

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 5-5-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 539/6-5-2019 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ΑΓΙΟΥ ΔΗΜΗΤΡΙΟΥ», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 25-4-2019, υπ' αρ. 69/16-4-2019 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ό μέρος απέκλεισε τον ίδιο από την Ομάδα 7 (ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ) της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας αγαθών άνω των ορίων για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ-ΕΙΔΩΝ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΚΑΙ ΤΟΥ ΝΟΜΙΚΟΥ ΠΡΟΣΩΠΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ – (ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΠΑΙΔΕΙΑΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗΣ ΚΑΙ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΓΙΑ ΤΑ ΕΤΗ 2019-2020-2021), περαιτέρω δε ανέδειξε τον οικονομικό φορέα «...» ως προσωρινό ανάδοχο αντί του προσφεύγοντος, στρέφεται δε και κατά κάθε προγενέστερης ή μεταγενέστερης συναφούς πράξης ή παράλειψης. Η ως άνω διακήρυξη με αρ. πρωτ. 40569/13-12-2018 με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ συνολικής αξίας 1.555.013,77 ευρώ και επιμέρους αξίας της Ομάδας 7 που αφορά η προσφυγή, 666.794,44 ευρώ άνευ ΦΠΑ, δημοσιεύτηκε στην ΕΕΕΕ την 13-12-2018, στο ΚΗΜΔΗΣ την 13-

## Αριθμός Απόφασης: 618/2019

12-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 18PROC004190032 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 18-12-2018 με συστημικό α/α 68599.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. 274092490959, ποσού 3.334,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 5-5-2019 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 25-4-2019 Απόφασης της αναθέτουσας περί περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, αφορά δε το τμήμα 7 της διαδικασίας. Ο δε προσφεύγων που υπέβαλε στο ως άνω τμήμα προσφορά που έγινε δεκτή στα στάδια δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών και υπέβαλε οικονομική προσφορά σε αυτή, συνολικού ύψους (291.299,98+148.219,65=) 439.519,63 ευρώ άνευ ΦΠΑ και επομένως τη δεύτερη χαμηλότερη, μετά τον ως άνω νυν προσωρινό ανάδοχο, οικονομική προσφορά επί του τμήματος 7, δια της προσφυγής του στρέφεται κατά της αποδοχής του ως άνω νυν προσωρινού αναδόχου στο οικείο τμήμα. Πάντως, αβασίμως σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων επικαλείται απόρριψη της προσφοράς του, αφού αυτή ουδόλως απερρίφθη, απλώς δια της αποδοχής του ως άνω νυν προσωρινού αναδόχου, ήταν η δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας οικονομική προσφορά και επομένως, μετά την Απόφαση ΑΕΠΠ 357/2019, που επανέφερε τον οικονομικό φορέα ..., στον διαγωνισμό για το τμήμα 7, δεδομένου ότι ο τελευταίος είχε προσφέρει τη χαμηλότερη προσφορά από τους διαγωνιζόμενους στο τμήμα και αμέσως χαμηλότερη από αυτή του νυν προσφεύγοντος, αυτονόητα υπεισήλθε στη θέση του προσωρινού αναδόχου, έναντι του έως τότε προσωρινού αναδόχου, ήτοι του

## **Αριθμός Απόφασης: 618/2019**

νυν προσφεύγοντος. Επομένως, το αληθές αντικείμενο της προκειμένης διαφοράς συνίσταται στην αποδοχή της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου, η απόρριψη της οποίας θα οδηγήσει στο να καταστεί χαμηλότερη αποδεκτή προσφορά αυτή του νυν προσφεύγοντος και επομένως, να επανέλθει αυτός στη θέση του προσωρινού αναδόχου. Σημειωτέον δε, ότι οι λόγοι που ο προσφεύγων επικαλείται κατά της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου και ειδικότερα στρέφονται κατά της τεχνικής προσφοράς αυτού, ουδέποτε κρίθηκαν στην ως άνω προηγούμενη Απόφαση της ΑΕΠΠ, αφού δεν αποτέλεσαν έρεισμα του τότε αποκλεισμού του νυν προσωρινού αναδόχου, που αντίθετα είχε αποκλεισθεί λόγω κατά την αναθέτουσα πλημμέλειας της οικονομικής προσφοράς του. Συγκεκριμένα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων αιτιάται ότι κατά παράβαση του όρου 12.2 της διακήρυξης, η προσφορά του νυν προσωρινού αναδόχου αποκλίνει από τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές της υπ' αρ. 5/2018 Τεχνικής Μελέτης, αφού πρώτον, στην προσφορά του περιλαμβάνεται και το με α/α 7 και 58 προϊόν "Ζαχαρούχο Γάλα", του οποίου η περιεκτικότητα σε λιπαρά θα είναι 8% και το οποίο θα διατίθεται σε συσκευασία καθαρού βάρους 397 γρ. περίπου σε μεταλλικά κουτιά και με εύκολο άνοιγμα (easy open), παραγόμενο από την εταιρεία «...» (...), ..., σύμφωνα με την Τεχνική Προσφορά του ως άνω υποψηφίου (βλ. σελ. 7 αυτής), όμως, από την συσκευασία του ως άνω προϊόντος που κυκλοφορεί στο εμπόριο, και στην οποία αναγράφεται και η εταιρεία παραγωγής (...), το ως άνω προϊόν έχει περιεκτικότητα σε λιπαρά 9%, δεύτερον, όσον αφορά το με α/α προϊόν 4, 6 και 71 "Γάλα πλήρες εβαπορέ κουτί 410 γρ." (βλ. σελ. 5 της Τεχνικής Προσφοράς του), παραγόμενο από την εταιρεία «...», όπως προκύπτει από την παρούσα ετικέτα προδιαγραφών του προϊόντος αυτού από την ως άνω εταιρεία παραγωγής, το προϊόν παράγεται και συσκευάζεται σε συσκευασίες των 400 γρ. και όχι των 410 γρ, όπως απαιτεί η διακήρυξη, τρίτον, ως προς το υπ' α/α προϊόν 59 "Μπισκότα τύπου Digestive συσκευασία 250 γρ." (βλ. σελ. 25 της Τεχνικής Προσφοράς του), παραγόμενο από την εταιρεία «...», όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη ετικέτα της συσκευασίας του προϊόντος αυτού, όπως κυκλοφορεί στο εμπόριο, το προϊόν παράγεται και συσκευάζεται σε συσκευασίες των 220 γρ. και όχι των 250 γρ., όπως απαιτεί η διακήρυξη,

## Αριθμός Απόφασης: 618/2019

τέταρτον, ενώ για το είδος με α/α 85 «Χυμός ατομικός (330ml)», απαιτείται να προσφέρεται σε συσκευασία των 330ml, ο προσωρινός ανάδοχος έχει δηλώσει ως εργοστάσιο επεξεργασίας και τυποποίησης του προϊόντος την εταιρεία «...», η οποία, όμως, δεν παράγει το προϊόν στην ζητούμενη συσκευασία των 330ml αλλά μόνο σε συσκευασίες των 250ml και 1lt, όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη απάντηση της ίδιας παραγωγού εταιρείας, πέμπτον, ως προς τα είδη με α/α 50 «μαυροκούκι συσκευασία 50γρ.», α/α 51 «Μαχλέπι συσκευασία 20γρ», α/α 10 «Δάφνη (συσκευασία 100γρ)», α/α 11 «Δεντρολίβανο ξερό (συσκευασία 50γρ)», α/α 64 «παπαρουνόσπορο (συσκευασία 100γρ)» και α/α 126 «Μπέικιν πάουντερ συσκευασία 3\*20γρ.», υφίσταται απόκλιση της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου από τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, αφού έχει δηλώσει ως εργοστάσιο επεξεργασίας και τυποποίησης την εταιρεία «...», η οποία, όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη επιστολή - email της δεν διαθέτει τα προϊόντα «μαχλέπι», «δάφνη», «δεντρολίβανο ξερό», «παπαρουνόσπορο», «μπέικιν πάουντερ» στις ζητούμενες συσκευασίες, αλλά σε εντελώς διαφορετικές (μαχλέπι σε συσκευασία 5γρ αντι 20γρ., Δάφνη σε συσκευασίες των 15γρ., 14γρ. και 10 γρ. αντί των 100γρ., Δενδρολίβανο σε συσκευασίες των 35γρ., 57γρ. και 30γρ. αντί 50γρ., παπαρουνόσπορο σε συσκευασία 1000γρ. αντί των 100γρ., μπέικιν πάουντερ σε συσκευασία 1x20, αντί για 3 x 20), ενώ δεν διαθέτει καν το είδος «μαυροκούκι» ως προϊόν. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση του άρ. 5 παρ. γ' και δ' της διακήρυξης και όσον αφορά τα προϊόντα με α/α 1, 35 και 62 «Αλεύρι για όλες τις χρήσεις 1 kg», α/α 3 «Αλεύρι 55αρι (συσκευασία 25 κιλών)» και α/α 36 «Αλεύρι μαλακό» της ίδιας Ομάδας 7 - ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ, αναφέρεται από τον προσωρινό ανάδοχο ως εταιρεία παραγωγής η εταιρεία «...» (βλ. σελ. 4 της Τεχνικής Προσφοράς του), όμως για την ως άνω εταιρεία προσκομίζεται το Πιστοποιητικό ISO 22000:2005 από το περιεχόμενο του οποίου προκύπτει ότι η ως άνω εταιρεία δεν είναι εταιρεία παραγωγής αλλά εμπορική εταιρεία, της οποίας η πιστοποίηση καλύπτει μόνο τη συσκευασία ζάχαρης και ζάχαρης άχνης και την αποθήκευση και διανομή ειδών διατροφής, όχι όμως και τη συσκευασία ειδών αλεύρου, συγχρόνως δε στο με α/α 2 και 28 προϊόν «Αλεύρι Φαρίνα 500

## Αριθμός Απόφασης: 618/2019

γρ.” της ίδιας Ομάδας, έχει δηλωθεί ως εταιρεία παραγωγής η «ΜΕΤΡΟ ΑΕΒΕ» με τη σημείωση ότι το προϊόν είναι εγχώριο (βλ. σελ. 4 της Τεχνικής Προσφοράς του), όμως στην προσκομιζόμενη ετικέτα της συσκευασίας του προϊόντος αυτού, όπως κυκλοφορεί στο εμπόριο αναγράφεται ότι το προϊόν παράγεται στην Ε.Ε. για λογαριασμό της .... και όχι από τη ..., επιπλέον δε, το προσκομιζόμενο Πιστοποιητικό HACCP για την ως άνω εταιρεία αναφέρεται στην «παραλαβή, αποθήκευση και εμπορία ειδών διατροφής» και όχι στην παραγωγή αυτών, με αποτέλεσμα κατά τον προσφεύγοντα να έχει αναληθώς δηλωθεί από την υποψήφια εταιρεία ως εταιρεία παραγωγής η ... και ως χώρα παραγωγής η Ελλάδα και συνακολούθως να μην έχει υποβληθεί το ορθό πιστοποιητικό που να αφορά την παραγωγή των ανωτέρω προϊόντων, ενώ επιπλέον αυτών για τα είδη με α/α 8 “Ζυμαρικά – πάστες συσκευασία 500γρ.”, α/α 9 “Ζυμαρικά βίδες συσκευασία 500 γρ.” και α/α 10 “Ζυμαρικά αστεράκι συσκευασία 500 γρ.” προϊόντα της ίδιας Ομάδας, έχει δηλωθεί ως εταιρεία παραγωγής η «...» ή η εταιρεία «...» (βλ. σελ. 5 της Τεχνικής Προσφοράς του), ενώ όμως κατά τον προσφεύγοντα οι ως άνω εταιρείες είναι προμηθεύτριες/διανομείς και όχι εταιρείες όπου γίνεται η επεξεργασία και η διαδικασία τυποποίησης – συσκευασίας των προϊόντων, όπως απαιτείται από την παράγραφο Α.2 του όρου 8 της Διακήρυξης και ούτως, κατά τον προσφεύγοντα, και για αυτά τα είδη δεν έχουν προσκομισθεί τα απαιτούμενα πιστοποιητικά για τις εταιρείες στις οποίες γίνεται η επεξεργασία και η διαδικασία τυποποίησης – συσκευασίας των προϊόντων. Με τον δε τρίτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων επικαλείται ότι ο νυν προσωρινός ανάδοχος για τα προϊόντα με α/α 8 “Ζυμαρικά – πάστες συσκευασία 500γρ.”, α/α 9 “Ζυμαρικά βίδες συσκευασία 500 γρ.”, α/α 10 “Ζυμαρικά αστεράκι συσκευασία 500 γρ.” και με α/α προϊόν 4, 6 και 71 “Γάλα πλήρες εβαπορέ κουτί 410 γρ.” αναφέρεται στο εργοστάσιο παραγωγής με διατύπωση διαζευκτική., συγκεκριμένα μάλιστα για τα μεν με α/α 8, 9 και 10 δηλώνει ως εργοστάσιο παραγωγής «...» ή η εταιρεία «...», για το δε με α/α 4, 6 και 71 δηλώνει ως εργοστάσιο την «...» ή την «...», πράγμα που καθιστά εναλλακτική την προσφορά του κατά τον προσφεύγοντα, κατά παράβαση του άρ. 57 παρ. 1 Ν. 4412/2016, δεδομένου και ότι η Διακήρυξη δεν αναφέρει σε σχετικό της όρο ότι επιτρέπονται οι εναλλακτικές προσφορές.

### **Αριθμός Απόφασης: 618/2019**

3. Επειδή, με το από 14-5-2019 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του προς την ΑΕΠΠ, ο παρεμβαίνων υπέβαλε έγγραφο τιτλοφορούμενο ως παρέμβαση και με αίτημα την απόρριψη της σε αυτόν κοινοποιηθείσας προσφυγής, επικαλούμενος αφενός ότι η ΑΕΠΠ έχει ήδη κρίνει τη νομιμότητα της προσφοράς του, αφετέρου ότι η προσφορά του προσφεύγοντος φέρει πλημμέλειες, διάφορες πάντως αυτής που επικαλείται ο προσφεύγων ότι φέρει η προσφορά του παρεμβαίνοντος. Με το δε από 16-5-2019 έτερο μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του προς την ΑΕΠΠ συμπλήρωσε την παρέμβασή του, προβάλλοντας ισχυρισμούς περί του αβασίμου των λόγων της προσφυγής. Η ως άνω παρέμβασή όμως, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι νομίμως το μεταγενέστερο συμπληρωματικό έγγραφο τη συμπλήρωσε, ασκείται σε κάθε περίπτωση απαραδέκτως και παρατύπως, αφού ουδόλως υπεβλήθη οιοδήποτε εκ των δύο ανωτέρω δικογράφων μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ δια του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός, ενώ μάλιστα η άσκηση παρέμβασης μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ προβλέπεται εξαιρετικά στην περίπτωση διαγωνισμού που δεν διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ κατά τη σαφή διάταξη του άρ. 362 παρ. 1 Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με την παρ. 3 του ίδιου άρθρου. Και τούτο πέραν του ότι η υποβολή των ως άνω δικογράφων με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, αποστέρησε από τον προσφεύγοντα τη δυνατότητα αντίκρουσης του περιεχομένου τους, βλ. και ΣτΕ ΕΑ 395/2018.

4. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία άνω των ορίων, που υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή εμπροθέσμως ασκήθηκε κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 25-4-2019 και χρόνος ασκήσεως της προσφυγής η 5-5-2019), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την

## **Αριθμός Απόφασης: 618/2019**

άσκηση της ως Προσφυγής, αφού στρέφεται κατά της αποδοχής του ως άνω νυν προσωρινού αναδόχου, η ακύρωση της οποίας κατά την ανωτέρω σκ. 1, θα καταστήσει τον προσφεύγοντα πρώτο αποδεκτό μειοδότη και άρα εκ νέου προσωρινό ανάδοχο. Εξάλλου, δεδομένου ότι πριν την ως άνω νυν προσβαλλομένη, ο νυν προσωρινός ανάδοχος δεν είχε επανέλθει στον διαγωνισμό, αλλά τελούσε σε αποκλεισμό λόγω άλλου και άσχετου με τα νυν επικαλούμενα από τον προσφεύγοντα ως προς την τεχνική προσφορά του, ζητήματος επί της οικονομικής προσφοράς του (που είχε οδηγήσει σε ακυρωθέντα από την ΑΕΠΠ αποκλεισμό του), ο προσφεύγων δεν δύνατο ούτως ή άλλως να στραφεί κατά της προσφοράς αυτού (αφού αυτή ήταν ήδη απορριπτέα) και να προβάλει τους νυν ισχυρισμούς του, πράγμα που κατέστη δυνατό, αλλά και περί του οποίου απέκτησε έννομο συμφέρον ο προσφεύγων, μόλις δια της εκδόσεως της νυν προσβαλλομένης, δια της οποίας ο ως άνω οικονομικός φορέας επανήλθε στον διαγωνισμό και συνεπεία της επαναφοράς του, ως πρώτος αποδεκτός μειοδότης, κατέστη προσωρινός ανάδοχος. Συνεπώς, οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της παρέμβασης, εκτός του ότι αυτής εξαρχής ασκείται απαραδέκτως είναι και επί της ουσίας απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία, ενώ σε κάθε περίπτωση απαραδέκτως ασκείται η Παρέμβαση, βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη, και δη τούτο ασχέτως εκβάσεως της εξέτασης της προσφυγής.

5. Επειδή, με την αρχική παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επικαλείται αποκλειστικά λόγους απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος. Πλην όμως, μη νομίμως δια της παρέμβασης προβάλλονται λόγοι περί απόρριψης ήδη αποδεκτού μετέχοντος, αφού πρώτον, δια της παρέμβασης είναι δυνατή μόνο η προβολή αιτητικού διατήρησης και όχι μεταβολής της προσβαλλομένης, δεύτερον, δια της παρέμβασης δεν είναι δυνατή η προβολή αιτήματος το πρώτον ακύρωσης αποδοχής διαγωνιζομένου, ενώ το έννομο συμφέρον αποδεκτού διαγωνιζομένου περί αποκλεισμού έτερου αποδεκτού μετέχοντος ουδόλως προϋποθέτει πρότερη εξέταση συμμόρφωσης της προσφοράς του ιδίου με τους όρους της διακήρυξης. Αντιθέτως πάντως, ο παρεμβαίνων αν τυχόν κριθεί

## Αριθμός Απόφασης: 618/2019

αποκλειστέος, θα δύναται εν συνεχεία, ούτως ή άλλως να προβάλει τους οικείους, ανεπικαίρως και απαραδέκτως προβαλλόμενους τώρα, ισχυρισμούς του κατά του προσφεύγοντος, με δική του προσφυγή, επί τω τέλει ακυρώσεως της αποδοχής του τελευταίου και ματαίωσης του διαγωνισμού προς επαναπροκήρυξή του. Επομένως, το σύνολο των προβαλλόμενων δια του αρχικού δικογράφου της παρέμβασης ισχυρισμών είναι και προς τούτο απορριπτέο, επιπλέον του ότι κατά τα ανωτέρω, η εν γένει παρέμβαση ασκήθηκε ούτως ή άλλως απαραδέκτως. Περαιτέρω, με το συμπληρωματικό δικόγραφο προσθέτων λόγων του, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι οι εταιρείες ..., ..., ..., ...και ... διακινούν προϊόντα ιδιωτικής ετικέτας που παρασκευάζονται από τρίτους για λογαριασμό τους και πληρούν τα ζητούμενα της τεχνικής μελέτης της διακήρυξης. Επικαλείται περαιτέρω, επιστολή σε αυτόν της 15-5-2019, ήτοι χρόνο κατόπιν ασκήσεως της προσφυγής, ως ακόμη και της αρχικής του παρεμβάσεως, από τους ..., η οποία αναφέρει ότι μπορεί να τυποποιήσει ο ως άνω παραγωγός το προϊόν του χυμού μακράς διάρκειας σε συσκευασία των 330 ml. Επιπλέον, ότι το προϊόν γάλα εβαπορέ της ... καλύπτει την προδιαγραφή της συσκευασίας των 410 γραμμαρίων, ενώ η προσφορά του προσφεύγοντος δεν δηλώνει τον εισαγωγέα, την εμπορική ονομασία ή άλλο χαρακτηριστικό του ως άνω προϊόντος. Ισχυρίζεται δε ότι το προσφερόμενο από τον ίδιο ζαχαρούχο γάλα έχει 9% λιπαρά προκειμένου να είναι πλούσιο σε λιπαρά προς τον σκοπό υψηλής διατροφικής αξίας, ενώ η μόνη εταιρεία που παράγει το προϊόν με τα ζητούμενα λιπαρά είναι η ... και προσφέρεται αυτό το προϊόν μόνο από τον προσφεύγοντα, ενώ οι άλλοι διαγωνιζόμενοι προσφέρουν προϊόντα με κοντινές προδιαγραφές και έγιναν δεκτοί από την αναθέτουσα, η οποία δε απόκλιση είναι πολύ μικρή, όπως και ότι και ο προσφεύγων προσφέρει δύο προϊόντα για το είδος του ζαχαρούχου γάλακτος και προς τούτο η προσφορά του είναι απορριπτέα. Ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται επίσης ότι όσον αφορά το προϊόν της ..., αυτό όντως προσφέρεται σε συσκευασία των 220 γρ., αλλά δεν θα τιμολογηθεί σε αυτά, παρά στην αναγωγή του στα 250 γραμμάρια, ενώ σε κάθε περίπτωση η διακήρυξη με την απαίτηση των 220 γρ. ανά συσκευασία, φωτογραφίζει τα προϊόντα της .... Όσον αφορά τα μπαχαρικά της ..., ο παρεμβαίνων προσκόμισε μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του υπευθύνου του τελευταίου, της 16-5-2019,



## **Αριθμός Απόφασης: 618/2019**

κατά το οποίο ο ... μπορεί με τη μηχανή συσκευασία του να συσκευάσει σε όποια γραμμάρια ζητηθούν μπαχαρικά, συμπεριλαμβανομένου και του μαυροκουκίου. Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων επικαλείται τις μη ληφθείσες υπόψη από την αναθέτουσα παρατηρήσεις του ενώπιον της τελευταίας, της 23-1-2019, περί των προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων, μεταξύ των οποίων και του προσφεύγοντος.

6. Επειδή, οι ως άνω δια των προσθέτων λόγων της παρέμβασης, προβαλλόμενοι ισχυρισμοί κατά της προσφοράς του προσφεύγοντος, απαραδέκτως προβάλλονται, βλ. και ανωτέρω σκ. 4, θα ήταν δε εξεταστέοι μόνο σε περίπτωση εν τέλει ακύρωσης της αποδοχής του παρεμβαίνοντος και στο πλαίσιο δικής του προσφυγής κατά της αποδοχής του προσφεύγοντος, είτε επί τη βάση του ενιαίου μέτρου κρίσης είτε επί τω τέλει ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού. Επιπλέον, η γενική αναφορά και η επίκλησή του στο ενώπιον της αναθέτουσας υπόμνημα, πέραν των ανωτέρω είναι και όλως αόριστη, αφού η προσφυγή και η παρέμβαση δεν δύνανται να παραπέμπουν ως προς το αντικείμενο, τη νομική και πραγματική βάση των ισχυρισμών τους και δη με γενική και εν όλω παραπομπή, σε αυτοτελή προηγηθέντα έγγραφα, αφού οι ισχυρισμοί της προσφυγής και αντιστοίχως της παρέμβασης πρέπει να προβάλλονται δια των οικείων διοικητικών βοηθημάτων και δη με σαφή και ορισμένο τρόπο κατ' άρ. 360 και 367 Ν. 4412/2016. Ούτε εξάλλου η αναθέτουσα είχε οιαδήποτε υποχρέωση εξέτασης των λόγων αποκλεισμού άλλων μετεχόντων που ο παρεμβαίνων είχε προβάλει, ο τελευταίος δε δύναται να ασκήσει δική του προσφυγή κατά της αποδοχής αυτών, επί τω τέλει επιδίωξης της ματαίωσης του διαγωνισμού, τα δε έννομα δικαιώματα των μετεχόντων προς επιδίωξη αποκλεισμού άλλων διαγωνιζομένων ασκούνται δια της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ και όχι δια άτυπων υπομνημάτων ενώπιον των αναθετουσών αρχών, ως προς τα οποία αυτές έχουν διακριτική ευχέρεια, αλλά όχι υποχρέωση απάντησης και λήψης υπόψη. Ομοίως απαραδέκτως, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος και ανεπικαίρου, προβάλλονται και οι ισχυρισμοί του περί φωτογραφικού ή περιοριστικού χαρακτήρα των όρων της διακήρυξης, αφού ανεπιφυλάκτως μετείχε υπό τους όρους αυτής ως τέθηκαν και ισχύουν,

## Αριθμός Απόφασης: 618/2019

δεσμευτικά για την αναθέτουσα και κάθε μετέχοντα. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος περί της προδιαγραφής του ζαχαρούχου γάλακτος, πέραν του ότι συνιστά συνομολόγηση της εκ μέρους του παράβασης των προδιαγραφών, προβάλλεται ομοίως απαραδέκτως, αφού επί της ουσίας ο παρεμβαίνων αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της τεθείσας προδιαγραφής, επικαλούμενος την επάρκεια προϊόντων με περισσότερα λιπαρά από τα κατ' αποκλειστικό αποδεκτό μέγεθος απαιτούμενο. Ουδεμία δε έννομη σημασία έχει η τυχόν αποδοχή έτερων διαγωνιζομένων, αφού το κρινόμενο εν προκειμένω ζήτημα είναι η συμμόρφωση του παρεμβαίνοντος με τις προδιαγραφές και όχι το τυχόν σφάλμα αποδοχής άλλων διαγωνιζομένων, περαιτέρω δε, ο οικείος ισχυρισμός προβάλλεται και όλως αορίστως αφού δεν αναφέρει ο παρεμβαίνων με ποια προϊόντα οι άλλοι διαγωνιζόμενοι έγιναν αποδεκτοί κατά παράβαση των προδιαγραφών.

7. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι κατά τη συνημμένη στη διακήρυξη, σύμφωνα και με το άρθρο 3 της τελευταίας, Μελέτη 5/2018, η οποία κατά το άρ. 8 παρ. Α2 της διακήρυξης *«Πλήρη τεχνική περιγραφή της προμήθειας, η οποία δεν μπορεί να αποκλίνει από τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές της υπ. Αριθμ. 5/2018 Τεχνικής Μελέτης της Δ/σης Οικονομικών Υπηρεσιών. ... Οι συμμετέχοντες οφείλουν να υποβάλουν ηλεκτρονικά επί ποινή αποκλεισμού στον διαγωνισμό τα ακόλουθα: Υπεύθυνες δηλώσεις της παραγράφου 4 του άρθρου 8 του ν.1599/1986 όπως εκάστοτε ισχύει και αναφέρουν: ... 3. Τη χώρα προέλευσης των προσφερόμενων προϊόντων. Εφόσον μεσολαβεί στάδιο επεξεργασίας και τυποποίησης του προϊόντος (πρέπει να δηλωθεί το εργοστάσιο, στο οποίο γίνεται η επεξεργασία, η διαδικασία τυποποίησης -συσκευασίας, καθώς και ο τόπος εγκατάστασής του.»* <sup>11</sup> <sub>SEP</sub> έτερι τα ζητούμενα από τα οποία δεν πρέπει να αποκλίνει η διακήρυξη (και μάλιστα η προσφορά επί κάθε επιμέρους τμήματος πρέπει να συμμορφώνεται με το σύνολο των απαιτήσεων για καθένα εκ των ειδών αυτοτελώς, αφού τα είδη εκ των οποίων συγκροτείται έκαστο τμήμα δεν δημοπρατούνται διακριτά αλλά ενιαία εντός του επιμέρους τμήματος και συνεπώς, η πλημμέλεια της προσφοράς ως προς έστω ένα εξ αυτών αρκεί για την εν όλω απόρριψη της προσφοράς για το σύνολο του τμήματος, βλ.

## Αριθμός Απόφασης: 618/2019

σελ. 1 της διακήρυξης «Κάθε διαγωνιζόμενος μπορεί να καταθέσει προσφορά για οποιαδήποτε (μία ή περισσότερες) από τις επτά (7) βασικές ομάδες της μελέτης ή και για όλες τις ομάδες, όχι όμως επιλεκτικά, για επιμέρους είδη διότι θα απορρίπτονται.», βλ. και αντιστοίχως σε σελ. 3 Μελέτης 5/2018), ορίζονται τα ακόλουθα ως προς τα είδη του τμήματος 7 της διαδικασίας. Για τα είδη 7 και 58 «ΖΑΧΑΡΟΥΧΟ ΓΑΛΑ» ότι ζητείται «Γάλα ζαχαρούχο, του οποίου η περιεκτικότητα θα είναι λιπαρά 8%, στερεά μη λιπαρά 20% Γενικά ισχύει ότι αναφέρεται στο άρθρο 80 του Κ.Τ.Π. και να πληροί τις ισχύουσες Κοινοτικές και Υγειονομικές Διατάξεις. Θα διατίθεται σε συσκευασία καθαρού βάρους 397 γρ. περίπου σε μεταλλικά κουτιά και με εύκολο άνοιγμα (easy open).». Για τα είδη 4, 62 και 71 «ΓΑΛΑ ΠΛΗΡΕΣ ΕΒΑΠΟΡΕ (ΚΟΥΤΙ 410 ΓΡ.)» ζητείται «Γάλα του οποίου η κατά βάρος περιεκτικότητα σε λιπαρά είναι τουλάχιστον 7,5 και σε ολικό στερεό υπόλειμμα γάλακτος τουλάχιστον 25%.Γενικά ισχύει ότι αναφέρεται στο άρθρο 80 του Κ.Τ.Π. και να πληρεί τις ισχύουσες Κοινοτικές και Υγειονομικές Διατάξεις. Θα διατίθεται σε συσκευασία καθαρού βάρους 410 γρ. σε μεταλλικά κουτιά και με εύκολο άνοιγμα(easy open).», ενώ για το είδος 59 ζητούνται «Μπισκότα τύπου digestive (συσκευασία 250 γρ.)», για το δε είδος 85 ζητείται «Χυμός Ατομικός (330 ml)». Περαιτέρω, ζητούνται τα είδη 50 «Μαυροκούκι συσκευασία 50 γρ.», 51 «Μαχλέπι συσκευασία 20 γρ.», 10 «Δάφνη (συσκευασία 100 γρ)», 11 και 130 «Δενδρολίβανο ξερό (συσκευασία 50 γρ), 64 «παπαρουνόσπορος (συσκευασία 100 γρ)» και 126 «Μπέικιν Πάουντερ συσκευασία 3Χ20 γρ.». Για τα είδη 50, 51, 10, 11, 130, 64 και 126 ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος προσφέρει κατά την τεχνική προσφορά του προϊόντα του παραγωγού ..., για τα είδη 4, 62 και 71 προϊόν της ... ή της ..., για τα είδη 7, 58 προϊόν της ..., για το είδος 59 προϊόν της ... και για το είδος 85 προϊόν της .... Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τα εκ του προσφεύγοντος προσκομιζόμενα και επιβεβαιώνονται κατόπιν αυτεπαγγέλτου ελέγχου που διενήργησε ο Εισηγητής, η ... διαθέτει στο εμπόριο προϊόν μπισκότων τύπου digestive σε συσκευασίες των 220 γραμμαρίων, με εμπορική επωνυμία ... και όχι των 250, η δε ... ζαχαρούχο γάλα με εμπορική ονομασία ...ΖΑΧΑΡΟΥΧΟ σε συσκευασία των 397 γραμμαρίων με περιεκτικότητα σε κορεσμένα λιπαρά 8 γραμμάρια ανά 100 χιλιοστόλιτρα, ενώ σε άλλο σημείο της ετικέτας του αναγράφεται περιεκτικότητα σε λιπαρά 9%, όπως και γάλα πλήρους εβαπορέ

## Αριθμός Απόφασης: 618/2019

με εμπορική επωνυμία ...ΠΛΗΡΕΣ σε συσκευασίες των 400 γραμμαρίων, των 170 γραμμαρίων και των 15 γραμμαρίων όχι όμως των 410 γραμμαρίων. Η δε ... κυκλοφορεί προϊόν γάλακτος εβαπορέ με περιεκτικότητα 8% σε λιπαρά και συσκευασία 410 γραμμαρίων. Η δε ... κυκλοφορεί προϊόν χυμού φυσικού από 9 φρούτα με την επωνυμία ... σε συσκευασίες του 1 λίτρου και των 250 χιλιοστόγραμμων και όχι των 330 χιλιοστόγραμμων, όπως επιβεβαιώνεται και από την υπογεγραμμένη και σφραγισμένη από 23-1-2019 επιστολή της εταιρίας, αλλά και τα δημοσίως διαθέσιμα στοιχεία. Επομένως, όσον αφορά τα είδη 7 και 58 ΖΑΧΑΡΟΥΧΟ ΓΑΛΑ δεν προκύπτει με σαφήνεια απόκλιση του προσφερόμενου προϊόντος από τις προδιαγραφές, ενώ όσον αφορά τα είδη 4, 62 και 71 προκύπτει ότι ο ένας εκ των δύο παραγωγών του ως άνω διαγωνιζομένου κυκλοφορεί προϊόν με το απαιτούμενο βάρος ανά συσκευασία, όχι όμως και ο δεύτερος. Επομένως, όσον αφορά τα είδη 4, 62 και 71, βλ. παρακάτω και τρίτο λόγο προσφυγής, η προσφορά του έτερου διαγωνιζομένου και νυν προσωρινού αναδόχου πάσχει αφού προσφέρει μίγμα προϊόντων το ένα εκ των οποίων δεν πληροί τις προδιαγραφές συσκευασίας και περιεκτικότητας ανά συσκευασία της διακήρυξης. Εξάλλου, αντίθετη κρίση θα συνιστούσε άνιση και διακριτική υπέρ του προσφέροντος μεταχείριση και νόθευση του ανταγωνισμού, αφού θα διαγνωσκόταν υπέρ του και δη χωρίς κανένα επί της διακήρυξης έρεισμα, ευχέρεια να υποβάλλει προσφορά για ένα είδος με περισσότερα προϊόντα, προκειμένου έστω μόνο ένα εξ αυτών να καλύψει τις απαιτήσεις. Όσον αφορά το είδος 59 ΜΠΙΣΚΟΤΑ ΤΥΠΟΥ DIGESTIVE προκύπτει ότι το προσφερόμενο προϊόν έχει μικρότερο βάρος ανά συσκευασία από το ζητούμενο, με αποτέλεσμα η προσφορά να αποκλίνει ουσιωδώς. Ομοίως, όσον αφορά το είδος 85 ΧΥΜΟΣ ΑΤΟΜΙΚΟΣ ΣΥΣΚΕΥΑΣΙΑ 330 ML το προσφερόμενο είδος δεν διατίθεται από τον παραγωγό στην απαιτούμενη από τη διακήρυξη συσκευασία, με αποτέλεσμα να αποκλίνει ουσιωδώς η προσφορά. Περαιτέρω, όσον αφορά τα προϊόντα της ...ούτε αυτά διατίθενται στις οικείες ζητούμενες συσκευασίες, το μαυροπίπερο δε δεν διατίθεται καθόλου. Συνεπώς, κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής και δη όσον αφορά ειδικώς, πρώτον, τα είδη 4, 62 και 71 ΓΑΛΑ ΠΛΗΡΕΣ ΕΒΑΠΟΡΕ, δεύτερον, το είδος 59 ΜΠΙΣΚΟΤΑ ΤΥΠΟΥ DIGESTIVE και τρίτον, το είδος 85 ΧΥΜΟΣ ΑΤΟΜΙΚΟΣ ΣΥΣΚΕΥΑΣΙΑ 330

## **Αριθμός Απόφασης: 618/2019**

ML του τμήματος 7, η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα ως προς την αποδοχή του νυν προσωρινού αναδόχου, αφού αφενός η τεχνική προσφορά του αποκλίνει ως προς τα ανωτέρω είδη από τα ζητούμενα των τεχνικών προδιαγραφών, αφετέρου η μη πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών επί έστω και ενός είδους αρκεί για την εν όλω απόρριψη της προσφοράς για όλο το τμήμα.

8. Επειδή, το άρθρο 5 της διακήρυξης θεσπίζει κριτήρια επιλογής, ήτοι προσόντα που καταρχήν πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο των προσφερόντων και δεν αφορούν ιδιότητες των προσφερόμενων προϊόντων, οπότε και θα συνιστούσαν τεχνικές προδιαγραφές, δεδομένου ότι και η διακήρυξη δεν ορίζει άλλως. Ειδικότερα, στα στοιχ. γ'-δ' του ως άνω άρθρου αναφέρονται τα ακόλουθα «γ) Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται : να διαθέτουν τον απαιτούμενο τεχνικό εξοπλισμό (ψυγεία -οχήματα ή άλλα μεταφορικά μέσα κλπ) που θα χρησιμοποιηθούν για την ασφαλή μεταφορά των προϊόντων σε άριστη κατάσταση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην υπ. Αριθ. 5/2018 Τεχνική Μελέτη της Δ/σης Οικονομικών Υπηρεσιών. Να διαθέτουν πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας ή υπηρεσίες αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων και να δηλώνουν ( επί ποινή αποκλεισμού): α) κατάλογο με τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτουν (οχήματα ή άλλα μεταφορικά μέσα) β) αναγνωρισμένα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας. δ) Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης για την σύναψη σύμβασης οφείλουν να συμμορφώνονται: Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να συμμορφώνονται με το Πρότυπο Σύστημα Διασφάλισης Ποιότητας κατά ISO που ζητούνται σύμφωνα με την υπ. Αριθ. 5/2018 Τεχνική Μελέτη της Δ/σης Οικονομικών Υπηρεσιών.», ενώ κατά το άρθρο 14 αναφέρονται ως δικαιολογητικά κατακύρωσης (και όχι προσφοράς) ως προς την πλήρωση των ως άνω κριτηρίων τα ακόλουθα «Γ. Για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την ομάδα εκδήλωσης ενδιαφέροντος προσκομίζουν:

## **Αριθμός Απόφασης: 618/2019**

πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας ή υπηρεσίες αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων και να δηλώνουν ( επί ποινή αποκλεισμού): α) κατάλογο με τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτουν (οχήματα ή άλλα μεταφορικά μέσα) β) αναγνωρισμένα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας. Δ. Για την απόδειξη της τήρησης των συστημάτων διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης προσκομίζουν: ISO που ζητούνται σύμφωνα με την υπ. Αριθ. 5/2018 Τεχνική Μελέτη της Δ/νσης Οικονομικών Υπηρεσιών.». Περαιτέρω, με το Κεφ. ΓΕΝΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της Μελέτης 5/2018 ορίζονται ως γενικές προδιαγραφές όλων των τμημάτων της διαδικασίας τα εξής μεταξύ άλλων «Ο συμμετέχων οφείλει να δηλώνει τη χώρα προέλευσης, τα εργοστάσια παρασκευής των προσφερομένων ειδών καθώς και να διαθέτει πιστοποιητικά ποιότητας σε ισχύ (CE, ISO 22000:2005) ή ισοδύναμο του κατασκευαστή. Σε περίπτωση που ο συμμετέχων δεν είναι παραγωγός, ο παραγωγός πρέπει να διαθέτει πιστοποιητικό ύπαρξης και ορθής λειτουργίας συστήματος HACCP ή ισοδύναμο από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης. Το σύνολο των προσφερόμενων ειδών θα είναι άριστης ποιότητας και κατάλληλα από κάθε πλευρά για κατανάλωση σύμφωνα με τους όρους του Κώδικα Τροφίμων και Ποτών καθώς και τις Υγειονομικές, Κτηνιατρικές και Αγορανομικές διατάξεις. Επίσης στις συσκευασίες των προϊόντων θα αναγράφονται πληροφορίες σχετικά με τη χώρα προέλευσης των προσφερόμενων ειδών, τον τρόπο επεξεργασίας, την τυποποίηση, τη θρεπτική αξία του προϊόντος, τον τρόπο αποθήκευσης τους, την ημερομηνία παραγωγής και την ημερομηνία λήξης κατανάλωσης. Επιπλέον η συσκευασία να φέρει ενδείξεις στα ελληνικά και θα είναι σύμφωνη με το άρθρο 11 Κ.Τ.Π περί σήμανσης. Ο συμμετέχων θα πρέπει να διαθέτει για τα προσφερόμενα προϊόντα τα πιστοποιητικά ποιότητας σε ισχύ (CE, ISO 22000:2005, HACCP) ή ισοδύναμο του κατασκευαστή.». Συνεπώς και σε συνέχεια όσων ήδη αναφέρθηκαν ως προς τον όρο του άρθρου 5 περί περιεχομένου τεχνικών προσφορών της διακήρυξης, εκ των ανωτέρω συνδυαστικά προκύπτει ότι οι προσφέροντας όφειλαν μεν να δηλώνουν τη χώρα και τα εργοστάσια παρασκευής, τα οποία, ήτοι οι παραγωγοί έπρεπε να διαθέτουν πιστοποιητικά ISO 22000:2005 και HACCP μεταξύ άλλων, πλην όμως προκύπτει ότι αυτά

## **Αριθμός Απόφασης: 618/2019**

αρκούσαν να κατατεθούν ως δικαιολογητικά κατακύρωσης, όπως ρητά αναφέρει το άρθρο 14 παρ. Δ που παραπέμπει στα ISO που ζητά η Μελέτη 5/2018. Εξάλλου, ακόμη και αν υποθεθεί ότι η διακήρυξη δια του άρθρου 5 εννοούσε ότι τα ως άνω πιστοποιητικά όφειλαν να υποβληθούν και στο στάδιο των προσφορών, σε καμία περίπτωση τούτο δεν προέκυπτε με απαιτούμενη για επί ποινή αποκλεισμού όρου σαφήνεια, δεδομένου και του αντιθέτου περιεχομένου του άρθρου 14 κατά τα ανωτέρω, ως και της σύγχυσης μεταξύ κριτηρίων επιλογής και τεχνικών προδιαγραφών εντός της διακήρυξης. Και ναι μεν, εφόσον από τα υποβληθέντα ήδη στοιχεία της προσφοράς προκύπτει ότι κάποιο δικαιολογητικό κατακύρωσης και εν γένει αποδεικνυόμενο δια τέτοιου δικαιολογητικού προσόν δεν συντρέχει και μάλιστα αυτό αποδεικνύεται ως μη προκύπτον μετά βεβαιότητας, είναι δυνατός ο αποκλεισμός της προσφοράς και πριν το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης (Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017), τέτοιος όμως αποκλεισμός δεν δύναται να διαγνωσθεί κατά το παρόν στάδιο λόγω μόνο πλημμέλειας, έλλειψης ή ανεπάρκειας κάποιου υποβληθέντος εγγράφου, το οποίο προσκομίσθηκε προώρως, αν η φύση της πλημμέλειας δεν είναι τέτοια, ώστε να προκύπτει εξ αυτής με βεβαιότητα όχι απλώς το απαράδεκτο του αποδεικτικού στοιχείου, αλλά η ανυπαρξία του οικείου απαιτούμενου, και περί το οποίο το οικείο αποδεικτικό στοιχείο, προσόντος. Εν προκειμένω δε, όσον αφορά τα είδη 1, 35, 61 ΑΛΕΥΡΙ ΓΙΑ ΟΛΕΣ ΤΙΣ ΧΡΗΣΕΙΣ, 3 ΑΛΕΥΡΙ 55ΡΙ και 36 ΑΛΕΥΡΙ ΜΑΛΑΚΟ, ο προσωρινός ανάδοχος ανέφερε στην τεχνική προσφορά την ..., πλην όμως εκ του πιστοποιητικό ISO της εταιρίας αυτής που ο ίδιος προσκόμισε, προκύπτει ότι είναι πιστοποιημένος μόνο για συσκευασία ζάχαρης και ζάχαρης άχνης και αποθήκευση και διανομή ειδών διατροφής. Όμως δεν προκύπτει με βεβαιότητα ότι δεν είναι παραγωγός των αλεύρων δια μόνη της ως άνω πιστοποίησης, ενώ εξάλλου η διακήρυξη ζήτησε ISO 22000 του παραγωγού, η οποία θα έπρεπε να καλύπτει το προϊόν του που ο προσφέρων προσφέρει, χωρίς όμως να αναφερθεί σε ειδική απαίτηση περί πεδίου εφαρμογής, επομένως δεν ζητήθηκε ειδικώς το ISO αυτό να αφορά την παραγωγή των προϊόντων και όχι τυχόν την αποθήκευση, διανομή και εμπορία τους, εν προκειμένω δε το παραπάνω ISO καλύπτει αποθήκευση και διανομή ειδών διατροφής, σε κάθε περίπτωση. Όσον αφορά δε τα είδη 2 και 28 ΑΛΕΥΡΙ

## **Αριθμός Απόφασης: 618/2019**

ΦΑΡΙΝΑ, ο προσωρινός ανάδοχος ανέφερε στην τεχνική προσφορά του την εταιρία ... αναγράφοντας μάλιστα ότι το προϊόν είναι εγχώριο. Ο δε προσφεύγων επικαλείται το σχετικό 5 της προσφυγής του, που όμως είναι το πιστοποιητικό HACCP της παραπάνω εταιρίας και όχι η ετικέτα του προϊόντος, είναι δε άγνωστο ποιο είναι το προσφερόμενο προϊόν και τι αναγράφει η ετικέτα του ούτε αποδεικνύεται με βεβαιότητα από τον προσφεύγοντα ότι δεν παράγεται στην Ελλάδα ή δεν παράγεται από τη ΜΕΤΡΟ. Περαιτέρω, αλυσιτελώς προβάλλεται το πεδίο εφαρμογής του HACCP αυτού επί παραλαβής, αποθήκευσης και εμπορίας ειδών διατροφής, αφού δεν ορίστηκε κατά τα ανωτέρω ειδική απαίτηση κάλυψης συγκεκριμένα της παραγωγής. Περαιτέρω, όσον αφορά τα είδη 8, 9 και 10, δηλαδή ΖΥΜΑΡΙΚΑ ΠΑΣΤΕΣ, ΖΥΜΑΡΙΚΑ ΒΙΔΕΣ και ΖΥΜΑΡΙΚΑ ΑΣΤΕΡΑΚΙ αντίστοιχα, προκύπτει ότι ο προσωρινός ανάδοχος δήλωσε στην τεχνική προσφορά του τις εταιρίες ... και διαζευκτικά τη ..., υποβάλλοντας τα ISO 22000 αυτών με πεδίο εφαρμογής την αποθήκευση και διανομή συσκευασμένων τροφίμων ξηρής αποθήκευσης και ψύξης (ο ... και κατάψυξης). Ομοίως, εξ αυτών των πιστοποιήσεων δεν προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας η μη παραγωγή των συγκεκριμένων προσφερόμενων προϊόντων, των οποίων η ταυτότητα είναι άγνωστη, από τους παραπάνω οικονομικούς φορείς, ώστε να κριθεί αν παρανόμως δεν δηλώθηκαν οι αληθείς παραγωγοί, όπως όντως απαιτούσε η διακήρυξη, στην τεχνική προσφορά του προσωρινού αναδόχου. Συνεπώς, όπως προκύπτει εξ όλων των ανωτέρω, αφενός δεν προκύπτει με βεβαιότητα η μη ιδιότητα του παραγωγού από τους παραπάνω οικονομικούς φορείς ως προς τα αντίστοιχα είδη (... για είδη 1, 35, 61, 3 και 36, ... για είδη 2 και 28, ... και ... για είδη 8, 9 και 10) και άρα η μη δήλωση του παραγωγού για τα ως άνω προσφερόμενα είδη, αφετέρου και σε κάθε περίπτωση, τα ως άνω στοιχεία δημιουργούν οπωσδήποτε μια αμφιβολία περί του αν οι ως άνω οικονομικοί φορείς ήταν όντως οι παραγωγοί των αντιστοίχων προϊόντων, αφού ναι μεν η διακήρυξη δεν απαιτεί με σαφήνεια και επί ποινή αποκλεισμού, η πιστοποίηση των παραγωγών να αφορά ειδικώς την παραγωγή, πλην όμως απαιτούσε να δηλωθούν τα εργοστάσια παραγωγής κάθε είδους και σε όλες τις ανωτέρω περιπτώσεις, η πιστοποίηση αφορούσε αντικείμενα αποθήκευσης, διανομής,



## **Αριθμός Απόφασης: 618/2019**

εμπορίας και συσκευασίας των οικείων ειδών, συνθήκη που καθιστά ασαφές αν οι ως άνω οικονομικοί φορείς ήταν οι αντίστοιχοι παραγωγοί και άρα αν οι δηλωθέντες στην τεχνική προσφορά οικονομικοί φορείς πληρούν την απαίτηση δήλωσης του εργοστασίου παραγωγής. Συνεπώς, πρώτον, η προσφορά του προσωρινού αναδόχου δεν πάσχει ως προς τα υποβληθέντα πιστοποιητικά αυτά καθαυτά, αλλά ως προς το αν στην τεχνική προσφορά δηλώθηκαν οι αληθείς παραγωγοί, δεύτερον, δεν προκύπτει με βεβαιότητα λόγος άνευ ετέρου αποκλεισμού της προσφοράς, αλλά ασάφεια που κατ' άρ. 102 παρ. 5 Ν. 4412/2016, η οποία χρήζει κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας, κλήσης του προσφέροντος για διευκρινίσεις επί του επιμέρους προσφερόμενου είδους μετά του προσώπου του παραγωγού και συνεπώς και της τοποθεσίας παραγωγής, πριν κριθεί εκ νέου η συμμόρφωση της τεχνικής προσφοράς του με την απαίτηση για δήλωση του εργοστασίου και του τόπου παραγωγής, η συμμόρφωση με την οποία, αποτελεί προϋπόθεση προφανώς για την περαιτέρω διάγνωση συμμόρφωσης με την απαίτηση για πιστοποίηση του αληθούς παραγωγού. Επομένως, η προσβαλλομένη κατ' εν μέρει αποδοχή του δεύτερου λόγου της προσφυγής τυγχάνει ακυρωτέα καθ' ο μέρος ενέκρινε την προσφορά του ως άνω διαγωνιζομένου κατά παράλειψη κλήσης του για διευκρινίσεις ως προς τα ανωτέρω, απορριπτέος δε τυγχάνει ο δεύτερος λόγος καθ' ο μέρος δι' αυτού ο προσφεύγων προβάλλει τον ακυρωτέο χαρακτήρα της προσβαλλομένης, βάσει λόγου περί άνευ ετέρου αποκλεισμού του παραπάνω διαγωνιζομένου. Πάντως και δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη τυγχάνει ούτως ή άλλως ακυρωτέα καθ' ο μέρος εξαρχής ενέκρινε την προσφορά του νυν προσωρινού αναδόχου, βάσει όσων κρίθηκαν στο πλαίσιο της εξέτασης του πρώτου λόγου της προσφυγής και συνεπώς, η προσφορά αυτού προέκυψε ως άνευ ετέρου απορριπτέα, παρέλκει ως άνευ αντικειμένου η βάσει της εν μέρει αποδοχής του δεύτερου λόγου της προσφυγής, αναπομπή στην αναθέτουσα προς άρση της οικείας παράλειψης ζήτησης διευκρινίσεων ως προς τις ασάφειες που διεγνώσθησαν στο πλαίσιο της παρούσας σκέψης.

**9.** Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι ως εναλλακτική προσφορά υπό την έννοια του άρ. 57 Ν. 4412/2016 νοείται

## **Αριθμός Απόφασης: 618/2019**

αυτή που για την επίτευξη του ζητουμένου για το συμβατικό αντικείμενο, εφαρμόζει και ενσωματώνει στοιχεία διαφορετικά από τα καταρχήν βασικώς προβλεπόμενα ως απαιτούμενα από τη διακήρυξη, εξ ου και θα πρέπει κατά την ως άνω διάταξη (αν προβλέπονται εναλλακτικές προσφορές), να τηρούνται κάποια ελάχιστα απαιτούμενα και να είναι η προσφορά αυτή δυνάμενη να αξιολογηθεί βάσει του κριτηρίου ανάθεσης (Απόφαση ΑΕΠΠ 226/2019) και όχι αυτή με την οποία ο προσφέρων προσφέρει για την κάλυψη των ζητουμένων δύο αγαθά ή δύο σε κάθε περίπτωση τεχνικές λύσεις, επικαλούμενος ούτως ότι έκαστη εξ αυτών πληροί ακριβώς και αυτοτελώς, όλες τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Η τελευταία αυτή προσφορά δεν είναι εναλλακτική ούτε, αν δεν προβλέπεται αντιθέτως από τη διακήρυξη, αποκλειστέα, εφόσον οι περισσότερες προσφερόμενες λύσεις πληρούν όλες και έκαστη αυτοτελώς τις οικείες ανά περίπτωση απαιτήσεις. Αντιστοίχως, εν προκειμένω ουδόλως η διακήρυξη απέκλεισε τους προσφέροντες να προσφέρουν για το ίδιο είδος περισσότερα προϊόντα, υπό την έννοια ότι συνιστούσαν ένα μίγμα από περισσότερα αγαθά προς κάλυψη της ίδιας απαίτησης, έκαστο όμως εξ αυτών αυτοτελώς πληρούσε κάθε επιμέρους προδιαγραφή του οικείου είδους, βλ. και σχετικά με τον πρώτο λόγο παραπάνω. Όσον αφορά μεν τα είδη 4, 62 και 71 της διακήρυξης περί ΓΑΛΑΚΤΟΣ ΠΛΗΡΟΥΣ ΕΒΑΠΟΡΕ 410 ΓΡ., ήδη ως προς τον πρώτο ανωτέρω λόγο κρίθηκε ότι η προσφορά του νυν προσωρινού αναδόχου τύγγχανε απορριπτέα, όχι γιατί δήλωσε δύο παραγωγούς, όπως προβάλλει με τον τρίτο λόγο του, άρα δύο προϊόντα διαζευκτικά για το ίδιο είδος, αλλά γιατί ένα εξ αυτών δεν κάλυπτε τις οικείες προδιαγραφές, ενώ όφειλαν να τις πληρούν αμφότερα, αφού αμφότερα προσφέρθηκαν για το ίδιο είδος. Όσον αφορά δε τα είδη 8, 9 και 10 όμως, ο προσφεύγων δεν επικαλείται οιαδήποτε έλλειψη των οικείων προϊόντων έστω και ενός εκ των δύο παραγωγών που διαζευκτικά αναφέρθηκαν στην προσφορά του νυν προσωρινού αναδόχου, με αποτέλεσμα ο οικείος ισχυρισμός να προβάλλεται αφενός αλυσιτελώς, καθώς μόνη της η υποβολή δύο προϊόντων για το ίδιο είδος, χωρίς να υποδεικνύεται μη συμμόρφωση με τις προδιαγραφές έστω και ενός εξ αυτών, δεν αρκεί για τον αποκλεισμό της προσφοράς, αφετέρου νόμω αβάσιμα, αφού αυτή καθαυτή η διαζευκτική υποβολή δύο προϊόντων για το ίδιο είδος δεν συνιστά

## **Αριθμός Απόφασης: 618/2019**

άνευ ετέρου λόγο απόρριψης. Συνεπώς, ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προσφυγή κατ' αποδοχή του πρώτου και του δεύτερου λόγου και δη και κατ' αποδοχή ειδικώς του πρώτου λόγου, ως προς την ακύρωση της προσβαλλομένης καθ' ο μέρος απεδέχθη την προσφορά του νυν προσωρινού αναδόχου, ενώ αυτή προέκυπτε ως άνευ ετέρου απορριπτέα (οι δε ισχυρισμοί που έγιναν δεκτοί στο πλαίσιο του δεύτερου λόγου και οι εκεί εντοπισθείσες πλημμέλειες ομοίως αρκούν για την ακύρωση της προσβαλλομένης ως προς την αποδοχή του ως άνω διαγωνιζομένου, επί τω τέλει όμως αναπομπής στην αναθέτουσα προς διευκρινίσεις, πλην όμως, η ταυτόχρονη αποδοχή των ισχυρισμών του πρώτου λόγου μόνη της αρκεί για την άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς του και επομένως, η αναπομπή κατ' αποδοχή του δεύτερου λόγου καθίσταται άνευ αντικειμένου και παρέλκει). Εξάλλου έστω και μία εκ των πλημμελειών της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου, εξ όσων περισσότερων εκρίθησαν στο πλαίσιο του πρώτου λόγου της προσφυγής και μόνη της αρκούσε αυτοτελώς για την άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς του. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος εκρίθη δι' αυτής αποδεκτός και δη ήδη κατά το στάδιο τεχνικών προσφορών, ο ως άνω νυν προσωρινός ανάδοχος, όσον αφορά το τμήμα 7 και ενώ ετύγχανε άνευ ετέρου απορριπτέος και περαιτέρω και καθ' ο μέρος ανεδείχθη και προσωρινός ανάδοχος του τμήματος, αφού η αποδοχή κατά το στάδιο των τεχνικών προσφορών συνιστά προϋπόθεση της συννόμου αποδοχής στο στάδιο των οικονομικών προσφορών και κατ' αποτέλεσμα και αναδείξεώς του ως προσωρινού αναδόχου, βάσει της μειοδοσίας της οικονομικής προσφοράς του (Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017).

11. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 3.334,00 ευρώ.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αρ. 69/16-4-2019 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα στο τμήμα 7 του διαγωνισμού και περαιτέρω ανέδειξε αυτόν ως προσωρινό ανάδοχο αυτού.

Διατάσσει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 3.334,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε την 7 Ιουνίου 2019.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΜΙΧΟΠΟΥΛΟΥ ΜΑΡΙΑ**