

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 14 Οκτωβρίου 2022, με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει την με ΓΑΚ/ΕΑΔΗΣΥ 1225/06.09.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία "... ...", (εφεξής προσφεύγουσα) όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της (εφεξής αναθέτουσα αρχή), νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με την εξεταζόμενη προσφυγή επιδιώκεται να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της υπ' αριθμ. .../2022 με αριθ. πρωτ. .../04-08-2022, διακήρυξης και να επαναπροκηρυχθεί αυτή, μετά την αναπροσαρμογή των επίμαχων όρων.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της παρούσας καταβλήθηκε το οφειλόμενο παράβολο ύψους 10.347,00 € (βλ. το με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο, εκτύπωση οθόνης από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ), στην οποία το ως άνω παράβολο εμφανίζεται με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» και την εκτύπωση οθόνης από το ηλεκτρονικό σύστημα της οικείας Τράπεζας, στην οποία εμφανίζεται η πληρωμή του παραπάνω παραβόλου υπολογισθέν βάσει συνολικού προϋπολογισμού 2.069.310,50 € χωρίς ΦΠΑ, της επίμαχης σύμβασης.

2. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο

εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλη και κατά χρόνο αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα προσβάλλει τους όρους της υπ' αριθμ. 2/2022 με αριθ. πρωτ. .../04-08-2022, Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία και κατά τα ειδικώς οριζόμενα σε αυτή προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διεθνής Διαγωνισμός με χρήση ηλεκτρονικών μέσων, άνω των ορίων, ΓΙΑ ΤΗΝ «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ» και ΓΙΑ ΤΗΝ «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΙΔΩΝ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ» ΣΤΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΤΟΥ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΙΑΚΟΥ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΟΣ ΕΠΙΣΙΤΙΣΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ ΤΟΥ ΤΑΜΕΙΟΥ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΒΟΗΘΕΙΑΣ ΠΡΟΣ ΤΟΥΣ ΑΠΟΡΟΥΣ (Τ.Ε.Β.Α.) ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΩΝ ΕΡΓΩΝ «ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ 2015-2016» των Π.Ε. της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ, (Κωδικοί ΟΠΣ/ MIS ... - Κ.Σ. ..., ...- Κ.Σ. ..., ... - Κ.Σ., ... - Κ.Σ., «ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ 2018-2019» των Π.Ε. της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ, (Κωδικοί ΟΠΣ / MIS ... - Κ.Σ. ..., ...- Κ.Σ. ..., ... - Κ.Σ. ..., ...- Κ.Σ., ... προϋπολογισμού 2.069.310,50 € χωρίς ΦΠΑ (2.375.805,79€ με ΦΠΑ). Το αντικείμενο του διαγωνισμού περιλαμβάνει προμήθεια Τροφίμων και Βασικής Υλικής Συνδρομής, με δυνατότητα υποβολής προσφορών μόνο ενιαία για το σύνολο των ποσοτήτων όλων των υπό προμήθεια ειδών, με καταληκτική ημερομηνία παραλαβής προσφορών την 15/9/2022 και μέχρι ώρα 15:00 μ.μ.. Η εν λόγω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 12/8/2022 και στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α Συστήματος: ... στις 12/8/2022. Την επίμαχη προσφυγή την ασκεί εμπροθέσμως η προσφεύγουσα, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 12-08-2022 και της οποίας έλαβε γνώση την 27-08-2022, ήτοι την 15^η ημέρα από την επομένη της δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ, (δηλαδή εντός του χρόνου παραγωγής τεκμηρίου γνώσης, κατά το αρ. 361 παρ. 1 περ. γ' εδ. β'), σημείο από το οποίο ξεκινά και η δεκαήμερη προθεσμία προσβολής της (ΣτΕ ΕΑ 56/2020), η οποία λήγει στις 06-09-2022. Η προσφεύγουσα, μετ' εννόμου συμφέροντος υποστηρίζει ότι η λυσιτελής συμμετοχή της στον

επίμαχο διαγωνισμό καθίσταται αδύνατη, άλλως ουσιωδώς δυσχερής, λόγω συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα βάλλοντας κατά της εν λόγω διακήρυξης υποστηρίζει, ότι «*«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.Α, 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 «: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 δημοσίου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Ειδικότερα το σημείο 2.2.6 - 2.2.6.1Α 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: 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: Α1) η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια ίδιων ή συναφών ειδών τουλάχιστον κατά 50% αυτών που αναφέρονται στην*

παρούσα και Α2) η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια δύο ειδών νωπών κρεάτων, δύο ειδών νωπών τυροκομικών, δύο ειδών οπωροπωλείου και Α3) 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». 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 413.862,10€ η κάθε μία. β) Η κάθε μία σύμβαση θα πρέπει να περιλαμβάνει την προμήθεια τουλάχιστον 12 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 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 2.2.6Α. 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 Β) Όσον αφορά την εταιρεία Γ) Όσον αφορά την εταιρεία 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 ανάθεσης σύμβασης που είναι η προμήθεια, η οργάνωση σε κατάλληλες συσκευασίες, η διανομή, την 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 12 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 12 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 (σχετικό 3), πολλαπλάσιας αξίας από τον προϋπολογισμό της παρούσης (3.845.715,95€ -... ...), που πληροί τις επίμαχες απαιτήσεις, ήτοι περιλαμβάνει τουλάχιστον 12 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 συμβάσεως, το εάν από τεχνικής απόψεως η σχετική πείρα έχει αποκτηθεί μέσω δύο ή περισσοτέρων χωριστών συμβάσεων και όχι από μια ενιαία συμφωνία θα πρέπει, υπό φυσιολογικές συνθήκες, να είναι αδιάφορο (βλ. σκ. 61 του Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση 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 Σύνθεσης 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 σε δημόσιους φορείς και μόνο στα πλαίσια του επιχειρησιακού προγράμματος «ΕΠΙΣΤΙΤΙΣΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ» του ΤΑΜΕΙΟΥ ΒΟΗΘΕΙΑΣ ΠΡΟΣ ΤΟΥΣ ΑΠΟΡΟΥΣ (ΤΕΒΑ) που δημοπρατήθηκαν ενιαία. Και τούτο διότι, κατά πάγια τακτική οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών τροφίμων (εκτός των διαγωνισμών ΤΕΒΑ 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 Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (πρόγραμμα Τ.Ε.Β.Α.) 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, καθώς στην

πράξη μόνο σε συμβάσεις στο πλαίσιο του ΤΕΒΑ μπορεί να απαντηθεί αυτός ο συνδυασμός απαιτήσεων. 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 2.2.6.1Α1 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 διαθέτουν δηλαδή δύο συμβάσεις που να πληρούν και οι δύο τους επίμαχους όρους), ήτοι οι εταιρείες και, προς απόδειξη δε του ισχυρισμού μας αυτού, επικαλούμαστε και προσάγουμε τις σχετικές συμβάσεις που εντοπίσαμε κατά την αναζήτησή μας (σχετικό 4). 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 111 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 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 υποθεθεί ότι θα μπορούσαμε να προσφύγουμε σε στήριξη τρίτου οικονομικού φορέα, μόνη της η δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτων κατ' αρ. 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 *TetraPak II*, Συλλογή 1996, σ. I-5951, σκ. 28, 31, 48, 7ΠΕΚ, 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). 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, 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, πλήρως ολοκληρωμένες συμβάσεις, που η κάθε μία σύμβαση να περιλαμβάνει την προμήθεια τουλάχιστον 12 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 12 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 12 ίδια ή συναφή είδη με αυτά, και τουλάχιστον δύο είδη νωπών κρεάτων, δύο

είδη νωπών τυροκομικών και δύο είδη οπωροπωλείου, καθώς και είδη ΒΥΣ. 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.ζ.ο.ο κατά Województwo Łódzkie, σκ. 82-88). Τέλος, επικαλούμαστε την με αριθ. 640/2022 απόφασή της Αρχής Σας, η οποία ακύρωσε, με πληρέστατη αιτιολογία, τους ίδιους ακριβώς όρους του διαγωνισμού του Δήμου Τρίπολης, 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 συνάθροιση 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.B, 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.A, ως και του όρου 2.2.6.1.B, 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.A1, δεν διαγιγνώσκεται 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.B, με συνέπεια εν τέλει να μην προκύπτει εύλογη και θεμιτή σκοπιμότητα απαίτησης δια του όρου 2.2.6.1.A1-A2, 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.A1-A2 και δη, ενώ ήδη υφίστανται οι λοιπές σωρευτικές απαιτήσεις προηγούμενης εμπειρίας στους όρους 2.2.6.1.B- , 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.A1 και 2.2.6.1.A2 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 ίδιων ή συναφών ειδών ή συγκεκριμένου ελάχιστου αριθμού ίδιων ή συναφών με τη νυν διακήρυξη ειδών, περιορίζοντας δυσανάλογα και ιδίως, αδικαιολόγητα, τον ανταγωνισμό και είναι ούτως ακυρωτέοι.». Ομοίως, επικαλούμαστε και την με αριθ. 1181/2022 απόφασή της Αρχής Σας, η οποία ακύρωσε τους ίδιους ακριβώς όρους του διαγωνισμού του Δήμου 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 «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 δημοσίου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. 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: [...] 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, 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 1^ο 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 απαραίτητα και το στοιχείο της προμήθειας, πολλώ δε μάλλον αφού η ένωσή μας, διαθέτει, μέσω της εταιρείας ...-μέλους αυτής, μία ολοκληρωμένη σύμβαση (ΤΕΒΑ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ... 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 5). Αξίζει να αναφερθεί εν προκειμένω, ότι οι πρώτοι διαγωνισμοί για την εκτέλεση των προγραμμάτων διανομών τροφίμων ΤΕΒΑ από τις Περιφέρειες ή τους Δήμους, ξεκίνησαν να προκηρύσσονται από τις Αναθέτουσες Αργές-Επικεφαλής των Κοινωνικών Συμπράξεων, από τα τέλη του 2016 και συνεχίζονται μέχρι σήμερα. Ακολούθως, οι διαγωνισμοί ΤΕΒΑ που προκηρύχτηκαν τα έτη 2016-2017, με βάση την κατανομή του προϋπολογισμού ΤΕΒΑ 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, (ΑΠ 5/2013). 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, 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 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 (ΤΕΒΑ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ

...), 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 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. 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. Επιπλέον, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι διαθέτει μεν τέτοια σύμβαση, ήτοι ενιαίας προμήθειας και διανομής, που υπερκαλύπτει τον αριθμό ωφελουμένων ανωτέρω, πλην όμως αυτή είναι 1, ενώ διαθέτει και διακριτές συμβάσεις διανομής και άρα, αποκλείεται και παραδεκτώς προσβάλλει τον ως άνω όρο, καθ' ο μέρος δεν αρκείται αφενός σε ένα

συνολικό αντικείμενο ενιαίας προμήθειας - διανομής (με αθροιστικό αριθμό ωφελουμένων), 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 υποτεθεί ότι η απαίτηση περισσοτέρων 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 παρέλειψε 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, ΤΕΒΑ, αλλά ότι πρακτικά, λόγω του περιεχομένου του όρου και δη, των ως άνω σωρευτικών απαιτήσεων, επί της ουσίας δύνανται να καλυφθούν οι ως άνω απαιτήσεις μόνο διά προηγούμενης σύμβασης ΤΕΒΑ. 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' αρ. 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 αρ. 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 και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την

εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.») και 75 παρ. 1 και 4 Ν. 4412/2016 («1... Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν....») 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 ΕΑΔΗΣΥ 640/2022 για τον ίδιο όρο»). Ομοίως, επικαλούμαστε και την με αριθ. 1181/2022 απόφασή της

Αρχής Σας, η οποία ακύρωσε τον ίδιο ακριβώς όρο του διαγωνισμού του Δήμου 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 εξ αρχής 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 εξ αρχής ή άλλως μας εμποδίζει να υποβάλουμε άρθια 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 2.2.6.2. 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 έξι (6) φορτηγά για την μεταφορά και παράδοση των τροφίμων και τουλάχιστον δύο (2) φορτηγά για τη μεταφορά των προϊόντων βασικής υλικής συνδρομής. Η απόδειξη των παραπάνω τεκμηριώνεται στα δικαιολογητικά κατακύρωσης επί ποινή αποκλεισμού με τη προσκόμιση των αδειών κυκλοφορίας των οχημάτων καθώς και των αδειών ή εγκρίσεων καταλληλότητας από την Δ/νση Κτηνιατρικής ή άλλες αρμόδιες Υπηρεσίες, για τα μέσα μεταφοράς. Επίσης θα πρέπει να έχουν εξοφλημένα τα τέλη κυκλοφορίας. 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. Προς απόδειξη της πρόθεσής του να ανταποκριθεί στα προαναφερθέντα, ο Οικονομικός Φορέας υποβάλλει μαζί με την προσφορά του, επί ποινή αποκλεισμού, υπεύθυνη δήλωση (υπόδειγμα παραρτήματος IV) με ρητή αναφορά στη δέσμευση που αναλαμβάνει σύμφωνα με τα όσα αναφέρονται ανωτέρω». 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(ΦΕΚ2718/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/46890/26/7/2021τουΥπουργείου 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). Τέλος, επικαλούμαστε και εν προκειμένω την με αριθ. 1181/2022 απόφασή της Αρχής Σας, η οποία ακύρωσε τον ίδιο ακριβώς όρο του διαγωνισμού του Δήμου 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. 4ος λόγος Ακύρωσης. Παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Στο άρθρο 2.4.3.2. Τεχνική προσφορά της επίμαχης Διακήρυξης, μεταξύ άλλων, προβλέπεται: «2.4.3.2.1 Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν: [...] δ) Επίσης ο υποψήφιος θα δεσμευτεί με τη προσκόμιση σχετικής Υπεύθυνης Δήλωσης, ότι σε περίπτωση που θα του κατακυρωθεί σε αυτόν ο Διαγωνισμός θα διαθέσει τέσσερις αποθηκευτικούς χώρους - ένα για κάθε Περιφερειακή Ενότητα - εντός των ορίων της Κάθε Περιφερειακής Ενότητας για την αντίστοιχη Κοινωνική Σύμπραξη που θα αφορά. Για το σκοπό αυτό ο υποψήφιος θα προσκομίσει, μαζί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και τα παρακάτω. • Έγγραφα ιδιοκτησιακού καθεστώτος του αποθηκευτικού χώρου (ΚΑΔ) ή συμφωνητικό μίσθωσης εν ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης με διάρκεια τουλάχιστον μέχρι τις 31-03-2023, θεωρημένο από την αρμόδια αρχή, εφόσον

απαιτείται. • Βεβαίωση χρήσης γης εκδοθείσα από την αρμόδια Υπηρεσία Δόμησης, του αποθηκευτικού χώρου και τις κατάλληλες άδειες λειτουργίας για αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου απορρυπαντικών και καθαριστικών. • Ο Οικονομικός Φορέας όταν δεν διαθέτει τις ανωτέρω εγκαταστάσεις πρέπει να προσκομίσει και τα σχετικά μισθωτήρια συμβόλαια. Οι αποθηκευτικοί χώροι, «Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής» (ΚΑΔ) ή Κέντρο Logistics, θα πρέπει να έχουν τις κατά νόμο άδειες λειτουργίας για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου. Οι συγκεκριμένοι χώροι θα αποτελέσουν τον κεντρικό κόμβο του δικτύου διανομών κάθε Π.Ε., παραλαβής προϊόντων, διαχείρισης διανομών και αποθήκευσης, (επαν α)ναπροώθησης και (ανα)διανομής αδιάθετων προϊόντων που θα λαμβάνουν χώρα στο πλαίσιο της παρούσης. ε) Προσκόμιση σχετικής Υπεύθυνης Δήλωσης (Παραρτήματος IV) σχετικά με την δέσμευση του αναδόχου για την ανταπόκρισή του στις απαιτήσεις της παρ. Α2. Του Παραρτήματος Ι.». Οι ως άνω απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής για την διάθεση εκ μέρους του αναδόχου τεσσάρων αποθηκευτικών χώρων - έναν για κάθε Περιφερειακή Ενότητα - εντός των ορίων της Κάθε Περιφερειακή Ενότητα παραβιάζοντας την αρχή της αναλογικότητας και του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, αποκλείουν ή άλλως καθιστούν υπέρμετρα δυσχερή τόσο τη δική μας συμμετοχή, όσο και άλλων ενδιαφερομένων, στον εν λόγω διαγωνισμό, καθώς: επιφέρει υπέρμετρο επιπρόσθετο κόστος στο έργο, αφού, πέρα από το αυτονόητο ότι θα απαιτηθούν επιπλέον και μάλιστα υπέρογκες δαπάνες για τη μίσθωση τεσσάρων (!!!) αποθηκευτικών χώρων, καθώς θεωρούμε ότι κανένας οικονομικός φορέας, ούτε φυσικά εμείς, δεν τις διαθέτει ήδη, επιπλέον, οι συγκεκριμένοι αποθηκευτικοί χώροι δεν θα απορούν να εξυπηρετήσουν άλλες ανάγκες του αναδόχου, πλην αυτών που αφορούν στη συγκεκριμένη προμήθεια. Είναι λοιπόν πρόδηλη η βλάβη μας από τον συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, καθώς εμείς, ενώ διαθέτουμε μέσω των εταιρειών-μελών της Ένωσής μας «... ...» και, αποθηκευτικούς χώρους, νόμιμα αδειοδοτημένους, στη, ήτοι σε όμορο νομό με τον Νομό ..., από τους οποίους θα μπορούσαμε να εξυπηρετήσουμε κάλλιστα και άμεσα όλες τις εμπλεκόμενες Περιφερειακές ενότητες σε λιγότερο από 2 ώρες, δεδομένου ότι η μεγαλύτερη απόσταση που είναι μεταξύ της ... και της ..., καλύπτεται

πράγματι σε λιγότερο από δύο ώρες, όπως φαίνεται από τις συνημμένους υπολογισμούς χιλιομετρικών αποστάσεων (σχετικό 6), εντούτοις καθιστά ο όρος αυτός υπέρμετρα δυσχερή την συμμετοχή μας στον εν λόγω διαγωνισμό, καθώς: επιφέρει υπέρμετρο και δυσβάσταχτο επιπρόσθετο κόστος, όπως προαναφέραμε, αποτρέποντας τόσο εμάς όσο και άλλους οικονομικούς φορείς από τη συμμετοχή μας στον επίμαχο διαγωνισμό. Αντί λοιπόν της θέσπισης των ως άνω απαιτήσεων, οι οποίες παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας και του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, δεδομένου ότι σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχουν οριστεί και είναι κατάλληλες, αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι προς διασφάλιση του σκοπούμενου δημοσίου συμφέροντος, το οποίο συνίσταται στην εξασφάλιση της καλής ποιότητας των προς προμήθεια προϊόντων, καθώς και στην ποιοτικά καλή εκτέλεση της σύμβασης συνολικά, η οικεία αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να θεσπίσει λιγότερο οικονομικά δυσβάσταχτες απαιτήσεις, ήτοι να αρκестεί στην διάθεση από τους οικονομικούς φορείς μόνο ενός αποθηκευτικού χώρου και μάλιστα ακόμη και εάν βρίσκεται σε κάποιον όμορο νομό με κάποια από τις εμπλεκόμενες περιφερειακές ενότητες, αφού θεωρούμε ότι η ύπαρξή του και μόνο αρκεί προς διασφάλιση του ανωτέρω σκοπούμενου δημοσίου συμφέροντος. Σε κάθε δε περίπτωση, η εγγύηση καλής εκτέλεσης του αναδόχου καταπίπτει, στην περίπτωση παράβασης των όρων της σύμβασης (άρθρο 72 Ν. 4412/2014), γεγονός που διασφαλίζει την αναθέτουσα αργή (βλ. ΑΕΠΠ 127/2018, σκ. 39). Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η ανωτέρω απαίτηση περί δέσμευσης από τον ανάδοχο, τεσσάρων (4) αποθηκευτικών χώρων (από έναν στα όρια των εμπλεκόμενων Π.Ε. - οι οποίοι θα πληρούν όλα τα νόμιμα προαπαιτούμενα καθιστά, αδικαιολόγητα, πρακτικά αδύνατη ή υπέρμετρα δυσχερή την συμμετοχή μας στον εν λόγω διαγωνισμό, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και τους υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού και για το λόγο αυτόν θα πρέπει να ακυρωθεί».

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, ότι «Ειδικότερα επί των λόγων ακύρωσης της Διακήρυξης σας γνωρίζουμε τα ακόλουθα: 1ος Λόγος Ακύρωσης. Παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας ως προς την απαίτηση της

παραγράφου 2.2.6.και ειδικότερα της 2.2.6.1.Α της Διακήρυξης: «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% του προϋπολογισμού της παρούσας (μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.), οι οποίες να περιλαμβάνουν: Α1. η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια ιδίων ή συναφών ειδών τουλάχιστον κατά 50% αυτών που αναφέρονται στην παρούσα και Α2. η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια δύο ειδών νωπών κρεάτων, δύο ειδών νωπών τυροκομικών, δύο ειδών οπωροπωλείου και Α3. 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.» 2^{ος} Λόγος Ακύρωσης. Παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας ως προς την απαίτηση της παραγράφου 2.2.6.και ειδικότερα της 2.2.6.1.Γ της Διακήρυξης: «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. 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.» Θέση Φορέα για τους παραπάνω 2 λόγους. Για την τεκμηρίωση της θέσης μας έναντι των παραπάνω αιτιάσεων της ένωσης εταιριών είναι πολύ σημαντικό να

προσδιορίσουμε με σαφήνεια το φυσικό αντικείμενο του έργου. - Το Έργο δημοπρατείται ενιαία από την Περιφέρεια και αφορά τέσσερις κοινωνικές συμπράξεις με επικεφαλής κάθε κοινωνικής σύμπραξης, την κάθε Περιφερειακή Ενότητα της Βασική και ξεκάθαρη επιδίωξη της ... από την έναρξη της Πράξης 2018-2019, ήταν η παροχή ενός ενιαίου επιπέδου υπηρεσιών προς όλους τους ωφελούμενους της Περιφέρειας, ανεξάρτητα από την Περιφερειακή Ενότητα κάτι το οποίο δεν έγινε στη Πράξη 2015-2016 με φοβερά προβλήματα κατά την υλοποίηση του έργου. Η διαχείριση και παρακολούθηση των διανομών πραγματοποιείται από τις Περιφερειακές Ενότητες και τις Κοινωνικές Συμπράξεις. Συνεπώς η παρούσα διακήρυξη αποτελείται από τέσσερα "διακριτά" έργα, τα οποία δημοπρατούνται ενιαία λόγω των προαναφερόμενων διαχειριστικών προβλημάτων που παρατηρήθηκαν, όπως θα αναπτύξουμε αναλυτικά και στη συνέχεια των απόψεών μας. - Σύμφωνα με στοιχεία του Σεπτεμβρίου 2022 οι ωφελούμενοι του ΤΕΒΑ στις τέσσερις συγκεκριμένες Περιφερειακές Ενότητες ανέρχονται σε 5.222 δικαιούχους και αντίστοιχα 9.725 ωφελούμενα μέλη των οικογενειών τους. Αναλυτικότερα η Κ.Σ. ... έχει 1925 αιτήσεις και 3518 μέλη, η Κ.Σ. ... έχει 1638 αιτήσεις και 2993 μέλη, η Κ.Σ. ... 1108 αιτήσεις και 2201 μέλη ενώ η Κ.Σ. ... έχει 551 αιτήσεις και 1013 μέλη. Με βάση τα στατιστικά μοντέλα που διαθέτει η Περιφέρεια η ενεργειακή κρίση θα μετασχηματιστεί και πάλι σε επισιτιστική και τα παραπάνω μεγέθη θα αυξηθούν όπως αντίστοιχα την περίοδο του Lock Down και ως εκ τούτο θεωρούμε ότι το όριο των δύο χιλιάδων (2000) ωφελούμενων προσδίδει τη πραγματική διάσταση των παράλληλων έργων που επιθυμούμε να υλοποιήσει ο οικονομικός φορέας. - Το φυσικό αντικείμενο του έργου αποτυπώνεται και προσδιορίζεται με μεγάλη ακρίβεια στη διακήρυξη και συγκεκριμένα στην παρ.1.5, Συνοπτική Περιγραφή Φυσικού Αντικειμένου το οποίο και αναλύεται στο Παράρτημα Ι, αναγράφεται: «Κρίσιμο στοιχείο του φυσικού αντικειμένου και βασικός παράγοντας για την επίτευξη των στόχων που επιδιώκονται με την εκτέλεση της παρούσας σύμβασης, είναι η υλοποίηση των διανομών στους ωφελούμενους του ΤΕΒΑ στην Περιφέρεια, στο πλαίσιο ενιαίου «κεντριοποιημένου» δικτύου, υπό τον κοινό και ενιαίο συντονισμό της Περιφέρειας, 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 των Κοινωνικών Συμπράξεων της Περιφέρειας, • 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 εκάστοτε 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 ευρύτερης Περιφέρειας κατά τις προτεραιότητες που τυχόν προκύψουν κατά την εκτέλεση της προκείμενης σύμβασης και με απόφαση της Περιφέρειας (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 Περιφέρεια ...

.... Επιπρόσθετα, η Περιφέρεια θα πρέπει να μπορεί να ελέγχει σε κεντρικό επίπεδο ... έργου και ανά Σύμπραξη, 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 Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (ΤΕΒΑ) των οικείων Κοινωνικών Συμπράξεων. Πιο ειδικά, το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης αφορά : •

στην προμήθεια των ειδών του κατωτέρω πίνακα και, σύμφωνα με τους όρους και τις προδιαγραφές της παρούσας, • στην ομαδοποίηση των συσκευασιών σε 2^η συσκευασία ανάλογα με τις ζώνες θερμοκρασίας διατήρησης και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των προϊόντων, • στην ενδιάμεση αποθήκευσή τους και την περαιτέρω προώθησή τους σε ασφαλείς συνθήκες στα επιμέρους κέντρα διανομής ή/ και αποθηκευτικές δομές ανά Κοινωνικό Εταίρο ή ανά Κοινωνική Σύμπραξη, • στην «πακετοποίηση» των ειδών και αγαθών, • στη μεταφορά των αγαθών σε χαρτοκιβώτια ή τελάρα μίας χρήσης

και η παράδοσή τους με κατάλληλα οχήματα στους χώρους διανομής, • στην εκφόρτωση, τοποθέτηση και παράδοση αυτών ταξινομημένων ανά κατηγορία δέματος εντός των χώρων διανομής, • στην υποβοήθηση των αρμόδιων υπαλλήλων στο έργο της διανομής στους ωφελούμενους στα οριζόμενα από τους κοινωνικούς εταίρους σημεία διανομής, • στην 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 ΤΕΒΑ, • στη διανομή των ειδών από σταθερά σημεία-αποθήκες σε τακτά ωράρια σύμφωνα με τον χρονοπρογραμματισμό του έργου και κατόπιν συνεννόησης με τους Κοινωνικούς εταίρους - μέλη των Κοινωνικών Συμπράξεων της Περιφέρειας. • στην τήρηση απαρέγκλιτα 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 από το Δελτίο Τιμών της κάθε Περιφερειακής Ενότητας ..., ..., ... και ... από την οποία προκύπτει η προσφερόμενη τιμή) και συνολικό τίμημα για το σύνολο των προς προμήθεια ειδών. Ειδικότερα, στο αντικείμενο της σύμβασης περιλαμβάνονται • η προμήθεια των ειδών Τροφίμων και ΒΥΣ, • η πακετοποίηση αυτών των ειδών, • η αποθήκευση αυτών των ειδών, • η διανομή των πακέτων/δεμάτων και η παράδοσή τους με κατάλληλα οχήματα στους χώρους διανομής που θα υποδειχθούν στον Ανάδοχο και, • η εκφόρτωση, τοποθέτηση και παράδοση αυτών ταξινομημένων ανά κατηγορία δέματος εντός των χώρων διανομής

στους τελικούς δικαιούχους (ωφελούμενους του προγράμματος), όπως τα ανωτέρω αναφέρονται αναλυτικά στην παρούσα Διακήρυξη και στο Παράρτημα Ι αυτής.». Από τα παραπάνω προκύπτει με τον πλέον ενδεικτικό τρόπο ο ειδικός χαρακτήρας του έργου και των κανόνων υλοποίησης του, που αποσαφηνίζει το σκοπό της ενιαίας δημοπράτησης Εμπορίας και Διανομής. - Ως ημερομηνία λήξης του φυσικού αντικειμένου των Πράξεων 2015-2016 & 2018-2019 έχει οριστεί η 31-12-2022 βάσει των ισχυόντων αποφάσεων ένταξης. - Η διαμόρφωση των επίμαχων όρων της Διακήρυξης και η σύνταξη των τευχών του εν λόγω διαγωνισμού τελεί σε πλήρη συμφωνία προς τις κατευθυντήριες οδηγίες της Διαχειριστικής Αρχής του ΤΕΒΑ για την Ελλάδα και είναι αποτέλεσμα της εμπειρίας στην ανάθεση σχετικών έργων από το έτος 2015 και εντεύθεν. - Η επαγγελματική ικανότητα ενός οικονομικού φορέα με απαίτηση επιτυχούς υλοποίησης συμβάσεων αξίας 413.862,10 ευρώ (20% του προϋπολογισμού της διακήρυξης) δεν είναι ίδια με την επιτυχή υλοποίηση, για παράδειγμα, 10 συμβάσεων των 41.386,21 ευρώ. Ομοίως η εκτέλεση δύο συμβάσεων προμήθειας αξίας τουλάχιστον 20% επί του προϋπολογισμού της Διακήρυξης που δεν κατονομάζει τα απαιτούμενα 12 είδη και η προμήθεια τουλάχιστον δύο ειδών νωπών κρεάτων, δύο ειδών νωπών τυροκομικών, δύο ειδών οπωροπωλείου, αποσκοπεί στην διασφάλιση συμμετοχής στον διαγωνισμό συμμετεχόντων ικανών να ανταποκριθούν στο μέγεθος και, ιδίως, στις ιδιαιτερότητες του αντικειμένου του έργου και στην επάρκεια αυτών να εκτελέσουν επιτυχώς την υπό ανάθεση σύμβαση. - Επισυνάπτουμε την προσκομισθείσα βεβαίωση/επιστολή του Προϊσταμένου της Διαχειριστικής Αρχής του ΤΕΒΑ, όπου βεβαιώνει ότι έχουν υλοποιηθεί ή βρίσκονται σε εξέλιξη στο πλαίσιο του ΤΕΒΑ κατά τη περίοδο 2018- 2021 συμβάσεις με προϋπολογισμό μεγαλύτερο των 413.862,10€ και σε ότι αφορά τα Τρόφιμα, οι συμβάσεις ανέρχονται σε 114 ... ποσού 163.024.572,24€, και για τα ΕΒΥΣ σε 20 ... ποσού 15.637.210,63€, χωρίς να τεθεί ενώπιον της Αρχής ισχυρισμός ότι οι συμβάσεις αυτές έχουν ανατεθεί σε συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς, μονοπωλιακής ή ολιγοπωλιακής μορφής. Συμπληρωματικά των ανωτέρω επικαλούμαστε την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Τριπόλεως με αριθμό Α148/2022, η οποία ακυρώνει την υπ. Αριθ. 640/2022 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Η απόφαση αυτή του Πρωτοδικείου Τριπόλεως εκδίκασε την

έφεση της Περιφέρειας ... έναντι της απόφασης 640/2022, κρίνοντας μεταξύ άλλων τα εξής: «... ενώ ο απαιτούμενος αριθμός δύο εκτελεσθεισών συμβάσεων, ύψους εκάστη 20% του προϋπολογισμού του έργου για 14 είδη ίδια ή συναφή, δικαιολογείται από τις ανάγκες αυτής και δεν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου με την Διακήρυξη σκοπού δημοσίου συμφέροντος, ούτε συντρέχει παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και περιορισμός του ελεύθερου ανταγωνισμού, λαμβάνοντας υπόψη τα εξής δεδομένα: (α) το συμβατικό αντικείμενο, το οποίο αφορά σε ένα ολοκληρωμένο πρόγραμμα του ΤΕΒΑ, για την παροχή επισιτιστικής βοήθειας σε άπορα άτομα και άπορες οικογένειες με μικτή σύμβαση, δηλαδή όχι μόνον με την προμήθεια περισσότερων και διαφορετικών μεταξύ τους τροφίμων και ειδών, τα οποία εξ αντικείμενου απαιτούν, λόγω της διαφορετικότητάς τους, διαφορετικού τύπου υποδομές και διαφορετικού είδους τεχνογνωσία (ενδεικτικώς, ψυγεία ή αποθήκες, ανάλογα μεταφορικά μέσα κ.λ.π.), ώστε να μην υπάρξει αλλοίωσή τους και διακινδύνευση της υγείας των ωφελούμενων και της δημόσιας υγείας, αλλά ταυτόχρονα και με την διανομή των προμηθευθέντων τροφίμων και ΒΥΣ στους δικαιούχους των κοινωνικών συμπράξεων [...] με την επιπλέον παροχή υπηρεσιών προσωρινής αποθήκευσης των ειδών αυτών (τροφίμων και ΒΥΣ), την πακετοποίησή τους, την μεταφορά τους σε συγκεκριμένα σημεία διανομής στους ωφελούμενους, μαζί με την επιστροφή, αποθήκευση (και ψύξη όπου απαιτείται) και την αναδιανομή των αδιαθέτων, (β) την εντός ασφυκτικών προθεσμιών υλοποίηση της σύμβασης από τον ανάδοχο οικονομικό φορέα, έως και τις 31-12-2022, [...], (γ) τον επιτακτικό και ανελαστικό χαρακτήρα των αναγκών (σίτισης και κάλυψης βασικών αναγκών) των δικαιούχων- ωφελούμενων, για τους οποίους προορίζονται τα είδη αυτά [...], (δ) το αντικείμενο των δύο συμβάσεων ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας για 14 είδη, ίδια ή συναφή με τα ζητούμενα (εκ των οποίων δύο νωπά κρέατα, δύο νωπά τυροκομικά, δύο είδη παντοπωλείου και δύο ΒΥΣ), είναι σχετικό με το αντικείμενο της σύμβασης, αφού αφορά τα ίδια είδη τροφίμων και ΒΥΣ που ζητούνται από την Διακήρυξη, ενώ ο αριθμός των 14 ειδών δεν είναι περιοριστικός της συμμετοχής των οικονομικών φορέων, αφού αφενός τα είδη αυτά δεν απαριθμούνται-κατονομάζονται, αρκεί να είναι συναφή, αφετέρου τα

απαιτούμενα είδη νωπών τροφίμων σχετίζονται με τις διαφορετικές χρονικές και τοπικές συνθήκες προμήθειας και παράδοσής τους στους χώρους της διανομής, (ε) την δυσκολία εκτέλεσης του αντικειμένου (ενόψει και της ποικιλίας των υπό προμήθεια ειδών, πολλά εκ των οποίων είναι νωπά και κατά την κοινή πείρα ευάλωτα σε περίπτωση καθυστέρησης κατανάλωσής τους), λόγω της οποίας επελέγη η ενιαία δημοπράτηση του έργου, κατά τα αναγραφόμενα στην Διακήρυξη, αλλά και η ανάθεσή του σε έναν οικονομικό φορέα, που να έχει εμπειρία όχι μόνον π.χ. στην προμήθεια κρεάτων και τυροκομικών, αλλά και οπωρολαχανικών, (στ) ο αιτούμενος αριθμός δύο συμβάσεων δεν είναι δυσανάλογος με το αντικείμενο της Διακήρυξης, καθώς απαιτείται ευρείας έκτασης επιχείρηση με πολλαπλές υπηρεσίες επί προμήθειας πολλαπλών ειδών, δίδεται δε η δυνατότητα προσκόμισης όχι μόνον δημοσίων συμβάσεων αλλά και στοιχείων από ιδιωτικές συμβάσεις, αφού συμβάσεις προμήθειας των τροφίμων και ΒΥΣ που περιλαμβάνονται στην Διακήρυξη, λόγω της κατηγορίας και συχνότητας (από άποψη κατανάλωσης) των υπό προμήθεια ειδών, μπορούν, κατά την κοινή πείρα, να έχουν καταστεί αντικείμενο όχι μόνον δημοσίων αλλά και ιδιωτικών συμβάσεων, (ζ) το απαιτούμενο ποσοστό 20% επί του προϋπολογισμού του έργου, ως όρος για το ύψος των συμβάσεων αυτών, δεν περιορίζει τον ανταγωνισμό, καθώς απαιτεί συμμετέχοντες με ικανή εμπειρία εκτέλεσής τους, συναρτάται δε με το πραγματικό μέγεθος των συμβατικών εργασιών που εκτελέστηκαν και την σχετική εμπειρία και ικανότητα του οικονομικού φορέα (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 117, 118/2021, 335/2019, ΕΣ 1815/2021, ΔΕΚ αποφ. της 19.6.2003, C-315/01, GAT, σκέψη 65) και αποτελεί δείκτη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πρόσφορο, ο οποίος δεν υπερβαίνει, και δη προδήλως, το αναγκαίο μέτρο, δεδομένου ότι, κατά κοινή πείρα, συμβάσεις μεγαλύτερης αξίας απαιτούν την δέσμευση περισσότερων ανθρωπίνων πόρων και άλλων τεχνικών μέσων για την εκτέλεσή τους (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 203/2018, σκέψη 10)[.]. • «το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης αφορά: - 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, - την αποθήκευση των ειδών που δεν διανεμήθηκαν κατά τη διανομή σε αποθηκευτικούς χώρους - τον προγραμματισμό αναδιανομών με βάση τις κατευθύνσεις της Αναθέτουσας Αρχής και της Αρχής Διαχείρισης του ΤΕΒΑ, - 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 των Κοινωνικών Συμπράξεων της Περιφέρειας - την τήρηση απαρέγκλιτα 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». Συνοψίζοντας ως προς τον 1ο και 2ο Λόγο Ακύρωσης και το επιχείρημα για Παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας ως προς την απαίτηση της παραγράφου 2.2.6 της Διακήρυξης: 1) Το αντικείμενο των δύο συμβάσεων ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας για 12 είδη, ίδια ή συναφή με τα ζητούμενα (εκ των οποίων δύο νωπά κρέατα, δύο νωπά τυροκομικά, δύο είδη οπωροπωλείου), είναι σχετικό με το αντικείμενο της σύμβασης, αφού αφορά τα ίδια είδη τροφίμων και ΒΥΣ που ζητούνται από την Διακήρυξη, ενώ ο αριθμός των 12 ειδών δεν είναι περιοριστικός της συμμετοχής των

οικονομικών φορέων, αφού αφενός τα είδη αυτά δεν απαριθμούνται-κατονομάζονται, αρκεί να είναι συναφή, αφετέρου τα απαιτούμενα είδη νωπών τροφίμων σχετίζονται με τις διαφορετικές χρονικές και τοπικές συνθήκες προμήθειας και παράδοσής τους στους χώρους της διανομής, 2) Η δυσκολία εκτέλεσης του αντικειμένου (ενόψει και της ποικιλίας των υπό προμήθεια ειδών, πολλά εκ των οποίων είναι νωπά και κατά την κοινή πείρα ευάλωτα σε περίπτωση καθυστέρησης κατανάλωσής τους), λόγω της οποίας επελέγη η ενιαία δημοπράτηση του έργου, κατά τα αναγραφόμενα στην Διακήρυξη, αλλά και η ανάθεσή του σε έναν οικονομικό φορέα, που να έχει εμπειρία όχι μόνον π.χ. στην προμήθεια κρεάτων και τυροκομικών, αλλά και οπωρολαχανικών, 3) Ο αιτούμενος αριθμός δύο συμβάσεων δεν είναι δυσανάλογος με το αντικείμενο της Διακήρυξης, καθώς απαιτείται ευρείας έκτασης επιχείρηση με πολλαπλές υπηρεσίες επί προμήθειας πολλαπλών ειδών, δίδεται δε η δυνατότητα προσκόμισης όχι μόνον δημοσίων συμβάσεων αλλά και στοιχείων από ιδιωτικές συμβάσεις, αφού συμβάσεις προμήθειας των τροφίμων και ΒΥΣ που περιλαμβάνονται στην Διακήρυξη, λόγω της κατηγορίας και συχνότητας (από άποψη κατανάλωσης) των υπό προμήθεια ειδών, μπορούν, κατά την κοινή πείρα, να έχουν καταστεί αντικείμενο όχι μόνον δημοσίων αλλά και ιδιωτικών συμβάσεων, 4) Το απαιτούμενο ποσοστό 20% επί του προϋπολογισμού του έργου, ως όρος για το ύψος των συμβάσεων αυτών, δεν περιορίζει τον ανταγωνισμό, καθώς απαιτεί συμμετέχοντες με ικανή εμπειρία εκτέλεσής τους, συναρτάται δε με το πραγματικό μέγεθος των συμβατικών εργασιών που εκτελέσθηκαν και την σχετική εμπειρία και ικανότητα του οικονομικού φορέα (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 117, 118/2021, 335/2019, ΕΣ 1815/2021, ΔΕΚ απόφ. της 19.6.2003, C-315/01, GAT, σκέψη 65) και αποτελεί δείκτη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πρόσφορο, ο οποίος δεν υπερβαίνει, και δη προδήλως, το αναγκαίο μέτρο, δεδομένου ότι, κατά κοινή πείρα, συμβάσεις μεγαλύτερης αξίας απαιτούν την δέσμευση περισσότερων ανθρωπίνων πόρων και άλλων τεχνικών μέσων για την εκτέλεσή τους (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 203/2018, σκέψη 10), σε σχέση με μικρότερου οικονομικού μεγέθους συμβάσεις, συνεκτιμωμένου του ύψους της σύμβασης, αλλά και της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου της, όπως ήδη εκτέθηκε.» 5) Το συμβατικό αντικείμενο αφορά σε ένα ολοκληρωμένο πρόγραμμα του ΤΕΒΑ, για την

παροχή επισιτιστικής βοήθειας σε άπορα άτομα και άπορες οικογένειες αλλά ταυτόχρονα και με την διανομή των προμηθευθέντων τροφίμων και ΒΥΣ στους δικαιούχους των κοινωνικών συμπράξεων των επιμέρους περιφερειακών ενοτήτων και με την επιπλέον παροχή υπηρεσιών προσωρινής αποθήκευσης των ειδών αυτών (τροφίμων και ΒΥΣ), την πακετοποίησή τους, την μεταφορά τους σε συγκεκριμένα σημεία διανομής στους ωφελούμενους, μαζί με την επιστροφή, αποθήκευση (και ψύξη όπου απαιτείται) και την αναδιανομή των αδιαθέτων, αντικείμενο που τεκμηριώνει απόλυτα την ανάγκη μικτού έργου προμήθειας και διανομών. Συνεπώς, για τους παραπάνω λόγους θεωρούμε ότι η απαίτηση δεν παραβιάζει της αρχή της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. 3^{ος} Λόγος Ακύρωσης. Παρανομία όρου Διακήρυξης «2.2.6.2. 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 έξι (6) φορτηγά για την μεταφορά και παράδοση των τροφίμων και τουλάχιστον δύο (2) φορτηγά για τη μεταφορά των προϊόντων βασικής υλικής συνδρομής. Η απόδειξη των παραπάνω τεκμηριώνεται στα δικαιολογητικά κατακύρωσης επί ποινή αποκλεισμού με τη προσκόμιση των αδειών κυκλοφορίας των οχημάτων καθώς και των αδειών ή εγκρίσεων καταλληλότητας από την Δ/νση Κτηνιατρικής ή άλλες αρμόδιες Υπηρεσίες, για τα μέσα μεταφοράς. Επίσης θα πρέπει να έχουν εξοφλημένα τα τέλη κυκλοφορίας. 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. Προς απόδειξη της πρόθεσής του να ανταποκριθεί στα προαναφερθέντα, ο Οικονομικός Φορέας υποβάλλει μαζί με την προσφορά του, επί ποινή αποκλεισμού, υπεύθυνη δήλωση (υπόδειγμα παραρτήματος IV) με ρητή αναφορά στη δέσμευση που αναλαμβάνει σύμφωνα με τα όσα αναφέρονται ανωτέρω». Θέση Φορέα. Σε συνέχεια της προαναφερόμενων απόψεών μας, όπως αναλυτικά αναπτύξαμε ανωτέρω, το συμβατικό αντικείμενο του έργου αφορά σε ένα ολοκληρωμένο πρόγραμμα παροχής επισιτιστικής βοήθειας σε άτομα που ζουν κάτω από το όριο της φτώχειας και περιλαμβάνει την

προμήθεια πολλών και διαφορετικών μεταξύ τους τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής που διατίθενται μαζικά και συγχρόνως στους ωφελούμενους (κατ' ελάχιστο 1000 μέλη εξυπηρετούνται σε μια μέρα). Η διαφορετικότητα των προς διάθεση προϊόντων απαιτεί και διαφορετικού τύπου υποδομές και διαφορετικού τύπου τεχνογνωσία (ενδεικτικώς, ψυγεία, αποθήκες, μεταφορικά μέσα κ.λ.π.) ώστε να μην υπάρξει ενδεχόμενο αλλοίωσης τους ή επιμόλυνσης και διακινδύνευσης της υγείας των ωφελούμενων και της ευρύτερης δημόσιας υγείας. Την ίδια στιγμή και όπως αναλυτικά προκύπτει από το φυσικό αντικείμενο του έργου (Παράρτημα Ι Διακήρυξης) οι εργασίες που θα εκτελεστούν πριν τη διανομή, αποτελούν ένα σύνολο αλληλένδετων, η μία με την αμέσως επόμενη εργασία, καθότι περιλαμβάνουν : την πακετοποίηση των προϊόντων, κατά τη διάρκεια της διανομής σε ένα σημείο, την ολοκλήρωση της διανομής σε ένα σημείο και έναρξη της διανομής σε άλλο σημείο και την προσωρινή αποθήκευση των προϊόντων στην αποθήκη της Κοινωνικής Σύμπραξης, συνθέτουν ένα πολύπλοκο έργο μεταφορών και logistics που εκτελείται εντός ασφυκτικών προθεσμιών από τον ανάδοχο οικονομικό φορέα σε τέσσερις διαφορετικές περιφερειακές ενότητες, χωρικά διαφοροποιημένες και καλύπτουσες μεγάλη εδαφική έκταση. Τα παραπάνω περιγράφουν ένα μέρος του πραγματικού φυσικού αντικείμενου και τις ειδικότερες ανάγκες σύμφωνα με τις οποίες η Αναθέτουσα Αρχή ορίζει στις προδιαγραφές την απαίτηση της παρ. 2.2.6.2. που δε περιορίζονται στο αν μπορεί ένα όχημα με άδεια τροφίμων να μεταφέρει - υπό συνθήκες και άλλα προϊόντα όπως τα ΒΥΣ. Ο οποιοδήποτε έλεγχος του αναδόχου για την διασφάλιση των ελάχιστων ενεργειών καθαρισμού - απολύμανσης των οχημάτων του πριν και κατά τη διάρκεια εκτέλεσης των διανομών είναι απλά αδύνατος να παρακολουθηθεί από υπαλλήλους των αρμόδιων υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής καθώς αυτός θα πρέπει να γίνεται συνεχώς σε κάθε επιμέρους στάδιο των διανομών (φόρτωση, μεταφορά, διανομή, αναδιανομή, μεταφορά σε συσσίτια κ.τ.λ.) για να διασφαλιστεί η μη επιμόλυνση και αλλοίωση των τροφίμων με συνέπεια την απόρριψη μέρους ή του συνόλου της προς παράδοση ποσότητας, κάτι που θα έχει κόστος κα για τον υποψήφιο ανάδοχο, αφού θα πρέπει να αντικαταστήσει την απορριφθείσα ποσότητα. Επιπρόσθετα από τη διακήρυξη οι οικονομικοί

φορείς έχουν την ευχέρεια να προσφύγουν σε στήριξη τρίτου φορέα για την ικανοποίηση της εν λόγω απαίτησης. Ο δε ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι αυτό μπορεί να αυξήσει το κόστος, σε κάθε περίπτωση είναι έωλος καθώς δεν προκύπτει από την ένσταση ότι το κόστος ενοικίασης των οχημάτων είναι ακριβότερο από την ιδιοκτησία αυτών. Συνεπώς για τους παραπάνω λόγους θεωρούμε ότι η απαίτηση της παραγράφου 2.2.6.2 δεν είναι παράνομος. 4ος λόγος Ακύρωσης. Παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας «2.4.3.2.1. Επίσης ο υποψήφιος θα δεσμευτεί με τη προσκόμιση σχετικής Υπεύθυνης Δήλωσης, ότι σε περίπτωση που θα του κατακυρωθεί σε αυτόν ο Διαγωνισμός θα διαθέσει τέσσερις αποθηκευτικούς χώρους - ένα για κάθε Περιφερειακή Ενότητα - εντός των ορίων της Κάθε Περιφερειακής Ενότητας για την αντίστοιχη Κοινωνική Σύμπραξη που θα αφορά. Για το σκοπό αυτό ο υποψήφιος θα προσκομίσει, μαζί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και τα παρακάτω. • Έγγραφα ιδιοκτησιακού καθεστώτος του αποθηκευτικού χώρου (ΚΑΔ) ή συμφωνητικό μίσθωσης εν ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης με διάρκεια τουλάχιστον μέχρι τις 31-03-2023, θεωρημένο από την αρμόδια αρχή, εφόσον απαιτείται. • Βεβαίωση χρήσης γης εκδοθείσα από την αρμόδια Υπηρεσία Δόμησης, του αποθηκευτικού χώρου και τις κατάλληλες άδειες λειτουργίας για αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου απορρυπαντικών και καθαριστικών. • Ο Οικονομικός Φορέας όταν δεν διαθέτει τις ανωτέρω εγκαταστάσεις πρέπει να προσκομίσει και τα σχετικά μισθωτήρια συμβόλαια. Οι αποθηκευτικοί χώροι, «Κέντρο Αποθήκευσης και Διανομής» (ΚΑΔ) ή Κέντρο Logistics, θα πρέπει να έχουν τις κατά νόμο άδειες λειτουργίας για την αποθήκευση τροφίμων ξηρού και ψυχρού φορτίου. Οι συγκεκριμένοι χώροι θα αποτελέσουν τον κεντρικό κόμβο του δικτύου διανομών κάθε Π.Ε., παραλαβής προϊόντων, διαχείρισης διανομών και αποθήκευσης, (επαν)αναπροώθησης και (αν)αδιανομής αδιάθετων προϊόντων που θα λαμβάνουν χώρα στο πλαίσιο της παρούσης. ε) Προσκόμιση σχετικής Υπεύθυνης Δήλωσης (Παραρτήματος IV) σχετικά με την δέσμευση του αναδόχου για την ανταπόκρισή του στις απαιτήσεις της παρ. Α2. Του Παραρτήματος Ι.». Θέση Φορέα. Όπως αναλύσαμε παραπάνω, το έργο περιλαμβάνει τέσσερις περιφερειακές ενότητες/κοινωνικές συμπράξεις που

κάθε μία έχει τη δική της αρμοδιότητα κατά την εκτέλεση του έργου και μεταξύ τους είναι χωρικά διαφοροποιημένες και καλύπτουσες μεγάλη εδαφική έκταση. Καταρχάς σημειώνεται ότι ο συγκεκριμένος όρος της διακήρυξης δεν έχει τεθεί υπό ποινή αποκλεισμού, καθώς αποτελεί συμβατική υποχρέωση του αναδόχου που θα εκτελέσει την σύμβαση. Σε αντίστοιχη περίπτωση (Απόφαση 1245/2020 Τμήμα VI, Ελεγκτικού Συνεδρίου) έχει κριθεί ότι: «Ο όρος 2.2.6.4 της διακήρυξης, ορμώμενος εξ επόψεως του αντικειμένου και του μεγέθους της σύμβασης, δεν παρίσταται δυσανάλογος προς τον επιδιωκόμενο σκοπό αυτής, που είναι η προμήθεια, πακετοποίηση και διανομή μεγάλου αριθμού και όγκου προϊόντων, σε διαφορετικές περιοχές της εκτεταμένης εδαφικής περιφέρειας της Περιφέρειας Για το λόγο αυτό, η αναθέτουσα αρχή ευλόγως ζητεί να δηλωθούν, ήδη κατά την υποβολή προσφοράς, στο ΕΕΕΣ τα στοιχεία των αποθηκών και η ακριβής τους διεύθυνση και να προσκομισθούν από τους υποψηφίους τα έγγραφα ιδιοκτησίας ή μίσθωσης των χώρων αυτών, καθώς και οι απαραίτητες άδειες λειτουργίας, προκειμένου να γνωρίζει εξ αρχής αν ο υποψήφιος θα έχει τη δυνατότητα να διαθέσει άμεσα τους απαιτούμενους αποθηκευτικούς χώρους, σε περίπτωση που του ανατεθεί η σύμβαση, ώστε να εκκινήσει η εκτέλεσή της. Εφόσον, δε, ο σχετικός όρος μπορεί να πληρωθεί και με μίσθωση των απαιτούμενων χώρων αποθήκευσης (πρβλ. Ε.Σ. VI Τμ. 609, 608/2018), καθώς και κατόπιν προσφυγής στη στήριξη στις ικανότητες τρίτου (βλ. σχετική μνεία στο ίδιο άρθρο 2.2.6.4 της διακήρυξης, καθώς και αναλυτική αναφορά στο άρθρο 2.2.8 αυτής), αυτός είναι επιτεύξιμος για κάθε ενδιαφερόμενο και συνεπώς δεν αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας ούτε περιορίζει υπέρμετρα την ανάπτυξη ελεύθερου ανταγωνισμού». Πέρα των ανωτέρω παρακάτω αποτυπώνονται μερικοί από τους λόγους που κρίνεται αναγκαία η ύπαρξη αποθηκών σε κάθε μία Περιφερειακή Ενότητα. Συγκεκριμένα: • Διατήρηση του υφιστάμενο πλαισίου υλοποίησης του έργου που οδεύει στη λήξη του και που τα χρονικά περιθώρια είναι πολύ περιορισμένα. Οποιαδήποτε αλλαγή στις διαδικασίες υλοποίησης του έργου θα προσθέσει τεράστιο ρίσκο και κίνδυνο στην ομαλή υλοποίηση του έργου. Για παράδειγμα αν δεν υπάρχει αποθήκη στη Περιφερειακή Ενότητα ..., οι επιτροπές παραλαβής θα πρέπει να λαμβάνουν ειδική άδεια και να μεταβαίνουν οδικώς σε άλλη περιφερειακή ενότητα σε περιόδους ψύχους και

δυσμενών καιρικών συνθηκών που επικρατούν στη περιοχή ακόμα από τους φθινοπωρινούς μήνες του έτους. Αυτό από μόνο του αυξάνει το διοικητικό κόστος της περιφέρειας ενώ για κάθε διανομή θα ελλοχεύει ο κίνδυνος αδυναμίας ομαλής παραλαβής των προς διάθεση προϊόντων. Η ύπαρξη αποθηκευτών χώρων σε κάθε Περιφερειακή Ενότητα προσφέρει ευελιξία στην λήψη αποφάσεων για την παραλαβή των προϊόντων και την αναδιανομή τους όποτε αυτό κριθεί απαραίτητο. Σε ότι αφορά τη χρήση των αποθηκών για άλλες ανάγκες του οικονομικού φορέα αυτό προφανώς και δεν μπορεί να είναι αποδεκτό καθώς οι αποθήκες αυτές θα εξυπηρετούν τις ανάγκες ενός έργου ... προϋπολογισμού περίπου δύο εκατομμυρίων ευρώ. Τέλος, η αναφορά του προσφεύγοντος σχετικά με το κόστος ενοικίασης των αποθηκών «...επιφέρει υπέρμετρο επιπρόσθετο κόστος στο έργο, αφού, πέρα από το αυτονόητο ότι θα απαιτηθούν επιπλέον και μάλιστα υπέρογκες δαπάνες για τη μίσθωση τεσσάρων αποθηκευτικών χώρων...» είναι αβάσιμη καθώς δεν προκύπτει από κάποια ανάλυση αγοράς παρά μόνο από το πλήθος των αποθηκών. Επί της ουσίας η ένωση φορέων που προσβάλει τον όρο αυτό επιδιώκει την πλήρη μεταβολή του επιτυχημένου τρόπου υλοποίησης ενός έργου, σε ένα χρονικό σημείο που αυτό οδεύει προς το κλείσιμο του και τα χρονικά περιθώρια είναι περιορισμένα. Συνεπώς για τους παραπάνω λόγους θεωρούμε ότι η απαίτηση της παραγράφου 2.4.3.2.1 δεν παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας».

6. 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 Επικράτειας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 48-49).

7. Επειδή, εν προκειμένω, η βλάβη της προσφεύγουσας εδράζεται στο γεγονός ότι δεν πληροί την επίμαχη απαίτηση του προσβαλλόμενου όρου

2.2.6.1^A, της διακήρυξης. Επομένως, εν προκειμένω, το παραδεκτώς προβαλλόμενο κρίσιμο ζήτημα 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 η ίδια η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι «(εννοείται δεν παρίσταται σύννομο) 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...».

8. 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 ενδιαφερομένου να μετάσχει στον διαγωνισμό. Επί του οικείου λόγου προσφυγής καταλυτικό ρόλο διαδραματίζει η εθνική νομολογία καθώς δυνάμει της απόφασης 148/2022 του Διοικ.Εφετείου Τρίπολης εκρίθη μεταξύ άλλων, *ad hoc* ότι «εν προκειμένω, η απαίτηση που εισάγει ο επίμαχος όρος 2.2.6.1.Α, ήτοι να έχουν εκτελέσει οι οικονομικοί φορείς (η δε ένωση φορέων αθροιστικά), κατά την τριετία 2018-2020 και μέχρι την δημοσίευση της ένδικης προκήρυξης, δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών πλήρως ολοκληρωμένες, αξίας προϋπολογισμού εκάστης τουλάχιστον το 20% του προϋπολογισμού της παρούσας σύμβασης, ήτοι αξίας τουλάχιστον 506.044 €, -χωρίς τούτο να δύναται να καλυφθεί από περισσότερες αθροιζόμενες μεταξύ τους συμβάσεις- και καθεμιά από αυτές να αφορά στην προμήθεια των ως άνω ειδών (τροφίμων και ΒΥΣ) σε ποσοστό 50%, ήτοι να αφορά σε 14 είδη, ίδια ή συναφή και να περιλαμβάνει την προμήθεια τουλάχιστον δύο ειδών νωπών κρεάτων, δύο ειδών νωπών τυροκομικών, δύο ειδών οπωροπωλείου (Α3:και η μία εξ αυτών και δύο είδη βασικής υλικής συνδρομής ΒΥΣ), αποσκοπεί στην

διασφάλιση συμμετοχής στον διαγωνισμό συμμετεχόντων ικανών να ανταποκριθούν στο μέγεθος και, ιδίως, στις ιδιαιτερότητες του αντικειμένου του έργου και στην επάρκεια αυτών να εκτελέσουν επιτυχώς την υπό ανάθεση σύμβαση. Η απαίτηση αυτή, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, παρίσταται πρόσφορη σε σχέση με τον ως άνω επιδιωκόμενο σκοπό, καθώς αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την προσήκουσα εκτέλεση της συναφθισομένης σύμβασης, ενώ ο απαιτούμενος αριθμός δύο εκτελεσθέντων συμβάσεων, ύψους εκάστη 20% του προϋπολογισμού του έργου για 14 είδη ίδια ή συναφή, δικαιολογείται από τις ανάγκες αυτής και δεν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου με την Διακήρυξη σκοπού δημοσίου συμφέροντος, ούτε συντρέχει παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και περιορισμός του ελεύθερου ανταγωνισμού, λαμβάνοντας υπόψη τα εξής δεδομένα : (α) το συμβατικό αντικείμενο, το οποίο αφορά σε ένα ολοκληρωμένο πρόγραμμα του ΤΕΒΑ, για την παροχή επισιτιστικής βοήθειας σε άπορα άτομα και άπορες οικογένειες με μικτή σύμβαση, δηλαδή όχι μόνον με την προμήθεια περισσότερων και διαφορετικών μεταξύ τους τροφίμων και ειδών, -τα οποία εξ αντικειμένου απαιτούν, λόγω της διαφορετικότητάς τους, διαφορετικού τύπου υποδομές και διαφορετικού είδους τεχνογνωσία (ενδεικτικώς, ψυγεία ή αποθήκες, ανάλογα μεταφορικά μέσα κ.λ.π.), ώστε να μην υπάρξει αλλοίωσή τους και διακινδύνευση της υγείας των ωφελούμενων και της δημόσιας υγείας-, αλλά ταυτόχρονα και με την διανομή των προμηθευθέντων τροφίμων και ΒΥΣ στους δικαιούχους των κοινωνικών συμπράξεων των επιμέρους περιφερειακών ενοτήτων (... και ..., με συντονιστή την αιτούσα Περιφέρεια) και με την επιπλέον παροχή υπηρεσιών προσωρινής αποθήκευσης των ειδών αυτών (τροφίμων και ΒΥΣ), την πακετοποίησή τους, την μεταφορά τους σε συγκεκριμένα σημεία διανομής στους ωφελούμενους, μαζί με την επιστροφή, αποθήκευση (και ψύξη όπου απαιτείται) και την αναδιανομή των αδιαθέτων, (β) την εντός ασφυκτικών προθεσμιών υλοποίηση της σύμβασης από τον ανάδοχο οικονομικό φορέα, έως και τις 31-12-2022, υπό τον συντονισμό της αιτούσας σε τρεις διαφορετικές Περιφερειακές Ενότητες, χωρικά διαφοροποιούμενες και καλύπτουσες μεγάλη εδαφική έκταση, (γ) τον επιτακτικό και ανελαστικό χαρακτήρα των αναγκών (σίτισης και κάλυψης βασικών αναγκών) των

δικαιούχων-ωφελούμενων, για τους οποίους προορίζονται τα είδη αυτά (άποροι δικαιούχοι περίπου 8.888 και 16.446 ωφελούμενοι-μέλη των οικογενειών τους στις ως άνω Περιφερειακές Ενότητες), όσον αφορά τα ποσοτικά και ποιοτικά χαρακτηριστικά και την άρτια εκπλήρωση των σχετικών παροχών [βλ. τεχνικές απαιτήσεις 1.2, σελ. 75 της Διακήρυξης, όπου αναφέρεται ότι τα είδη αυτά θα είναι διατροφικά αξιολογημένα, θα καλύπτουν τις βασικές διατροφικές και άλλες ανάγκες διαβίωσης των ωφελούμενων και θα παρέχονται σε επαρκή ποικιλία (19 είδη τροφίμων και 8 είδη βασικών αναγκών – είδη βασικής υλικής συνδρομής), αλλά και σελ. 86-89, για τα γενικά και φυσικοχημικά χαρακτηριστικά των τροφίμων και λοιπών προϊόντων, την επισήμανσή τους και διαδικασία συντήρησης], (δ) το αντικείμενο των δύο συμβάσεων ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας για 14 είδη, ίδια ή συναφή με τα ζητούμενα (εκ των οποίων δύο νωπά κρέατα, δύο νωπά τυροκομικά, δύο είδη παντοπωλείου και δύο ΒΥΣ), είναι σχετικό με το αντικείμενο της σύμβασης, αφού αφορά τα ίδια είδη τροφίμων και ΒΥΣ που ζητούνται από την Διακήρυξη (βλ. σκέψη 3 της παρούσας), ενώ ο αριθμός των 14 ειδών δεν είναι περιοριστικός της συμμετοχής των οικονομικών φορέων, αφού αφενός τα είδη αυτά δεν απαριθμούνται-κατονομάζονται, αρκεί να είναι συναφή, αφετέρου τα απαιτούμενα είδη νωπών τροφίμων σχετίζονται με τις διαφορετικές χρονικές και τοπικές συνθήκες προμήθειας και παράδοσής τους στους χώρους της διανομής, (ε) την δυσκολία εκτέλεσης του αντικειμένου (ενόψει και της ποικιλίας των υπό προμήθεια ειδών, πολλά εκ των οποίων είναι νωπά και κατά την κοινή πείρα ευάλωτα σε περίπτωση καθυστέρησης κατανάλωσής τους), λόγω της οποίας επελέγη η ενιαία δημοπράτηση του έργου, κατά τα αναγραφόμενα στην Διακήρυξη, αλλά και η ανάθεσή του σε έναν οικονομικό φορέα, που να έχει εμπειρία όχι μόνον π.χ. στην προμήθεια κρεάτων και τυροκομικών, αλλά και οπωρολαχανικών, (στ) ο αιτούμενος αριθμός δύο συμβάσεων δεν είναι δυσανάλογος με το αντικείμενο της Διακήρυξης, καθώς απαιτείται ευρείας έκτασης επιχείρηση με πολλαπλές υπηρεσίες επί προμήθειας πολλαπλών ειδών, δίδεται δε η δυνατότητα προσκόμισης όχι μόνον δημοσίων συμβάσεων αλλά και στοιχείων από ιδιωτικές συμβάσεις, αφού συμβάσεις προμήθειας των τροφίμων και ΒΥΣ που περιλαμβάνονται στην Διακήρυξη, λόγω της κατηγορίας και συχνότητας (από

άποψη κατανάλωσης) των υπό προμήθεια ειδών, μπορούν, κατά την κοινή πείρα, να έχουν καταστεί αντικείμενο όχι μόνον δημοσίων αλλά και ιδιωτικών συμβάσεων, (ζ) το απαιτούμενο ποσοστό 20% επί του προϋπολογισμού του έργου, ως όρος για το ύψος των συμβάσεων αυτών, δεν περιορίζει τον ανταγωνισμό, καθώς απαιτεί συμμετέχοντες με ικανή εμπειρία εκτέλεσής τους, συναρτάται δε με το πραγματικό μέγεθος των συμβατικών εργασιών που εκτελέστηκαν και την σχετική εμπειρία και ικανότητα του οικονομικού φορέα (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 117, 118/2021, 335/2019, ΕΣ 1815/2021, ΔΕΚ απόφ. της 19.6.2003, C-315/01, GAT, σκέψη 65) και αποτελεί δείκτη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πρόσφορο, ο οποίος δεν υπερβαίνει, και δη προδήλως, το αναγκαίο μέτρο, δεδομένου ότι, κατά κοινή πείρα, συμβάσεις μεγαλύτερης αξίας απαιτούν την δέσμευση περισσότερων ανθρωπίνων πόρων και άλλων τεχνικών μέσων για την εκτέλεσή τους (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 203/2018, σκέψη 10), σε σχέση με μικρότερου οικονομικού μεγέθους συμβάσεις, συνεκτιμωμένου του ύψους της σύμβασης (2.530.219,51 €), αλλά και της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου της, όπως ήδη εκτέθηκε και (η) όπως προκύπτει και από την προσκομισθείσα και ενώπιον της Αρχής βεβαίωση του Προϊσταμένου της Διαχειριστικής Αρχής του ΤΕΒΑ, για την τριετία 2018-2021 έχουν υλοποιηθεί ή βρίσκονται σε εξέλιξη 67 συμβάσεις τροφίμων και 13 ΒΥΣ άνω του ως άνω ποσοστού (των 506.043,90 €), χωρίς να τεθεί ενώπιον της Αρχής ισχυρισμός ότι οι συμβάσεις αυτές έχουν ανατεθεί σε συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς, μονοπωλιακής ή ολιγοπωλιακής μορφής. Ενόψει των ανωτέρω, ο πληττόμενος όρος της Διακήρυξης 2.2.6.1.Α. θεσπίζει εύλογη προϋπόθεση καταλληλότητας των διαγωνιζομένων ως προς την τεχνική και επαγγελματική τους επάρκεια, ώστε να ανταποκριθούν στην άρτια εκτέλεση του αντικειμένου της επίμαχης Διακήρυξης, κατά τα βασίμως υποστηριζόμενα από την αιτούσα Περιφέρεια ... και δεν τίθεται ζήτημα παραβίασης των αρχών της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της ανάπτυξης ελεύθερου ανταγωνισμού, όπως μη νομίμως δέχθηκε η καθ' ής Αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της, η οποία και θα πρέπει να ακυρωθεί, κατά το μέρος αυτό". Συνεπώς, δοθείσης της συνταγματικής υποχρέωσης της ΕΑΔΗΣΥ περί συμμόρφωσης προς τις δικαστικές αποφάσεις κατά τα ως άνω νομολογιακώς κριθέντα. ο προσβαλλόμενος όρος 2.2.6.1, Α δεν πάσχει

ακυρότητας και ως εκ τούτου ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής, απορρίπτεται ως αβάσιμος.

9. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα 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 οποίοι 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.

10. Επειδή, ισχύουν *mutatis mutandis* τα αναγραφόμενα στις ως άνω σκέψεις της παρούσας, δηλαδή εν προκειμένω, η βλάβη της προσφεύγουσας 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.

11. Επειδή, πέραν των όσων εκρίθησαν, *mutatis mutandis* για τον πρώτο λόγο προσφυγής, με την απόφαση 148/2022, επέκεινα, με την απόφαση 147/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης απερρίφθη η με ΑΚ30/24-5-2022 αίτηση αναστολής-ακυρώσεως, που αφορούσε το δεύτερο σκέλος της προσβαλλόμενης απόφασης ως προς τον όρο 2.2.6.1.Γ. (ο οποίος και κρίθηκε νόμιμος). Συνεπώς, ο προσβαλλόμενος όρος 2.2.6.1.Γ.

δεν πάσχει ακυρότητας και συνεπώς ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

12. Επειδή, ως προς τον τρίτο λόγο της εξεταζόμενης προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Στην υπ' αρ. Δ1γ/ΓΠ/46890/26-07-2021 Εγκύκλιο του Υπουργείου Υγείας την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα 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». Από την επισκόπηση του φακέλου και την συνεκτίμηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών, προκύπτει ότι ουδόλως παραπέμπει η αναθέτουσα αρχή προς απόκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας 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, να 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 δύνανται 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, το οποίο 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, ο οικείος λόγος της προσφυγής γίνεται δεκτός, απορριπτόμενων των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη διακήρυξη πάσχει ακυρότητας ως προς τον επίμαχο λόγο.

14. Επειδή, εν συνεχεία, ως προς τον τέταρτο λόγο της προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Το επίμαχο έργο περιλαμβάνει τέσσερις περιφερειακές ενότητες/κοινωνικές συμπράξεις που κάθε μία έχει τη δική της αρμοδιότητα κατά την εκτέλεση του έργου και μεταξύ τους είναι χωρικά διαφοροποιημένες και καλύπτουσες μεγάλη εδαφική έκταση. Ο συγκεκριμένος όρος της διακήρυξης, δεν έχει τεθεί υπό ποινή αποκλεισμού, καθώς αποτελεί συμβατική υποχρέωση του αναδόχου που θα εκτελέσει την σύμβαση.

Συναφώς έχει νομολογηθεί (1245/2020 Τμήμα VI, Ελεγκτικού Συνεδρίου) ότι: «Ο όρος 2.2.6.4 της διακήρυξης, ορμώμενος εξ επόψεως του αντικειμένου και του μεγέθους της σύμβασης, δεν παρίσταται δυσανάλογος προς τον επιδιωκόμενο σκοπό αυτής, που είναι η προμήθεια, πακετοποίηση και διανομή μεγάλου αριθμού και όγκου προϊόντων, σε διαφορετικές περιοχές της εκτεταμένης εδαφικής περιφέρειας της Περιφέρειας Για το λόγο αυτό, η αναθέτουσα αρχή ευλόγως ζητεί να δηλωθούν, ήδη κατά την υποβολή προσφοράς, στο ΕΕΕΣ τα στοιχεία των αποθηκών και η ακριβής τους διεύθυνση και να προσκομισθούν από τους υποψηφίους τα έγγραφα ιδιοκτησίας ή μίσθωσης των χώρων αυτών, καθώς και οι απαραίτητες άδειες λειτουργίας, προκειμένου να γνωρίζει εξ αρχής αν ο υποψήφιος θα έχει τη δυνατότητα να διαθέσει άμεσα τους απαιτούμενους αποθηκευτικούς χώρους, σε περίπτωση που του ανατεθεί η σύμβαση, ώστε να εκκινήσει η εκτέλεσή της. Εφόσον, δε, ο σχετικός όρος μπορεί να πληρωθεί και με μίσθωση των απαιτούμενων χώρων αποθήκευσης (πρβλ. Ε.Σ. VI Τμ. 609, 608/2018), καθώς και κατόπιν προσφυγής στη στήριξη στις ικανότητες τρίτου (βλ. σχετική μνεία στο ίδιο άρθρο 2.2.6.4 της διακήρυξης, καθώς και αναλυτική αναφορά στο άρθρο 2.2.8 αυτής), αυτός είναι επιτεύξιμος για κάθε ενδιαφερόμενο και συνεπώς δεν αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας ούτε περιορίζει υπέρμετρα την ανάπτυξη ελεύθερου ανταγωνισμού». Πέρα των ανωτέρω, βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, ότι λόγου χάρη δεν υπάρχει αποθήκη στη Περιφερειακή Ενότητα ..., οι επιτροπές παραλαβής θα πρέπει να λαμβάνουν ειδική άδεια και να μεταβαίνουν οδικώς σε άλλη περιφερειακή ενότητα σε περιόδους ψύχους και δυσμενών καιρικών συνθηκών που επικρατούν στη περιοχή ακόμα από τους φθινοπωρινούς μήνες του έτους, συνθήκη η οποία αυξάνει το διοικητικό κόστος της περιφέρειας, ενώ για κάθε διανομή θα ελλοχεύει ο κίνδυνος αδυναμίας ομαλής παραλαβής των προς διάθεση προϊόντων, η ύπαρξη αποθηκευτών χώρων σε κάθε Περιφερειακή Ενότητα προσφέρει ευελιξία στην λήψη αποφάσεων για την παραλαβή των προϊόντων και την αναδιανομή τους, όποτε αυτό κριθεί απαραίτητο. Τέλος, η αναφορά της προσφεύγουσας σχετικά με το κόστος ενοικίασης των αποθηκών «...επιφέρει υπέρμετρο επιπρόσθετο κόστος στο έργο, αφού, πέρα από το αυτονόητο ότι θα απαιτηθούν επιπλέον και μάλιστα υπέρογκες

δαπάνες για τη μίσθωση τεσσάρων αποθηκευτικών χώρων...» είναι αβάσιμη ως αναπόδεικτη καθώς δεν προκύπτει από κάποια κοστολογημένη ανάλυση αγοράς παρά μόνο από το πλήθος των αποθηκών. Συνεπώς, για τους παραπάνω λόγους η απαίτηση της παραγράφου 2.4.3.2.1 της επίμαχης διακήρυξης δεν παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και άρα ο σχετικός λόγος απορρίπτεται.

15. 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 0448/2001, ΕΝνΑ κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. 1-14527, 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).

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

17. Επειδή, κατ' ακολουθία σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 363 του ν. 4412/2016, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο στην προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παράβολου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 14 Οκτωβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 20 Οκτωβρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ