδών παντοπωλείου και ελαιολάδου, δοθέντος ότι στα υπό προμήθεια τρόφιμα, ομοίως με την προηγούμενη σύμβαση, συμπεριλαμβάνονται ψάρια, κρέας, είδη αρτοποιείου και είδη οπωροπωλείου, χωρίς ομοίως να διακρίνεται η αξία κάθε χωριστού είδους προϊόντων. Για τις ως άνω συμβάσεις, εξάλλου, η προσφεύγουσα προσκόμισε και τις σχετικές βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, όπως όφειλε. Επιπλέον, προσκόμισε και άλλες συμβάσεις, τα τρόφιμα που περιλαμβάνονταν στις οποίες, όμως, δεν εμπεριέχονταν στα διάφορα προϊόντα διατροφής κατά τον κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) με αριθμό 15800000-6, απεναντίας ήταν είτε προϊόντα άρτου, είτε κρέας ή ψάρια, είτε φρούτα – λαχανικά και συναφή προϊόντα είτε γάλα, είτε συνδυασμός αυτών, επομένως δεν μπορούσαν να ληφθούν υπόψη, για την πλήρωση των όρων περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της διακήρυξης, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας. Επομένως, η προσφεύγουσα προσκόμισε παραπάνω από δύο (2) συμβάσεις, εκτελεσμένες εντός των τριών τελευταίων οικονομικών χρήσεων, στις οποίες περιλαμβάνονταν, μεταξύ άλλων και διάφορα προϊόντα διατροφής (CPV: 15800000-6), εκτός από προϊόντα άρτου, κρέας ή ψάρια, φρούτα – λαχανικά και συναφή προϊόντα ή γάλα, η συνολική καθαρή αξία των οποίων ανερχόταν στο ύψος των (52.718,45 + 9.500,00 + 23.333,09 + 4.851,34 + 8.175,79 + 34.994,20 + 34.953,07 + 201.290,54 =) 369.816,48€. Συνακόλουθα, ενόψει των όσων έγιναν δεκτά στην 9^η σκέψη της παρούσας, είναι μη νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι δεν έχει προσκομίσει τουλάχιστον δύο συμβάσεις ύψους ίσου ή μεγαλύτερου με το ½ της καθαρής (άνευ ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένης της

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

προαίρεσης) προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης για την επίμαχη ομάδα και πιο συγκεκριμένα ότι το υπ. αριθμ. .../1.9.2016 Συμφωνητικό του Δήμου ..., συμβατικής δαπάνης 201.290,54€ πλέον Φ.Π.Α ήταν η μόνη σύμβαση, η οποία πληρούσε τους όρους της διακήρυξης, διότι ήταν η μόνη σύμβαση με καθαρή αξία ίση ή μεγαλύτερη του ποσού των 83.676,00 €. Και τούτο, διότι, όπως έγινε δεκτό δεν προέκυπτε από ρητό και σαφή όρο της διακήρυξης ότι όφειλε η προσφεύγουσα να προσκομίσει συμβάσεις, η αξία κάθε μίας από τις οποίες να ανέρχεται είτε στο ύψος των 167.352,00€, ή των 83.676,00€, όπως εσφαλμένα ερμήνευσε το σχετικό όρο η αναθέτουσα αρχή. Μολονότι, εξάλλου, η αξία των λοιπών προϊόντων των εν λόγω συμβάσεων, εκτός από προϊόντα άρτου, κρέας ή ψάρια, φρούτα – λαχανικά και συναφή προϊόντα ή γάλα, που προέκυπτε με βεβαιότητα και χωρίς αμφιβολία, ανερχόταν συνολικά στο ύψος των (52.718,45 + 9.500,00 + 23.333,09 + 4.851,34 + 8.175,79 + 34.994,20 =) 133.372,87€, δεν θα ήταν νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, χωρίς προηγουμένως να ζητηθούν διευκρινίσεις, σχετικά με την αξία των επίμαχων τροφίμων των εν λόγω συμβάσεων, ούτε και υπό την εκδοχή ότι η συνολική σχετική αξία των συμβάσεων που προσκόμισε η προσφεύγουσα υπολείπεται των 167.352,00. Τούτο, δε διότι, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας, η προσφεύγουσα προσκόμισε τα ζητούμενα από τη διακήρυξη έγγραφα (σύμβαση και βεβαίωση καλής εκτέλεσης αυτών), στα οποία αναφερόταν ότι αφορούν και την προμήθεια των επίμαχων τροφίμων, η ασάφεια δε ως προς το αποδεικτέο γεγονός, προέκυπτε από το ίδιο το περιεχόμενο των σχετικών εγγράφων. Συνακόλουθα, θα έπρεπε, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 προ της τυχόν απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας να ζητηθούν από αυτήν διευκρινίσεις, προκειμένου να αποσαφηνιστεί από τις συμβάσεις α) με αριθμό .../2016 με τον Δήμο ... και β) με αριθμό .../2016 με το Δήμο ..., ποια είναι η αξία λοιπών προϊόντων διατροφής, εκτός ψαριών, κρέατος, ειδών αρτοποιείου και οπωροπωλείου. Σε κάθε περίπτωση, και ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της τήρησης του ενιαίου μέτρου κρίσης, η απόρριψη της

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

προσφοράς της προσφεύγουσας δεν θα ήταν νόμιμη ούτε με την αιτιολογία ότι με τα προσκομισθέντα έγγραφα δεν απέδειξε την πλήρωση των όρων περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Και τούτο, διότι, από τα έγγραφα που προσκόμισε η ετερόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία ... (ΕΕΕΠ και με αριθμό πρωτ. .../2018 Βεβαίωση καλής εκτέλεσης Δήμου ...), δεν προκύπτει καθόλου το ύψος της αξίας των διαφόρων προϊόντων διατροφής κατά τον κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) με αριθμό 15800000-6, εκτός προϊόντων άρτου, κρέατος ή ψαριών, φρούτων – λαχανικών και συναφών προϊόντων ή γάλακτος, των συμβάσεων που δήλωσε ότι έχει εκτελέσει εντός των τριών τελευταίων οικονομικών χρήσεων. Δοθέντος ότι η προσφορά της εταιρείας αυτής με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε για την επίμαχη ομάδα Α΄ του Φορέα Γ΄ ότι γίνεται αποδεκτή, διότι πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης, συνακόλουθα, θα ήταν μη νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, με την αιτιολογία ότι από τα προσκομισθέντα έγγραφα και στοιχεία δεν προκύπτει με βεβαιότητα και χωρίς αμφιβολία η αξία των επίμαχων προϊόντων των εκτελεσμένων συμβάσεων που δήλωσε αυτή ότι έχει συνάψει και προσκόμισε.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, σύμφωνα με το σκεπτικό, η δε παρέμβαση να απορριφθεί.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει, σύμφωνα με το σκεπτικό, την υπ' αριθμό 148/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., που εκδόθηκε στα πλαίσια του με α/α ΕΣΗΔΗΣ ... δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού

Αριθμός απόφασης: 642 / 2019

άνω των ορίων για την προμήθεια τροφίμων και φρέσκου γάλακτος στους δικαιούχους υπαλλήλους του Δήμου και των φορέων αυτού (υπ' αριθ. 35404/2018 διακήρυξη), κατά το μέρος που ειδικώς σχετικώς με την ομάδα Α' του Φορέα Γ', δηλαδή την Προμήθεια τροφίμων για το κοινωνικό παντοπωλείο του Δήμου ..., απέρριψε την προσφορά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...».

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό 273214554959 0701 0015), ποσού 1.675,00€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 28 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 14^η Ιουνίου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αθηνά Μπουζιούρη