

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15.11.2017 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος (και Εισηγητής), Μαρία Μανδράκη και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την με ημερομηνία καταχώρησης 09.10.2017 στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)/141/11.10.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) V/25/11.10.2017 του ...

Κατά της υπ' αριθ. 297/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... (απόσπασμα της υπ' αριθ. 28/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ως άνω Δήμου), αναφορικά με την υπ' αριθ. 221/2017 Προκήρυξη και με ΑΔΑΜ 17PROC001710144 2017-07-18, για τη διενέργεια ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού για την «Προμήθεια του συνόλου των ειδών διατροφής του Δήμου ... και των Νομικών Προσώπων αυτού» και με εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, για το σύνολο της προμήθειας, ποσού 220.538,41 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 192.709,71 €), για τις Ομάδες δε 1, 4 και 6 για τις οποίες υπέβαλλε προσφορά ο Προσφεύγων προϋπολογισμού ποσού 157.210,04 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 136.666,91 €), καθώς και κατά κάθε προγενέστερης πράξης και παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία επικυρώνεται με το προσβαλλόμενο παραπάνω Πρακτικό ή στην οποία αυτό εδράζεται, καθώς και κάθε μεταγενέστερης πράξης και παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία εδράζεται στο προσβαλλόμενο παραπάνω πρακτικό,

Με την Προδικαστική Προσφυγή του ο Προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης, κατά το μέρος που με την

Αριθμός απόφασης: 175/2017

ανωτέρω προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το Πρακτικό της επιτροπής διενέργειας του ηλεκτρονικού διαγωνισμού, με το οποίο έγινε αποδεκτή στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας η προσφορά έτερου διαγωνιζόμενου, του ... , ισχυριζόμενος ότι η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένως έκανε αποδεκτή την προσφορά του τελευταίου, για τους λόγους που αναφέρονται στην κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

Με την κατάθεση της από 20.10.2017 Παρέμβασης, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/ΠΑΡ/30/23.10.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης/ΑΕΠΠ/Υ/141/23.10.2017, παρεμβαίνει ο ... , αιτούμενος την απόρριψη της Προσφυγής αναφορικά με το παραδεκτό της προσφοράς του.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικά παράβολα με κωδικό 168333895957 1208 0058 και 168218278957 1207 0037), ποσού 84,00 και 600,00 € αντίστοιχα, ήτοι συνολικού ποσού 684,00 €. Το νομίμως απαιτούμενο, εντούτοις, παράβολο, το οποίο και θα πρέπει να υπολογιστεί με βάση τον προϋπολογισμό για τις Ομάδες 1, 4 και 6 για τις οποίες υπέβαλλε προσφορά ο Προσφεύγων, προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ 136.666,91 €, ανέρχεται σε 668,335€ (136.666,91 X 0,50%). Ήτοι, ο Προσφεύγων κατέβαλε επί πλέον του νομίμως απαιτούμενου (684,00 – 668,35, =) 15,65 €. Συνεπώς, το επί πλέον καταβληθέν παράβολο ποσού 15,65 € πρέπει να αφαιρεθεί από το ποσόν των 684,00 € που έχει καταβληθεί και δεσμευθεί από την Α.Ε.Π.Π. και να επιστραφεί στον Προσφεύγοντα, αφού σε περίπτωση απορρίψεως της Προσφυγής του το ποσόν του παραβόλου που καταπίπτει, ανέρχεται σε 668,35 € (πρβλ ΣΤΕ ΕΑ 184/2017).

Αριθμός απόφασης: 175/2017

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του χωρίς ΦΠΑ ποσού 192.709,71, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

3. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 12 του Π.Δ. 38/2017 «Κανονισμός λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/04.05.2017) ορίζεται ότι *«(γ)ια τα θέματα που δεν ρυθμίζονται με ειδικότερες διατάξεις στον παρόντα Κανονισμό, εφαρμόζονται επικουρικά οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, όπως ισχύει»*, ενώ στο άρθρο 10 παρ. 7 του ΚΔΔιαδ. ορίζεται ότι *«(γ)ια τον υπολογισμό των προθεσμιών αν ειδικές διατάξεις δεν ορίζουν διαφορετικά, εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 241-246 του Αστικού Κώδικα»*, στη δε διάταξη του άρθρου 242 του Α.Κ. ορίζεται ότι *«η προθεσμία λήγει όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία μέρα και εάν είναι εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επόμενη μέρα»*.

4. Επειδή, εξάλλου, με το άρθρο Ι παρ. 12 της από 29.12.1980 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (Α' 299), η οποία κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 1157/1981 (Α' 126), ορίσθηκε ότι *«Η διαδρομή των υπό του νόμου ή των δικαστηρίων τεταγμένων προθεσμιών αρχεται από της επιούσης της ημέρας της επιδόσεως ή της ημέρας κατά την οποίαν συνέβη το αποτελούν την αφετηρίαν της προθεσμίας γεγονός και λήγει την 7ην μ.μ. ώραν της τελευταίας ημέρας, εάν δε αυτή είναι κατά νόμον εξαιρετέα ή Σάββατον, την αυτήν ώραν της επομένης εργασίμου ημέρας...»*.

5. Επειδή, από το συνδυασμό των διατάξεων του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 4 του Π.Δ. 39/2017 συνάγεται ότι η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής του ενδιαφερομένου ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. αποτελεί απαραίτητη διαδικαστική προϋπόθεση για το παραδεκτό της ασκήσεως των λοιπών ενδίκων μέσων που προβλέπονται από το Ν. 4412/2016 και πρέπει να ασκείται εντός προθεσμίας δέκα ημερών, η οποία κινείται από την επομένη ημέρα εκείνης, κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος

Αριθμός απόφασης: 175/2017

έλαβε πλήρη γνώση της βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 27/2017, 744/2012, 319/2011, 248/2011).

6. Επειδή, περαιτέρω, η προδικαστική προσφυγή του Ν. 4412/2016 υποβάλλεται ηλεκτρονικά μέσω του πληροφοριακού συστήματος του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., χωρίς να προβλέπεται στις διατάξεις περί ηλεκτρονικής υποβολής προσφυγών σε διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων ούτε, σε κάθε περίπτωση, στην ένδικη διακήρυξη, το ακριβές χρονικό σημείο λήξης εντός της τελευταίας ημέρας της προθεσμίας υποβολής των εν λόγω προδικαστικών προσφυγών, εφαρμοστέα, δυνάμει της διατάξεως της παρ. 7 του άρθρου 10 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας είναι η διάταξη του άρθρου 242 του Αστικού Κώδικα, η οποία παρατέθηκε σε προηγούμενη σκέψη (Δ.Εφ.Πατρών 39/2017). Η διάταξη, όμως αυτή, είχε τροποποιηθεί με το παρατεθέν σε προηγούμενη σκέψη, άρθρο 1 παρ. 12 της, κυρωθείσας με το άρθρο πρώτο του Ν. 1157/1981, από 29.12.1980 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, η οποία όρισε, ειδικώς ως προς τις προθεσμίες που τάσσονται από το νόμο ή τα δικαστήρια, ότι αυτές λήγουν την 7η μ.μ, ώρα της τελευταίας ημέρας, και εάν αυτή είναι εξαιρετέα, την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ. 67/2014, 1130/2010, 808/2008, 598/2008, 896/2010). Συνεπώς, η δεκαήμερη προθεσμία για την ηλεκτρονική υποβολή, μέσω του πληροφοριακού συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, της προδικαστικής προσφυγής λήγει με την συμπλήρωση της 7ης μ.μ. της τελευταίας ημέρας και εάν αυτή είναι εξαιρετέα, την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 27/2017, Ε.Α. ΣΤΕ 598/2008, 808/2008, 1339/2009, 896/2010).

7. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 8 παρ. 2 (επικοινωνία και διακίνηση εγγράφων) της με αριθ. Υ.Α. 56902/215/02.06.2017 (ΦΕΚ Β' 1924) ορίζεται ότι « ... Οι σχετικές προθεσμίες ... λήγουν όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και αν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επόμενη εργάσιμη», διάταξη, η οποία θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι κατισχύει ως *lex specialis*, σε κάθε δε περίπτωση δεν δύναται να γίνει αποδεκτή τυχόν αντίθετη ερμηνεία, περί μη παρέκτασης της υπόψη προθεσμίας κατά τα προαναφερόμενα ακόμα και αν η τελευταία ημέρα είναι εξαιρετέα και κατάθεσης σε κάθε περίπτωση στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ την τελευταία ημέρα. Και

Αριθμός απόφασης: 175/2017

τούτο διότι πρόκειται για δικονομική προθεσμία, της οποίας η *in stricto sensu* ερμηνεία αυτής θα συνεπάγεται ιδιαιτέρως επαχθή για τον διαγωνιζόμενο αποτελέσματα, ήτοι τη μη αποτελεσματική αυτού έννομη προστασία κατά παράβαση των καλούμενων ενωσιακών δικονομικών οδηγιών (Οδηγίες του Συμβουλίου με αρ. 89/665/ΕΟΚ της 21ης Δεκεμβρίου 1989 για τον κλασικό τομέα και 92/13/ΕΟΚ της 25ης Φεβρουαρίου 1992 για τους εξαιρούμενους τομείς όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66 ΕΚ της 11ης Δεκεμβρίου 2007 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και ισχύουν).

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη της Οικονομικής Επιτροπής αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 29.09.2017, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 09.10.2017. Και τούτο διότι η 10ήμερη προθεσμία, σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, προς άσκηση της προσφυγής έληγε στις 08.10.2017, συμπιπτοντας όμως με μη εργάσιμη ημέρα (Κυριακή) και παρεκτεινόμενη για την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, έληξε στις 09.10.2017, οπότε και η υπόψη Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

9. Επειδή, ο Προσφεύγων στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 297/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... (απόσπασμα της υπ' αριθ. 28/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ως άνω Δήμου), αναφορικά με την υπ' αριθ. 221/2017 Προκήρυξη και με ΑΔΑΜ 17PROC001710144 2017-07-18, για τη διενέργεια ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού για την «Προμήθεια του συνόλου των ειδών διατροφής του Δήμου Σαρωνικού και των Νομικών Προσώπων αυτού», καθώς και κατά κάθε προγενέστερης πράξης και παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία επικυρώνεται με το προσβαλλόμενο παραπάνω Πρακτικό ή στην οποία αυτό εδράζεται, καθώς και κάθε μεταγενέστερης πράξης και παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία εδράζεται στο προσβαλλόμενο παραπάνω πρακτικό, κατά το μέρος που με την ανωτέρω

Αριθμός απόφασης: 175/2017

προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το Πρακτικό της επιτροπής διενέργειας του ηλεκτρονικού διαγωνισμού και με την οποία ανωτέρω απόφαση η Αναθέτουσα Αρχή, εσφαλμένως όπως ο Προσφεύγων ισχυρίζεται, έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας του ... (α/α συστήματος 70571), ο οποίος συμμετέχει για τις Ομάδες 1, Είδη Παντοπωλείου και 6, Είδη Γαλακτοπωλείου, ομάδες προμήθειας στις οποίες και ο Προσφεύγων συμμετέχει. Σημειώνεται δε, ότι σύμφωνα με τη Διακήρυξη οι διαγωνιζόμενοι μπορούν να υποβάλλουν προσφορά για μία ή περισσότερες ομάδες, αρκεί να περιλαμβάνονται όλα τα είδη της ομάδας στα οποία αφορά η προσφορά.

10. Επειδή, ο Προσφεύγων στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον του για την προσβολή της επίδικης εκτελεστής διοικητικής πράξης, ήτοι της υπ' αριθ. 297/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... , προσδιορίζοντας αυτό ως άμεσο, προσωπικό και ενεστώζ, αφού έχει υποβάλει προσφορά και εύλογα προσδοκά να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενος, ειδικότερα, ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της Αναθέτουσας Αρχής, αφού η τελευταία με την ανωτέρω προσβαλλόμενη απόφασή της έκανε αποδεκτή την προσφορά του ... για τις ομάδες 1 και 6, κατά παράβαση της Διακήρυξης, του ενωσιακού και εθνικού νομοθετικού πλαισίου περί δημοσίων συμβάσεων.

11. Επειδή με την υπ' αριθμ. Α16/2017 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. επί του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, καλείτο η Αναθέτουσα Αρχή όπως αναστείλει εν μέρει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη κατά το μέρος που αφορά στην Ομάδα 1 και 6, Είδη Παντοπωλείου και Είδη Γαλακτοπωλείου αντιστοίχως, της υπ' αριθ. 221/2017 και με ΑΔΑΜ 17PROC001710144 2017-07-18 Προκήρυξης για τη διενέργεια ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού για την «Προμήθεια του συνόλου των ειδών διατροφής του Δήμου ... και των Νομικών Προσώπων αυτού» με εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, για το σύνολο της προμήθειας, ποσού 220.538,41 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

12. Επειδή, παρεμβαίνει ο ... με την κατάθεση Παρέμβασης, η οποία ασκείται εν γένει παραδεκτώς και στη νόμιμη προθεσμία (άρθρο 362

Αριθμός απόφασης: 175/2017

παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017), αφού όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού η εν λόγω Προσφυγή κοινοποιήθηκε στους θιγόμενους τρίτους μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 12.10.2017, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 20.10.2017, επιπροσθέτως δε ο Παρεμβαίνων έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού η προσφορά του έχει γίνει αποδεκτή στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία (Ε.Α. ΣΤΕ 689/2011), την απόρριψη της οποίας επιδιώκει ο Προσφεύγων με την κρινόμενη Προσφυγή του (ΕΑ ΣΤΕ 240/2011).

13. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

14. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...»* και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

15. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά

Αριθμός απόφασης: 175/2017

πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

16. Επειδή, εν προκειμένω ο Προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης και την απόρριψη της προσφοράς έτερου συμμετέχοντος, του ... , ισχυριζόμενος ότι η προσφορά του τελευταίου, δεν καλύπτει τις προδιαγραφές της Διακήρυξης και της κείμενης νομοθεσίας, ήτοι του άρθρου 80^Α, Παράρτημα Ι, παρ. 1, σημείο β' του Κώδικα Τροφίμων και Ποτών, ΥΑ/1100/87, Κωδικοποίηση και μεταγλώττιση των διατάξεων του Κώδικα Τροφίμων και Ποτών (ΦΕΚ Β' 788/31.12.1987). Ειδικότερα, ο Προσφεύγων υποστηρίζει ότι σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη ορίζεται ότι το συμπυκνωμένο γάλα (γάλα εβαπορέ) απαιτείται να έχει κατά βάρος περιεκτικότητα σε λιπαρά τουλάχιστον 7,5% και σε ολικό στερεό υπόλειμμα γάλακτος τουλάχιστον 25%, ενώ το προσφερόμενο είδος του έτερου υποψηφίου ... , μάρκας ... , παραγόμενο από την ... , δεν πληροί τους όρους αυτούς, αφού έχει περιεκτικότητα σε ολικό στερεό υπόλειμμα γάλακτος 17,5%, υπολειπόμενο έτσι του νομίμως απαιτούμενου.

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «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».

18. Επειδή, περαιτέρω, το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια' του ίδιου Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «.... Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την

Αριθμός απόφασης: 175/2017

ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης...».

19. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 « Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β, δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να

Αριθμός απόφασης: 175/2017

χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή ...».

20. Επειδή, στο άρθρο 80^A, Παράρτημα Ι, παρ. 1, σημείο β' του Κώδικα Τροφίμων και Ποτών, ΥΑ/1100/87, Κωδικοποίηση και μεταγλώττιση των διατάξεων του Κώδικα Τροφίμων και Ποτών (ΦΕΚ Β' 788/31.12.1987),

Αριθμός απόφασης: 175/2017

Διατηρημένα γάλατα, μερικά ή ολικά αφυδατωμένα ορίζεται ότι «1. Οι διατάξεις αυτού του άρθρου εφαρμόζονται στα μερικά ή ολικά αφυδατωμένα, διατηρημένα γάλατα που ορίζονται στο Παράρτημα Ι.

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι ΟΡΙΣΜΟΙ ΠΡΟΪΟΝΤΩΝ ΚΑΙ ΟΝΟΜΑΣΙΕΣ ΠΡΟΪΟΝΤΩΝ 1. Γάλα μερικά αφυδατωμένο "Το ζαχαρούχο ή μη ζαχαρούχο υγρό προϊόν, που λαμβάνεται με μερική αφαίρεση του ύδατος από γάλα, από ολικά ή μερικά αποβουτυρωμένο γάλα ή από μείγμα των προϊόντων αυτών, στα οποία ενδεχομένως έχει προστεθεί κρέμα γάλακτος ή γάλα ολικά αφυδατωμένο ή και τα δύο αυτά προϊόντα, εφόσον η ποσότητα του προστιθέμενου ολικά αφυδατωμένου γάλακτος δεν υπερβαίνει στο τελικό προϊόν, το 25% του ολικού στερεού υπολείμματος γάλακτος."

Είδη μη ζαχαρούχου συμπυκνωμένου γάλακτος

α) Συμπυκνωμένο γάλα πλούσιο σε λιπαρά

Μερικά αφυδατωμένο γάλα του οποίου η κατά βάρος περιεκτικότητα σε λιπαρά είναι τουλάχιστον 15% και σε ολικό στερεό υπόλειμμα γάλακτος τουλάχιστον 26,5%.

β) Συμπυκνωμένο γάλα

Μερικά αφυδατωμένο γάλα του οποίου η κατά βάρος περιεκτικότητα σε λιπαρά είναι τουλάχιστον 7,5% και σε ολικό στερεό υπόλειμμα γάλακτος τουλάχιστον 25% ...

21. Επειδή, στον όρο 3.1.2, Αξιολόγηση προσφορών, της Διακήρυξης ορίζεται ότι: Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. Ειδικότερα :

α) ... β) Στη συνέχεια το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν γίνονται αποδεκτές και την αποδοχή ή/και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης ...

Αριθμός απόφασης: 175/2017

ενώ στην υπ' αριθ. 10/2017 Μελέτη του Δήμου Σαρωνικού ορίζεται ότι «Όλα τα είδη θα πρέπει να πληρούν τις εκάστοτε περί τροφίμων ισχύουσες διατάξεις», ενώ για την ομάδα 6. ΕΙΔΗ ΓΑΛΑΚΤΟΠΩΛΕΙΟΥ, Γάλα (φρέσκο γάλα) αναφέρεται ότι «Αφορά φρέσκο παστεριωμένο πλήρες γάλα, ομογενοποιημένο σε συσκευασία των 1000ml(1lt) με 3,5% λιπαρά και με 1,5% λιπαρά, προέλευσης 100% Ελληνικό. Το προϊόν μπορεί να είναι οποιασδήποτε αναγνωρισμένης μάρκας, το οποίο θα καλύπτει τουλάχιστον τις παρακάτω προδιαγραφές οι οποίες βασίζονται στους όρους του Κώδικα Τροφίμων και Ποτών και ιδιαίτερα των άρθρων 79 και 80, καθώς και στο Π.Δ.56/95(Φ.Ε.Κ.45/27-2-95) όπως τροποποιήθηκε από το Π.Δ.119/97(Φ.Ε.Κ.108/30-5-97) περί συμμόρφωσης με τις Κοινοτικές Οδηγίες για την παραγωγή και εμπορία γάλακτος, καθώς και τους νέους Κοινοτικούς κανονισμούς 852/2004, 853/2004 και 854/2004».

22. Επειδή, από τις προαναφερόμενες διατάξεις συνάγεται ότι το ποσοστό του στερεού υπολείμματος γάλακτος άνευ λιπαρών προκύπτει από την αφαίρεση των λιπαρών από το ποσοστό του ολικού στερεού υπολείμματος γάλακτος, ήτοι το ποσοστό ολικού στερεού υπολείμματος γάλακτος συνίσταται στο σύνολο (άθροισμα) του ποσοστού των λιπαρών και του ποσοστού στερεού υπολείμματος άνευ λιπαρών, προστιθέμενων.

23. Επειδή εν προκειμένω από την επισκόπηση των εγγράφων του φακέλου και ειδικότερα από την ετικέτα του υπόψη προϊόντος, από την από 12.10.2017 επιστολή του τμήματος ποιοτικού ελέγχου της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τις καρτέλες προδιαγραφών προϊόντος, προκύπτει ότι για το προσφερόμενο είδος του υποψηφίου ... , μάρκας ... , παραγόμενο από τη ... , το ποσοστό λιπαρών σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις της Διακήρυξης και του άρθρου 80Α, Παράρτημα Ι, παρ. 1, σημείο β' του Κώδικα Τροφίμων και Ποτών, προκύπτει προσθέτοντας το ποσοστό περιεκτικότητας σε λιπαρά (7,5%) και το ποσοστό στερεού υπολείμματος άνευ λιπαρών (17,5), από τα οποία προκύπτει ποσοστό περιεκτικότητας κατά βάρος ολικού στερεού υπολείμματος (7,5+17,5=) 25%, ήτοι ποσοστό σύμφωνο με τις προβλεπόμενες τεχνικές προδιαγραφές.

Αριθμός απόφασης: 175/2017

24. Επειδή, τα ανωτέρω βεβαιώνει με τις από 17.10.2017 Απόψεις της και η Αναθέτουσα Αρχή.

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν θα πρέπει να γίνει δεκτό για τους προαναφερόμενους λόγους ότι η προσφορά του ... νομίμως κρίθηκε αποδεκτή, ως σύμφωνη με τη Διακήρυξη και το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο.

26. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο Προσφεύγων (άρθρο 5 παρ. 5 Π.Δ.39/2017 και άρθρο 365 παρ. 5 του Ν.4412/2016) ποσού 668,335 € και να επιστραφεί το, επί πλέον του νομίμως απαιτούμενου, καταβληθέν ποσό ύψους 15,65 €, σύμφωνα με τα όσα αναλυτικώς εκτέθηκαν ανωτέρω στη σκέψη 1.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικά παράβολα με κωδικό 168333895957 1208 0058 και 168218278957 1207 0037), ποσού 668,335 € και την επιστροφή του, επί πλέον του νομίμως απαιτούμενου, καταβληθέντος ποσού 15,65 €.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15 Νοεμβρίου 2017 και εκδόθηκε στις 4 Δεκεμβρίου 2017.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Κ. Μπάκου