

Η

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

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 15-7-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Σωτηρία Σταματοπούλου και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22-6-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 893/23-6-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του από 4-7-2022 και κατόπιν της από 23-6-2022 κοινοποίησης της προσφυγής, κατά παρέκταση στην επόμενη εργάσιμη της 3-7-2022 εργάσιμη ημέρας, παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της με αρ. πρωτ. ... διακήρυξης, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΧΟΡΗΓΗΤΩΝ – ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΩΝ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΓΙΑ ΤΟΝ ΔΗΜΟ ... ΚΑΙ ΤΑ ΕΠΟΠΤΕΥΟΜΕΝΑ ΑΠΟ ΑΥΤΟΝ ΝΟΜΙΚΑ ΠΡΟΣΩΠΑ, συνολικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 12.671.367,27 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 26-5-2022 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ ... την 1-6-2022 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ... Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 6-7-2022 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 11-7-2022 υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ..., ποσού ευρώ 15.000.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, ασκείται η από 22-6-2022 προσφυγή κατά της από 16-6-2022 τελούσας σε γνώση του προσφεύγοντος (εντός του κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016 χρόνου παραγωγής τεκμηρίου γνώσης από την από 1-6-2022 δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ) διακήρυξης, επικαλούμενου του προσφεύγοντος αδυναμία και δυσχέρεια συμμετοχής και σύνταξης προσφοράς, λόγω των προσβαλλόμενων όρων, παρανόμων προβλέψεων της διακήρυξης και ασαφειών. Εμπρόθεσμα και μετ' εννόμου συμφέροντος ως προς την απόρριψη της προσφυγής σχετικά με τους ισχυρισμούς της που αφορούν τις ομάδες 8 και 14, ασκείται και η ως άνω παρέμβαση του δηλούντος ενδιαφέρον για συμμετοχή υπό τους νυν όρους στις ομάδες 8 και 14, που μεταξύ άλλων που αφορά η προσφυγή, παρεμβαίνοντος. Το δε έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος επί των επιμέρους ισχυρισμών του θα κριθεί στο πλαίσιο κατ' ουσία εξέτασης των τελευταίων. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει περαιτέρω να εξεταστούν κατ' ουσία.

3. Επειδή, άνευ εννόμου συμφέροντος ο προσφεύγων προβάλλει με τον υπό 1 ισχυρισμό του, αιτιάσεις περί μη νομιμότητας της εκ της αναθέτουσας προμήθειας προς διανομή εβαπορέ γάλακτος αντί φρέσκου, όσον αφορά τις ΟΜΑΔΕΣ 8 και 14 της διαδικασίας, αφού ουδόλως το αντικείμενο και είδος της προμήθειας, ως και η συμμόρφωση της αναθέτουσας με διέπουσες τη δική της λειτουργία και μέριμνα επί των εργαζομένων της, διατάξεις περί τύπου διανεμόμενου σε αυτούς γάλακτος, επάγονται οιαδήποτε συνέπεια επί της συμμετοχής του προσφεύγοντος στη νυν διαδικασία και των προσωπικών του συμφερόντων, ενώ για ακριβώς τους ίδιους λόγους, ομοίως άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλεται με τον ισχυρισμό 3 της προσφυγής και περί του είδους βοείου κρέατος στην ΟΜΑΔΑ 1 της διαδικασίας, το παράνομο της χρήσης βοείου αντί μοσχαρίσιου κρέατος από τους βρεφονηπιακούς σταθμούς της αναθέτουσας. Περαιτέρω, όσον αφορά τον υπό 2.ii ισχυρισμό της προσφυγής, καταρχάς, δεν υπάρχει ασάφεια και αντίφαση στον ανωτέρω όρο, ως προς το ποσοστό ανά έτος εκτελεσθεισών συμβάσεων, σε αντίθεση με τις

συναφείς αιτιάσεις του προσφεύγοντα, αφού είναι σαφές πως ζητείται το 50% (επί των νυν ζητουμένων) των παραδοθεισών ποσοστών εκ του 70% (επί των νυν ζητουμένων) να έχει συντελεστεί εντός 1 ημερολογιακού έτους εκ των 2019, 2020 και 2021 και επιπλέον, σε κάθε περίπτωση το υπόλοιπο, ήτοι 20% επί των ζητουμένων, ειδικώς εντός του 2021, με αποτέλεσμα να επιτρέπεται, κατά συρροή των απαιτήσεων, να έχουν εκτελεστεί όλες, ήτοι και οι 4 συμβάσεις και για το σύνολο της προηγούμενης εμπειρίας που ζητείται, ήτοι του 70% επί των ποσοτήτων που νυν ζητούνται, εντός του 2021 και όχι να επιβάλλεται εκ της ως άνω διευκρίνισης εντός της διακήρυξης, το 70% αυτό να έχει εκτελεστεί εντός του 2021. Εξάλλου, ο ισχυρισμός πως η αναθέτουσα, όπως αναφέρει ο προσφεύγων, επιτρέπει τη συγκέντρωση της αποδεικτέας εμπειρίας σε ένα έτος και δεν επιβάλλει κατανομή τους σε περισσότερα έτη, δεν προβάλλεται μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού δεν αφορά εμπόδιο ή δυσχέρεια στη συμμετοχή του προσφεύγοντα, αλλά μη θέσπιση εμποδίου στη συμμετοχή, λόγω μη επίτασης της αυστηρότητας των απαιτήσεων της διακήρυξης. Συγχρόνως, δεν προκύπτει άνιση μεταχείριση των διαγωνιζομένων που συγκεντρώνουν την εμπειρία στο 2021 αντί της κατανομής της στα 3 έτη, 2019, 2020 και 2021, καθώς ούτως ή άλλως, η αναθέτουσα δεν υποχρεούτο καν να θεσπίσει κριτήριο εμπειρίας εξαρχής και ουδόλως είχε υποχρέωση να καταλείψει αυτό ισομερώς ή με άλλον συγκεκριμένο τρόπο εντός της τριετίας. Άλλωστε, το ΜΕΡΟΣ II ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ XII ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α Ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: ... ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο» και άρα, ούτως ή άλλως η τριετία ως πλαίσιο αναζήτησης προηγούμενης εμπειρίας είναι το ανώτατο όριο, χωρίς η αναθέτουσα να εμποδίζεται να αναζητά αυτήν επί βραχύτερου ορίου (με συναφή προσαρμογή του όγκου των απαιτήσεων), πολλώ δε μάλλον, να επιτρέπει να συγκεντρώνεται σε ένα έτος, αντί να κατανέμεται σε τρία. Άρα, ο υπό 2.ii ισχυρισμός είναι απορριπτέος. Όσον αφορά τον υπό 2.iii ισχυρισμό της προσφυγής, περί μη πρόβλεψης

προϋπολογισμού για παράδοση 50% των νυν ζητούμενων ποσοτήτων για την ομάδα `14 ΓΑΛΑ ΕΒΑΠΟΡΕ ΜΑΠ εντός του πρώτου συμβατικού έτους, ήτοι εντός 1 έτους από την έναρξη της σύμβασης, κατά τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης, ο όρος 2.2.6 είναι σαφής ως προς το χρόνο παράδοσης των επιμέρους ποσοτήτων, ήτοι θα παραδοθεί το 50% των συμβασιοποιούμενων ποσοτήτων εν γένει για την ΟΜΑΔΑ 14 εντός του 1^{ου} αυτού έτους, ενώ κατά τα λοιπά, οι αιτιάσεις του προσφεύγοντα είναι αόριστες και αναπόδεικτες, αφού η διακήρυξη που σκοπεί στην κάλυψη αναγκών διαφόρων υπηρεσιών της αναθέτουσας, περιλαμβάνει και υποστηρίζεται από επιμέρους προϋπολογισμούς και επιμέρους εκθέσεις αναγκών παράδοσης περισσότερων υπηρεσιών, που ομού συγκροτούν τις συνολικά ζητούμενες ποσότητες, ενώ ο προσφεύγων επικαλείται, χωρίς να προβάλλει αθροίσματα ανά έτος εκ των επιμέρους υπηρεσιακών εγγράφων των επιμέρους υπηρεσιών, επιμέρους σημεία του προϋπολογισμού του ..., σελ. 384 διακήρυξης και επιμέρους σημεία του προϋπολογισμού του ..., χωρίς εν τέλει να προκύπτει ασάφεια ως προς την υπό 2.2.6 ανωτέρω απαίτηση που αφορά το σύνολο της ομάδας 14 και πάντως, ασάφεια που παρεμποδίζει τη λυσιτελή συμμετοχή, τη σύνταξη προσφοράς και την εκτέλεση. Άρα, ο υπό 2.iii ισχυρισμός είναι απορριπτέος. Ομοίως άνευ εννόμου συμφέροντος, ως και αβασίμως προβάλλεται με τον ισχυρισμό 2.iv, άνιση μεταχείριση των επικαλούμενων προηγούμενη εμπειρία με δημόσιες αντί ιδιωτικών, συμβάσεις, συνεπεία του όρου 2.2.9.2.B4, που ορίζει ότι «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: Για την περίπτωση α): εάν ο αποδέκτης είναι Δημόσια Αρχή, αντίγραφα συμβάσεων και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης από την αρμόδια αρχή και β) εάν ο αποδέκτης είναι Ιδιωτικός Φορέας, είτε αντίγραφα από επίσημα παραστατικά, είτε βεβαίωση του αποδέκτη της προμήθειας». Τούτο, διότι και στις 2 περιπτώσεις απαιτείται βεβαίωση του παραλήπτη, που στη μία περίπτωση είναι δημόσια αρχή και στη δεύτερη ιδιωτικός φορέας, ενώ η μη απαίτηση προσκόμισης σύμβασης στη δεύτερη περίπτωση κρίνεται εύλογη, ενόψει του ότι στις συνήθεις ιδιωτικές συναλλαγές είναι συχνό, όπως άλλωστε κατά νόμο επιτρέπεται, η πώληση κινητών ειδών να λαμβάνει χώρα δια

προφορικής συμφωνίας, που ούτως ή άλλως αποδεικνύεται δια νομίμων παραστατικών. Άλλωστε, η δυνατότητα υποβολής βεβαίωσης του ιδιώτη παραλήπτη αντί παραστατικού δεν επάγεται απομείωση αξιοπιστίας της απόδειξης, αφού, δεδομένου του ότι τέτοιες συναλλαγές αναγκαία υποστηρίζονται δια παραστατικών, ο ιδιώτης φορέας που καλείται να βεβαιώσει ότι παρέλαβε τα αγαθά από τον προσφέροντα, υπέχει ευθύνη και προσωπικό κίνδυνο αν βεβαιώσει ενώπιον δημόσιας αρχής για γεγονός με έννομες συνέπειες περί της διαχείρισης και τύχης δημοσίου χρήματος, αναληθώς. Η αναλήθεια δε αντιστοίχου βεβαιώσεως, δύναται ευχερώς να προκύψει και να ελεγχθεί οποτεδήποτε είτε κατά τη διαδικασία είτε και κατόπιν αυτής, δια των οικείων παραστατικών, με αποτέλεσμα, μόνη της η σχετική του έννομη ευθύνη και ο σχετικός κίνδυνος, να συνιστούν επαρκή διασφάλιση της αξιοπιστίας της απόδειξης εκ της βεβαιώσεώς του, τουλάχιστον καταρχήν και αν δεν προκύψουν κατά την αξιολόγηση τυχόν εύλογες ή τεκμηριωμένες αμφιβολίες, οπότε και η αξιοπιστία των βεβαιώσεων είναι κατά τα ανωτέρω, ευχερώς ελέγξιμη. Επομένως, δεν προκύπτει άνιση μεταχείριση μεταξύ των δύο περιπτώσεων, πολλώ δε μάλλον τέτοια, ώστε να νοθεύσει εξ αρχής την αντικειμενικότητα της αξιολόγησης και τη λυσιτέλεια της συμμετοχής. Όσον αφορά τον υπό 5.1 ισχυρισμό, σχετικά με την απαίτηση του όρου 2.3.4.2.III της διακήρυξης, κατά τον οποίο απαιτείται για την τεχνική προσφορά ««III. Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία θα δηλώνεται ότι: • η χώρα καταγωγής των προσφερόμενων προϊόντων και η επιχειρηματική μονάδα στην οποία παράγονται τα προσφερόμενα προϊόντα, καθώς και ο τόπος εγκατάστασης της και • οι μονάδες παραγωγής των προϊόντων είναι πιστοποιημένες κατά ISO.»», καταρχάς, η απαίτηση αυτή ενσωματώνει την εκ του ισχύοντος νόμου δυνατότητα της αναθέτουσας να θεσπίσει τέτοια υποχρέωση, σύμφωνα με το άρ. 94 παρ. 5 Ν. 4412/2016, που ορίζει ότι «5. Ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητεί από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς να δηλώνουν στην τεχνική τους προσφορά: α. τη χώρα παραγωγής του προσφερόμενου προϊόντος και β. την επιχειρηματική μονάδα στην οποία παράγεται το προσφερόμενο προϊόν, καθώς

και τον τόπο εγκατάστασής της.», ενώ επιπλέον ο προσφεύγων προβάλλει αλυσιτελείς ισχυρισμούς περί εν αφθονία κυκλοφορούντων αγαθών, σε σχέση με εξαίρεση από την υποχρέωση υποβολής δέσμευσης του παραγωγού για την εκτέλεση της προμήθειας, η οποία δύναται για τα εν αφθονία αγαθά να υποκατασταθεί με δήλωση δέσμευσης εκτέλεσης προμήθειας του προσφέροντος (ΕλΣυν Τμ. Μείζονος-7μελ. Σύνθεσης 2721/2014) Όμως, η παραπάνω ζητούμενη υπεύθυνη δήλωση δεν αφορά δέσμευση προμήθειας, πολλώ δε μάλλον δέσμευση του παραγωγού, αλλά δήλωση εκ του προσφέροντος περί τόπου παραγωγής και ταυτότητας παραγωγού, ως και πιστοποίησης της μονάδας παραγωγής, ενώ ασχέτως τούτων τα εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενα ερείδονται επί καταργημένων διατάξεων του ΕΚΠΟΤΑ και είναι προδήλως άσχετα για όλους τους ανωτέρω λόγους με τη νυν διακήρυξη. Περαιτέρω, η εκ του προσφέροντος δήλωση πιστοποίησης της μονάδας παραγωγής ουδόλως προκύπτει πως εμποδίζει ή δυσχεραίνει τη συμμετοχή σε μη εύλογο βαθμό, λόγω δήλωσης περί προσόντων άλλου προσώπου, αφού ευλόγως αναμένεται από τον προμηθευτή ενός αγαθού και δη, στο πλαίσιο εκτέλεσης δημόσιας σύμβασης με σκοπό εν τέλει τη διανομή των αγαθών σε πλήθος προσώπων και το ευρύ κοινό, να γνωρίζει και ελέγχει την πιστοποίηση και τα προσόντα των παραγωγών των οποίων τα προϊόντα εμπορεύεται και προμηθεύει και δη, ασχέτως αν ευθέως συμβάλλεται για την προμήθειά τους με αυτούς ή με ενδιάμεσο χονδρέμπορο. Εξάλλου, το γεγονός πως δεν ζητείται ειδικώς πεδίο πιστοποίησης όσον αφορά τη δήλωση πιστοποίησης μονάδας παραγωγής, ουδόλως σημαίνει ότι καταλείπεται ενδεχόμενο αποδοχής δήλωσης που αφορά πιστοποίηση εργοστασίου σε άσχετο πεδίο από το προϊόν που παράγει και αποτελεί την παραγωγική του δραστηριότητα, αφού προδήλως μια μονάδα παραγωγής πιστοποιείται σε σχέση ακριβώς με την παραγωγική της δραστηριότητα, ήτοι αυτή που αφορά το παραγόμενο αγαθό, χωρίς να προκύπτει εν τέλει ασάφεια και δη, δυνάμενη να παρεμποδίσει την υποβολή της προσφοράς. Άρα, ο υπό 5.1 ισχυρισμός της προσφυγής είναι απορριπτέος, ως προς κάθε αιτίασή του. Όσον αφορά τον υπό 5.11 ισχυρισμό της προσφυγής, ο όρος 2.3.4.2 ορίζει ειδικώς για την τεχνική

προσφορά, περί της ομάδας 14-ΓΑΛΑ ΕΒΑΠΟΡΕ ΜΑΠ, ότι απαιτείται και «α) Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία θα δηλώνεται ότι: ... • το προϊόν είναι κατάλληλο για αποθήκευση στην θερμοκρασία των 25οC μέχρι την αναγραφόμενη ημερομηνία λήξης του.». Με τον τρόπο αυτό, η αναθέτουσα απαιτεί από τους προσφέροντες να δεσμευθούν καταλληλότητα του προϊόντος να αποθηκευθεί ως την ημερομηνία λήξης του, σε θερμοκρασία 25 βαθμών Κελσίου, ούτως θέτοντας κατ' αποτέλεσμα την προσφορά και αποδοχή αγαθών, δυνάμενων να φθάσουν την ημερομηνία λήξης τους σε τέτοια θερμοκρασία. Ναι μεν, όπως βάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων, το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 6 ΟΔΗΓΟΥ ΥΓΕΙΝΗΣ 9 του ΕΦΕΤ, όπως εγκρίθηκε με τη με αρ. 139/9-12-2003 Απόφαση ΔΣ ΕΦΕΤ, ορίζει Πίνακα Συνθηκών Αποθήκευσης (Πηγή ... HANDBOOK, REFRIGERATION SYSTEMS AND APPLICATIONS, 1992), κατά τον οποίο το Γάλα Εβαπορέ Άγλυκο, ως το προκείμενο υπό προμήθεια, αποθηκεύεται σε θερμοκρασία κατά μέγιστο 21 βαθμών Κελσίου και για διατήρηση για 12 μήνες και όχι 25 βαθμών και άρα, ότι κάθε στοιχείο περί της υγιεινής και ασφαλούς χρήσης του, με διατήρηση των χαρακτηριστικών του, μεταξύ των οποίων και της διατηρησιμότητάς του σε σχέση με την ημερομηνία λήξης του, πρέπει να συναρτάται με τη θερμοκρασία υγιεινής φύλαξης-αποθήκευσης (που κατά το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 8 του ίδιου Οδηγού ΕΦΕΤ ορίζεται ως «Η διατήρηση των πρώτων και βοηθητικών υλών, των υλικών και αντικειμένων συσκευασίας και των ημικατεργασμένων ή τελικών προϊόντων σε θερμοκρασία περιβάλλοντος ή σε ελεγχόμενες συνθήκες (θερμοκρασίας, ψύξης, κατάψυξης, υγρασίας, ελεγχόμενου εξαερισμού με φίλτρα, ατμόσφαιρας CO₂. κ.α.).»), ήτοι των 21 και όχι των 25 βαθμών Κελσίου. Σημειωτέον, δε ότι κατά τις σελ. 114, 115, 126, 145 και 412, ορίζεται πως η ημερομηνία λήξης θα πρέπει να είναι τουλάχιστων 12 μηνών, δηλαδή τόση όση κατά τα ανωτέρω, προβλέπεται σε υγιεινές συνθήκες, για αποθήκευση σε θερμοκρασία 21 βαθμών. Άρα, επί της ουσίας η αναθέτουσα κατά αυτόν τον τρόπο, ήτοι με την απαίτηση, αλλά και επάρκεια, της εκ του προσφέροντος δέσμευσης ότι το προσφερόμενο αγαθό, το οποίο άλλωστε θα πρέπει να τηρεί τις λοιπές προδιαγραφές, δύναται να αποθηκευθεί ασφαλώς σε θερμοκρασία μεγαλύτερη της νόμιμης, αποδέχεται την προσφορά

αγαθών που δύνανται να αποθηκευθούν ασφαλώς, χωρίς να αλλοιωθούν και χωρίς μείωση του χρόνου ζωής τους-ημερομηνία λήξης, ως ασφαλών προϊόντων, σε θερμοκρασία μεγαλύτερη της οριζόμενης ως αυτής, στην οποία πρέπει να διατηρούνται κατά νόμο, ώστε να φθάσουν την ημερομηνία λήξης. Συνεπώς, ο ως άνω όρος δεν ζητά ούτε επιτρέπει στον προμηθευτή να μεταφέρει, αποθηκεύσει και παραδώσει αγαθά, που ο ίδιος διατήρησε και μετέφερε κατά μη υγιεινό τρόπο, ήτοι σε θερμοκρασία μεγαλύτερη της νόμιμης, αλλά ζητά τα αγαθά να είναι δυνατόν να διατηρηθούν για τον πλήρη χρόνο λήξης τους, σε θερμοκρασία μεγαλύτερη, ήτοι θεσπίζει προδιαγραφή περί ικανότητας του αγαθού να αντέξει σε μεγαλύτερη θερμοκρασία και όχι προδιαγραφή περί υποχρέωσης του προμηθευτή να τα προμηθεύσει ως διατηρημένα σε μη υγιεινή θερμοκρασία ή απαλλαγής του από την υποχρέωσή του να τα αποθηκεύει και μεταφέρει στην κατά νόμο υγιεινή θερμοκρασία. Τούτο, ενώ η θερμοκρασία στην οποία η αναθέτουσα θα αποθηκεύσει τα είδη δεν αφορά τους προσφέροντες και τίθεται πέραν των όποιων εκ μέρους τους ορίων παραδεκτής αμφισβήτησης, αφού δεν αφορά ούτε την εκ μέρους τους συμμετοχή ούτε την επιλογή αναδόχου ούτε την εκ μέρους του αναδόχου, εκτέλεση. Συνεπώς, ο υπό 5.ii ισχυρισμός προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος, αλλά και αβασίμως, αφού άλλωστε, ούτε προμήθεια μη υγιεινώς διατηρημένων αγαθών επιτρέπει ούτε επιτρέπει την προσφορά αγαθών μη δυνάμενων να αντέξουν ως την ημερομηνία λήξης τους στην κατά νόμο υγιεινή θερμοκρασία ούτε εξάλλου, αναφέρει πως η αναθέτουσα θα τα διανείμει μετά από μη υγιεινή αποθήκευση εκ μέρους της ίδιας, πέραν του ότι τούτο θα προβαλλόταν εκ συμφέροντος τρίτου και άρα, απαραδέκτως. Άρα, ο υπό 5.ii ισχυρισμός είναι, σε κάθε περίπτωση, απορριπτός. Όσον αφορά τον υπό 6 ισχυρισμό της προσφυγής, ο όρος 2.3.4.2 της διακήρυξης όρισε, σχετικά με τα δείγματα για την προμήθεια γάλακτος, στο πλαίσιο των ομάδων 8 και 14, ότι «Τα δείγματα κατατίθενται στο Τμήμα Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων, της Διεύθυνσης Προμηθειών Αποθηκών του Δήμου ... (... , 1ος όροφος, ..., ...) επί αποδείξει ήτοι δελτίο αποστολής, εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών, μετά την υποβολή της προσφοράς (ώρες 8:00 π.μ. – 15:00 μ.μ.)....»

και άρα, τα δείγματα πρέπει να κατατεθούν μέχρι και την ώρα 15.00 της τρίτης εργάσιμης ημέρας μετά την υποβολή της προσφοράς κάθε διαγωνιζομένου, ενώ ο όρος 2.3.5.2 αναφέρει ως χρόνο προσκόμισης των στοιχείων της ηλεκτρονικής προσφοράς που υποβάλλονται και σε πρωτότυπη μορφή, την ημέρα και ώρα αποσφράγισης προσφορών, η οποία κατά τον όρο 3.1.1 λαμβάνει χώρα μετά από 3 εργάσιμες ημέρες από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Συνεπώς, αφενός ο όρος 2.3.5.2 αφορά έγγραφα που υποβλήθηκαν με την ηλεκτρονική προσφορά, στην έννοια των οποίων δεν περιλαμβάνονται τα εγγενώς αποκλειστικά σε πρωτότυπη μορφή υποβαλλόμενα δείγματα αγαθών, αφετέρου, το ανωτέρω σημείο περί χρόνου και τόπου υποβολής δειγμάτων του όρου 2.4.3.2 είναι σαφώς ειδικός και άρα, ακόμη και αν υπήρχε άλλη γενική διάταξη για την υποβολή πρωτοτύπων στοιχείων στη διακήρυξη, ούτως ή άλλως με σαφήνεια υπερισχύει ως προς τα δείγματα και δη, τον τόπο και προθεσμία υποβολής τους, ο ειδικός περί τούτου, όρος, χωρίς να δημιουργείται καμία αντίφαση ή ευλόγως δυσχεραίνουσα την προσφορά, ασάφεια. Άρα, ο υπό 6 ισχυρισμός της προσφυγής είναι απορριπτέος. Όσον αφορά τον υπό 7 ισχυρισμό της προσφυγής, η σελ. 113 της διακήρυξης ως προς την παράδοση αγαθών «Για τη Δ/ση Παιδικής Ηλικίας Παιδείας Και Δια Βίου Μάθησης – Τμήμα Παιδικών Εξοχών», αναφέρει ότι «Η παράδοση της προμήθειας των ειδών τροφίμων θα γίνεται τμηματικά σύμφωνα με τις ανάγκες της υπηρεσίας. Η παράδοση των ειδών θα πραγματοποιείται στις Εγκαταστάσεις των παιδικών Εξοχών του Δήμου ... στ.. ... (... Τ.Κ. ...) ή σε οπουδήποτε άλλο χώρο υποδείξει η Υπηρεσία για την κάλυψη των αναγκών της. [...]». Η Υπηρεσία διατηρεί το δικαίωμα να αυξήσει ή να μειώσει τα σημεία παράδοσης από τον προμηθευτή στην περίπτωση που είναι αναγκαίο.», ενώ στις σελίδες 113-114 της διακήρυξης, «Για το ...» ορίζεται ως προς την παράδοση του γάλακτος, ότι «Η παράδοση του γάλακτος θα γίνεται από τον ανάδοχο προμηθευτή σε εβδομήντα δυο (72) σημεία διανομής τα οποία θα υπόδειξη η υπηρεσία. (Σχετικός πίνακας σημείων παράδοσης, επισυνάπτεται στην σχετική μελέτη της Υπηρεσίας του Δ.Β.Α.). Η υπηρεσία διατηρεί το δικαίωμα να αυξήσει ή να μειώσει τα σημεία παράδοσης από τον προμηθευτή

στην περίπτωση που είναι αναγκαίο.»), ενώ στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ, σελ. 262-269 της διακήρυξης υπάρχει πίνακας των σημείων διανομής του Δημοτικού Βρεφοκομείου που ευρίσκονται όλα εντός της Ουδόλως, σε αντίθεση με τις αιτιάσεις του προσφύγοντος, προκύπτει ασάφεια που δύναται να επηρεάσει τη σύνταξη τεχνικής και οικονομικής προσφοράς, από τις προβλέψεις περί των Παιδικών Εξοχών και του Βρεφοκομείου, ως προς δυνατότητα της υπηρεσίας να αυξομειώσει τα σημεία παράδοσης, δεδομένου ότι η αρμοδιότητα και τα χωρικά όρια των εγκαταστάσεων εξυπηρέτησης των 2 παραπάνω υπηρεσιών είναι όλως στενά και προσδιορισμένα ούτε από την πρόβλεψη περί των Παιδικών Εξοχών και την εξ αυτών δυνατότητα να υποδείξουν άλλο χώρο πέραν της συγκεκριμένης διεύθυνσης στη ..., αφού ούτως ή άλλως, είναι σαφές και αναμενόμενο ότι η όποια άλλη χωροθεσία παράδοσης είναι αδύνατον να απέχει σε σοβαρό και δυνάμενο να επηρεάσει τη σύνταξη προσφοράς, βαθμό από το καταρχήν σημείο, ακριβώς λόγω του όλως συγκεκριμένου και περιορισμένου χώρου ευθύνης και εγκαταστάσεων της υπηρεσίας. Άρα, ο υπό 7 ισχυρισμός είναι απορριπτέος. Ανευ εννόμου συμφέροντος προβάλλεται ο υπό 8 ισχυρισμός της προσφυγής, περί του ότι όσον αφορά την ΟΜΑΔΑ 19 ΠΑΡΑΣΚΕΥΑΣΜΕΝΑ ΑΤΟΜΙΚΑ ΕΔΕΣΜΑΤΑ ΑΣΤΕΓΩΝ, δεν προκύπτει με σαφήνεια η κατά την αξιολόγηση διασφάλιση καταλληλότητας παραγωγής γευμάτων, ο καθορισμός πέραν αμφιβολίας χρόνων παραγωγής, η μέθοδος συσκευασίας, η διαδικασία διανομής και διάθεσης και δεν ζητούνται τεκμηριωτικά τεχνικά φυλλάδια για την παραγωγή γευμάτων και τρόπος πιστοποίησης διαδικασίας διανομής για την απόδειξη τήρησης των εκ του ΕΦΕΤ προβλεπόμενων διαδικασιών, αφού οι οικείες αιτιάσεις αφενός δεν δύναται εξ αντικειμένου να αφορούν βλάβη ή δυσχέρεια του ενδιαφερομένου προς συμμετοχή, προς υποβολή λυσιτελούς προσφοράς, αφετέρου προβάλλονται εκ συμφέροντος τρίτου, αφού αφορούν διασφαλίσεις και συμφέρον εντός της σφαίρας ευθύνης της αναθέτουσας, χωρίς βλάβη για τους διαγωνιζόμενους. Όσον αφορά τον υπό 10 ισχυρισμό της προσφυγής, σχετικά με τις σελ. 138-139 της διακήρυξης-«ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ», που κατά το άρθρο 1 αυτής αφορά ειδικός την προμήθεια γάλακτος εβαπορέ 410 γρ.,

άρθρο 6ο αυτής, με τίτλο «ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» ότι έκαστος οικονομικός φορέας οφείλει να προσκομίσει με την προσφορά του μεταξύ άλλων και «IV. Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία θα δηλώνεται ότι: [...] • «Ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης εγκυτίωσης του προϊόντος ή ο επίσημος αντιπρόσωπος της έχει αποδεχθεί έναντι τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον προμηθευτή υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή».», ο ως άνω ισχυρισμός είναι απορριπτέος, διότι ο όρος δεν αναφέρεται σε όλα τα είδη της διαδικασίας, αλλά ειδικώς στα εκ φύσεώς τους διακινούμενα συσκευασμένα σε κούτες-κυτία με συσκευασίες περαιτέρω μεταλλικών δοχείων, γάλακτα εβαπορέ, περί των οποίων ο ως άνω όρος, περί υπεύθυνης δήλωσης της επιχείρησης εγκυτίωσης, είναι εύλογος, διότι η εγκυτίωση εγγενώς συναρτάται με την χονδρική πώληση στον ανάδοχο του γάλακτος εβαπορέ, το οποίο αφορά ο ανωτέρω όρος.

4. Επειδή, όσον αφορά τον υπό 2.1 ισχυρισμό της προσφυγής, ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης ορίζει ειδικώς για το τμήμα 14 ΓΑΛΑ ΕΒΑΠΟΡΕ της διαδικασίας και δη, κατ' ειδική διαφοροποίηση από τη γενικώς για όλα τα άλλα τμήματα, ζητούμενη εμπειρία, ότι «Οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν την κατάλληλη εμπειρία για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, όπως προκύπτει από την συστηματική πραγματοποίηση παρόμοιων παραδόσεων στο πρόσφατο παρελθόν. Ειδικότερα, θα πρέπει να έχουν πραγματοποιήσει, κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2019-2020-2021), έως τέσσερις (4) συμβάσεις ίδιου είδους (γάλα εβαπορέ συσκευασίας 410 γραμμαρίων), από τις οποίες να προκύπτει ελάχιστη συνολική ποσότητα ίση του 70% των ζητούμενων ποσοτήτων, κατανεμημένες ως εξής: - Το 50% των παραδοτέων ποσοτήτων να προκύπτει από μέχρι τρεις (3) συμβάσεις, οι οποίες θα πρέπει να έχουν εκτελεστεί εντός ενός (1) έτους, ήτοι 2019 ή 2020 ή 2021. - Το 20% των παραδοτέων ποσοτήτων να προκύπτει από μία (1) σύμβαση, η οποία θα πρέπει να έχει εκτελεστεί υποχρεωτικά εντός του έτους 2021. Προς άρση πάσης αμφιβολίας διευκρινίζεται ότι συμμετέχων που έχει πραγματοποιήσει παραδόσεις ελάχιστης συνολικής ποσότητας ίση του 70% των ζητούμενων ποσοτήτων, το οποίο θα προκύπτει από μέχρι τέσσερις (4)

συμβάσεις εντός του έτους 2021, πληροί το ως άνω τιθέμενο κριτήριο.» Άρα, προκύπτει, ότι ως απαιτούμενη εμπειρία ζητήθηκε η εντός του ως άνω διαστήματος εκτέλεση συμβάσεων που αφορούν όχι απλά το ίδιο εν γένει αγαθό, αλλά ακριβώς το ίδιο επιμέρους είδος που νυν ζητείται, ήτοι συγκεκριμένα γάλα τύπου εβαπορέ και μάλιστα, ακριβώς με τη νυν ζητούμενη συσκευασία, με αποτέλεσμα να αποκλείονται οικονομικοί φορείς που τυχόν έχουν εκτελεσμένες συμβάσεις που αφορούν παραδόσεις γάλακτος και δη, ζωικού γάλακτος υγρού (όχι τυχόν σκόνης ή υποκατάστατου γάλακτος ή προϊόντος με βάση το γάλα ή γαλακτοκομικού) συσκευασμένου σε αναλόγου ποσότητας συσκευασίες (δηλαδή, όχι χύδην γάλα ή συσκευασμένο σε τυχόν μερίδες των ολίγων γραμμαρίων ή σε δοχεία μεγάλου μεγέθους), για τον αποκλειστικό λόγο όχι μόνο ότι το γάλα που παρέδωσαν ήταν τυχόν φρέσκο παστεριωμένο ή υψηλής παστερίωσης ή μακράς διάρκειας, αλλά όχι ειδικώς εβαπορέ και επιπλέον και ασχέτως τούτου, διότι ακόμη και αν τυχόν έχουν παραδώσει εβαπορέ γάλα, παρέδωσαν αυτό σε συσκευασίες μικρότερες ή μεγαλύτερες των 410 γρ., δηλαδή πώλησαν γάλακτα εβαπορέ, που συνιστούν τυποποιημένης εκ του παραγωγού φύσεως, τα οποία παράγονται και συσκευάζονται από τον παραγωγό τους σε συσκευασίες ακόμη και εγγύς στα 410, αλλά όχι 410 γραμμάρια.. Τούτο, ενώ στην αγορά κυκλοφορούν ευρέως και από αξιόπιστες και γνωστές κατά την κοινή πείρα, παραγωγούς εταιρίες, γάλακτα εβαπορέ τα οποία διακινούνται σε συσκευασίες των 400 γρ., 405 γρ. και 500 γρ, που μάλιστα συσκευάζονται σε αντιστοίχου φύσης μεταλλικά κυτία, όπως αυτά των 410 γρ. συνήθως, ασχέτως ότι δεν τέθηκε απαίτηση για τη φύση της συσκευασίας, ως προς την προηγούμενη εμπειρία. Εξάλλου, είναι άλλο το ζήτημα η αναθέτουσα, στο πλαίσιο της διακριτικής της ευχέρειας να απαιτεί για τη νυν προμήθεια, να παραδωθούν γάλακτα σε συσκευασία των 410 γρ. και άλλο να ζητά η προηγούμενη εμπειρία του προσφέροντος να αφορά αποκλειστικά τη συγκεκριμένη κατά συγκεκριμένα γραμμάρια προσδιορισμένη συσκευασία. Ούτως, δεν προκύπτει κάποια εύλογη σύνδεση της ειδικής περί γραμμαρίων συσκευασίας προηγουμένως παραδοθέντων ειδών, με οιονδήποτε εύλογο αντικειμενικό σκοπό στο πλαίσιο της νυν διαδικασίας, ουδόλως δε

προκύπτει προς τι μεταβάλλεται η εμπειρία του οικονομικού φορέα από τη συσκευασία του αγαθού, πολλώ δε μάλλον από τα ακριβή γραμμάτια της συσκευασίας και από το αν είναι ακριβώς 410 ή τυχόν ελαχίστως λιγότερα ή περισσότερα. Εξάλλου, με τον τρόπο αυτό και δεδομένου ότι κάθε παραγωγός επιλέγει δικής του χωρητικότητας συσκευασία για το αγαθό του, εν τέλει αποκλείονται οικονομικοί φορείς που διαθέτουν ακόμη και τις νυν απαιτούμενες προηγούμενες συμβάσεις, για τον μόνο λόγο ότι τα προηγουμένως παραδοθέντα είδη ήταν προϊόντα παραγωγών που τυχόν επέλεξαν να συσκευάζουν τα προϊόντά τους σε διαφορετικής χωρητικότητας συσκευασία, αντιστοίχως δε, γίνεται δεκτή εμπειρία με παραδόσεις προϊόντων που παράγονται αποκλειστικά από συγκεκριμένο κύκλο παραγωγών. Τούτο δε, χωρίς όμως, βλ. ανωτέρω, να προκύπτει οιαδήποτε πρακτική διαφοροποίηση στην εμπειρία και τεχνική ικανότητα του οικονομικού φορέα, όπως αυτή στοιχειοθετείται κατά την προηγούμενη πώληση και παράδοση αντιστοίχων ειδών, εκ των γραμμαρίων της συσκευασίας των αγαθών που προηγουμένως εμπορεύθηκε. Περαιτέρω, δεδομένου ότι τα γάλακτα εβαπορέ διακινούνται και αποθηκεύονται συχνά εκτός ψυγείου, αναλόγως θερμοκρασίας περιβάλλοντος, (αφού η θερμοκρασία ασφαλούς αποθήκευσης για γάλα εβαπορέ είναι 21 βαθμοί Κελσίου, που δεν απαιτούν αναγκαία και σε κάθε περίπτωση και εποχή, ψύξη, ενώ η αντίστοιχη θερμοκρασία παστωριωμένου γάλακτος είναι από 0-1 βαθμούς Κελσίου, κατά το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 6, ΟΔΗΓΟΣ ΥΓΕΙΝΗΣ 9 του ΕΦΕΤ, βλ. και παρακάτω), αφενός δεν προκύπτει η συνάφεια με κάποιο εύλογα επιδιωκόμενο σκοπό, της ειδικής απαίτησης περί του συγκεκριμένου τύπου στις προηγούμενες παραδόσεις, σε σχέση με άλλους τύπους γάλακτος, που ομοίως δεν απαιτούν αποθήκευση εντός ψυγείου. αφετέρου και ενόψει ότι προφανώς οι διαχειριστικές και τεχνικές ικανότητες οικονομικού φορέα που διακινεί, χρήζοντα ψύξης γάλακτα, είναι κατά τεκμήριο απαιτητικότερες (με συναφή μείωση χρόνου ζωής προϊόντος, ανάγκη για αυξημένη ικανότητα ταχείας παράδοσης και ασφαλούς ενδιάμεσης αποθήκευσης και επίταση ευθύνης για καθυστερημένες παραδόσεις ή για χαλασμένα προϊόντα ή για κινδύνους υγείας καταναλωτών ή για λήξης του προϊόντος πριν την παράδοση), σε σχέση με τη διακίνηση

γαλάκτων που δεν απαιτούν τέτοια ψύξη και άρα, είναι ευχερέστερα ως προς τη διαχείριση, αποθήκευση, μετακίνηση, αλλά και τις πιθανότητες και τους ενδεχόμενους κινδύνους για εμφάνιση προβλήματος στην παράδοση και τα παραδιδόμενα αγαθά, εν τέλει ουδόλως προκύπτει για ποιο λόγο όχι απλώς ζητούνται ειδικώς τα παραδοθέντα είδη να είναι τύπου εβαπορέ, αλλά και αποκλείονται προηγούμενες παραδόσεις που αφορούν φρέσκο παστεριωμένο γάλα. Ουδόλως δε προκύπτει ή τυγχάνει επίκλησης από την αναθέτουσα, πέραν αορίστων και γενικών ισχυρισμών, τυχόν συγκεκριμένη και εύλογη δικαιολόγηση των ανωτέρω απαιτήσεων, ως προς την αναφορά τους ειδικά σε συγκεκριμένο τύπο γάλακτος, συγκεκριμένης συσκευασίας, αφού ουδόλως προκύπτει ειδικός χαρακτήρας και ειδικό πλαίσιο διαχειριστικών απαιτήσεων και αναγκών του συγκεκριμένου γάλακτος και της συγκεκριμένης συσκευασίας, ώστε τυχόν να θεωρηθεί πως η εμπειρία που κτήθηκε με παραδόσεις γάλακτος εβαπορέ τυγχάνει ουσιωδώς διαφορετική σε σχέση με όποια κτήθηκε με άλλο τύπο γάλακτος. Πολλώ δε μάλλον, δεν προκύπτει ότι διαφοροποιείται το είδος και η ποιότητα της εμπειρίας, αναλόγως γραμμαρίων συσκευασίας του γάλακτος εβαπορέ και ενώ σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας και του παρεμβαίνοντος, ναι μεν τα 410 γρ. αποτελούν συχνό τύπο συσκευασίας γάλακτος εβαπορέ, πλην όμως δεν αποτελούν τη μόνη και δη, τη μόνη, στο ανάλογο μέγεθος (βλ. ανωτέρω) και υφίστανται παραγωγοί και διακινούμενα μαζικώς στην αγορά τέτοια αγαθά γάλακτος εβαπορέ, που διακινούνται σε ακόμη και παραπλήσια, πλην διαφορετική συσκευασία, όπως επί παραδείγματι τα 400 γρ. Σημειωτέον δε, ότι ουδόλως ο παρεμβαίνων δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα, ο ίδιος προτείνοντας δικαιολόγηση επί ενός μη δικαιολογούμενου από την ίδια τη θέτουσα αυτόν, αναθέτουσα αρχή. Επιπλέον, ναι μεν η αναθέτουσα έχει καταρχήν ευχέρεια ορισμού των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, που κατ' άρ. 75 παρ. 1 και 4 Ν. 4412/2016, πρέπει να είναι εύλογα, αντικειμενικά συνδεδεμένα και αναλογικά, σε σχέση με τους δι' αυτών επιδιωκόμενους σκοπούς, ουδόλως όμως αυτή η ευχέρεια είναι ανέλεγκτη, αλλά ελέγχεται ως προς τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της, που ορίζονται ακριβώς εκ των παρ. 1 και 4 του άρ. 75 Ν. 4412/2016

(παρ. 1 «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.» και παρ. 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.»). Εν προκειμένω όμως, όπως βάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων, δεν προκύπτει αναλογικός χαρακτήρας της τόσο περιοριστικά διατυπωμένης, ως προς το αντικείμενο των παραδόσεων, αποδεκτής προηγούμενης εμπειρίας, ως προς την ευλόγως επιδιωκόμενη ανάγκη της διασφάλισης εμπειρίας για την εκτέλεση σύμβασης παράδοσης γάλακτος εβαπορέ. Τούτο διότι ναι μεν η αναθέτουσα ελευθέρως δύναται να επιλέξει το νυν εξ αυτής συγκεκριμένο κατά τύπο και συσκευασία, ζητούμενο είδος, αυτό όμως δεν σημαίνει ότι η κατάλληλη προς την παράδοση τέτοιου είδους εμπειρία, πρέπει αναγκαία να αφορά ακριβώς τον συγκεκριμένο τύπο και συσκευασία του γάλακτος, αφού ουδόλως προκύπτει οιαδήποτε ειδικότητα της συσκευασίας και του τύπου αυτού, ώστε να διαφοροποιείται ουσιωδώς η κτώμενη επί άλλου τύπου γάλακτος ή επί του ιδίου τύπου με άλλη συσκευασία, εμπειρία, από αυτή που θα επιστρατεύσει ο ανάδοχος και θα χρειαστεί, για να εκτελέσει εντέχνως τη νυν παράδοση ούτε προκύπτουν ειδικές διαχειριστικές, επιχειρησιακές, οργανωσιακές και τεχνικές ανάγκες, ικανότητες, που εμπλέκονται αποκλειστικά στην παράδοση του γάλακτος εβαπορέ 410 γρ., σε σχέση με τις εμπλεκόμενες σε προηγούμενη παράδοση άλλου τύπου ή άλλης συσκευασίας, γάλακτος. Επομένως, η απαίτηση η εμπειρία και οι ποσότητες για την ΟΜΑΔΑ 14 να αφορούν ειδικώς

παραδόσεις γάλακτος εβαπορέ 410 γρ. προκύπτει ως υπέρμετρα περιοριστική του ανταγωνισμού, αφού δεν αντισταθμίζεται από κάποια εύλογη και θεμιτή υπέρ της έντεχνης εκτέλεσης της συγκεκριμένης σύμβασης, ωφέλεια, αδικαιολόγητη και μη αντικειμενικά συνδεδεμένη με κάθε εύλογο, ως προς την εκτέλεση της νυν σύμβασης, σκοπό και άρα, είναι μη νόμιμη. Και ναι μεν η αναθέτουσα αρχή έχει την καταρχήν διακριτική ευχέρεια, όπως καταστρώσει τα ελάχιστα προσόντα εμπειρίας, τούτο όμως δεν σημαίνει πως οι απαιτήσεις αυτές δεν ελέγχονται για τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της ευχέρειας αυτής, η οποία προσδιορίζεται από το κατά πόσον οι απαιτήσεις αυτές τελούν υπό δικαιολόγηση και αντικειμενική σύνδεση με κάποιο ευλόγως επιδιωκόμενο και θεμιτό, δια της υπό ανάθεση συμβάσεως, σκοπό. Σημειωτέον δε, ότι οι παραπάνω απαιτήσεις τέθηκαν αποκλειστικά για την ομάδα 14, δηλαδή για το γάλα εβαπορέ ΜΑΠ, εκ του πλήθους ειδών που αφορά η διακήρυξη, μεταξύ των οποίων και όλως ευαίσθητα και χρήζουσα απαιτητικής διαχείρισης, αγαθά, όπως το νωπό κρέας, τα αβγά, το νωπό κοτόπουλο, ψάρια και οπωροκηπευτικά, αλλά και άλλα γαλακτοκομικά, όπως γιαούρτι, τυρί και γάλα υψηλής παστερίωσης, παγωτό / ΟΜΑΔΑ 10 ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ-ΓΑΛΑΚΤΟΚΟΜΙΚΑ, ΟΜΑΔΑ 17 ΠΑΓΩΤΑ, αλλαντικά εντός της ΟΜΑΔΑΣ 8, ενώ δεν ζητούνται τέτοιες προϋποθέσεις ούτε καν για τα διανεμόμενα σε μερίδες, εδέσματα αστέγων/ ΟΜΑΔΑ 19, αλλά ούτε για το γάλα εβαπορέ της ΟΜΑΔΑΣ 8, αλλά ειδικώς για το γάλα εβαπορέ ομάδας 14, ενώ για όλες της ομάδες πλην της 14, αρκεία εντός τριετίας, ήτοι 2019-2021, να έχουν εκτελεσθεί 2 συμβάσεις εν γένει συναφείς με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, συνολικής μάλιστα αξίας τουλάχιστον ίσης του 50% της άνευ ΦΠΑ εκτιμώμενης αξίας της ομάδας ή των ομάδων της προσφοράς. Περαιτέρω, τα κριτήρια επιλογής, όπως και αυτό της προηγούμενης εμπειρίας δεν δύνανται να καταλήγουν σε τεχνητά εμπόδια του ανταγωνισμού και εν προκειμένω, το όλο ανωτέρω πλαίσιο ειδικότερων σωρευτικών απαιτήσεων κατανομής εμπειρίας ουδόλως προκύπτει ως δικαιολογημένη και ανάλογη, με τους δια της διακήρυξης ευλόγως επιδιωκόμενους σκοπούς, περί ανάθεσης σε οικονομικό φορέα που δύναται να προβεί σε έντεχνη εκτέλεση, αφού βαίνουν και δη, κατά πολύ, πέραν του

εulόγου και αναγκαίου μέτρου, σε σχέση μάλιστα και με το αντικείμενο της νυν σύμβασης, στο πλαίσιο της ομάδας 14. Ακόμη, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, ο προσφεύγων δεν αποπειράται στην προδιαγραφή των απαιτήσεων στο πλαίσιο των δικών του αναγκών και δυνατοτήτων, αφού δεν προβάλλει χρεία αλλαγής απαιτήσεων σε συγκεκριμένο περιεχόμενο, αλλά προσβάλλει αφενός τη συγκεκριμένη επικέντρωση της ζητούμενης εμπειρίας αποκλειστικά σε γάλα συγκεκριμένου τύπου και συσκευασίας, αφετέρου την απαίτηση για συγκεκριμένη συγκέντρωση της εμπειρίας σε συγκεκριμένα ημερολογιακά έτη, εντός της τριετίας. Επιπλέον, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας και του παρεμβαίνοντα, ο προσφεύγων επικαλείται τους ισχυρισμούς του με έννομο συμφέρον, αφού κατά τη σελ. 5 της προσφυγής του επικαλείται ενδιαφέρον και δυνατότητα συμμετοχής στη διαδικασία και δη, για τα οικεία είδη, πλην όμως υφίσταται εκ των ανωτέρω προσβαλλόμενων όρων ουσιώδη δυσχέρεια για τη συμμετοχή του, ήτοι και όσον αφορά τον συγκεκριμένο όρο, ότι δυσχεραίνεται ουσιωδώς και αποκλείεται από την κατά τα ως άνω περιοριστική του διατύπωση, σχετικά με την εμπειρία σε συγκεκριμένο είδος και συσκευασία, αντί της αποδοχής εξ αυτού επίκλησης παραδόσεων και σε άλλους τύπους γάλακτος βλ. σελ. 8 προσφυγής, απαιτητικότερης διαχείρισης και αναγκών φερεγγυότητας και τεχνικής ικανότητας, φρέσκο γάλα ή και σε άλλες συσκευασίες πέραν της συγκεκριμένης των 410 γρ., ενώ άλλωστε, ούτως ή άλλως, μια τέτοια περιοριστική και δυσανάλογο διατύπωση, αναλόγως εμποδίζει και δη, σε μη εύλογο και δικαιολογημένο επίπεδο και την τυχόν αναζήτηση τρίτων συνεργατών προς δανεισμό εξ αυτών εμπειρίας για την πλήρωση του όρου, ούτως περαιτέρω παρεμποδίζοντας τη συμμετοχή. Συνεπεία των ανωτέρω, κατ' αποδοχή των αντιστοίχων αιτιάσεων του ισχυρισμού 2.1 της προσφυγής, οι ανωτέρω όροι του κριτηρίου 2.2.6 περί της ομάδας 14, σχετικά με την απαίτηση η εμπειρία αυτή να καλύπτει ειδικώς γάλα εβαπορέ 410 γρ., είναι ακυρωτέοι.

Όσον αφορά τον υπό 4 ισχυρισμό της προσφυγής, οι μεν όροι 2.2.5-2.2.6 περί κριτηρίων επιλογής χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας αντίστοιχα, ορίζουν ότι «Σε περίπτωση

ένωσης οικονομικών φορέων, η συγκεκριμένη ελάχιστη προϋπόθεση μπορεί να καλύπτεται από ένα ή περισσότερα μέλη της Ένωσης / κοινοπραξίας», ενώ αντίθετα και όπως η αναθέτουσα συνομολογεί με τις Απόψεις της, οι όροι 2.2.9.2.B3-B4 περί δικαιολογητικών οριστικής απόδειξης ακριβώς των ανωτέρω υπό 2.2.5 και υπό 2.2.6 κριτηρίων επιλογής αντίστοιχα, ορίζεται ότι ««Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων η συγκεκριμένη ελάχιστη προϋπόθεση πρέπει να καλύπτεται από όλα τα μέλη της ένωσης». Συνεπώς, οι μεν όροι 2.2.5 και 2.2.6 επιτρέπουν τη συμμετοχή ένωσης, με την πλήρωση των οικείων απαιτήσεων έστω και από ένα μέλος και όχι υποχρεωτικά, από όλα τα μέλη συγχρόνως, ενώ αντίστροφα, οι όροι 2.2.9.2.B3-B4 απαιτούν για τα ίδια ακριβώς προσόντα, την κατοχή και απόδειξή τους αυτοτελώς από κάθε επιμέρους μέλος συμμετέχουσας ένωσης. Αβασίμως, προβάλλει δε η αναθέτουσα, έλλειψη εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος, διότι δεν ασκεί προσφυγή ως ένωση ούτε επικαλείται επιδίωξη συμμετοχής μέσω ένωσης με άλλον ή άλλους οικονομικούς φορείς, αφού αφενός δεδομένου ότι η καταληκτική προθεσμία υποβολής προσφορών δεν έχει εισέτι λήξει, ο προσφεύγων ουδόλως αποκλείεται από τη δημιουργία ένωσης με άλλον οικονομικό φορέα για την πλήρωση επιμέρους απαιτήσεων ή την καλύτερη και λυσιτελέστερη εκτέλεση της σύμβασης ή αντιστοίχως συμμετοχή στη διαδικασία, από την οποία όμως δυνατότητα, εκ των προτέρων περιορίζεται και δυσχεραίνεται ουσιωδώς, καθώς δεν είναι γνωστό το κριτήριο με βάση το οποίο θα πρέπει να επιλεγεί το έτερο ή έτερα μέλη και ο κύκλος δυνατής επιλογής τέτοιου μέλους. Εξάλλου, δυσχεραίνεται εξ αρχής ουσιωδώς η ίδια η δυνατότητα, διαδικασία και απόφαση δημιουργίας τέτοιας ένωσης, με συνέπεια τον περιορισμό και τη δυσχέρεια και επί του ιδίου του προσφεύγοντος να συμμετάσχει με τον λυσιτελέστερο δυνατό για την προσφορά του τρόπο και να επιλέξει αν θα διαγωνισθεί στο πλαίσιο μιας τέτοιας ένωσης ή όχι, αφού υπό τη μία εκδοχή ανωτέρω, ήτοι των όρων 2.2.9.2.B3-B4,θα πρέπει κάθε μέλος ένωσης να πληροί μόνο του τα προσόντα των όρων 2.2.5 και 2.2.6, με επιπλέον συνέπεια να είναι αδύνατη η με ασφάλεια πρόβλεψη πώς θα αξιολογηθεί μια τέτοια προσφορά και αν η δημιουργία ένωσης εν τέλει θα

διευκολύνει τη συμμετοχή ή θα οδηγήσει σε αποκλεισμό. Αφετέρου, δημιουργείται και ασαφές έδαφος και περιθώριο αυθαιρεσιών, ως προς την αξιολόγηση των προσφορών, αφού και όσον αφορά τους τυχόν ανταγωνιστές-συνδιαγωνιζομένους είναι άγνωστο, αν αυτοί, εφόσον αποτελούν ενώσεις, θα κριθούν αποδεκτοί υπό τη μία ή την άλλη, αντίστροφη, εκδοχή, με συνέπεια σαφή κίνδυνο αδιαφάνειας και μη αντικειμενικότητας κατά την αξιολόγηση, όταν και το πρώτον η αναθέτουσα θα δύναται να επιλέξει μεταξύ των δύο αντίθετων προϋποθέσεων αποδοχής ή απόρριψης προσφορών. Σημειωτέον δε, ότι η αναθέτουσα ούτε δια των μη δημοσιευμένων ούτως ή άλλως προς κάθε ενδιαφερόμενο προς συμμετοχή και άρα, μη επαγομένων έννομες συνέπειες υπέρ και κατά κάθε τέτοιου ενδιαφερομένου, Απόψεις, ουδόλως αίρει την αντίφαση μεταξύ των δύο παραπάνω αντίθετων όρων και προϋποθέσεων, με συνέπεια να παραμένει άγνωστο, ακόμη και στο πλαίσιο της νυν εξέτασης και ασχέτως, μη δημοσίευσης των Απόψεων αυτών και μη παραγωγής συνεπειών ούτως, ως προς κάθε ενδιαφερόμενο προς προσφορά, πώς θα αξιολογηθούν προσφορές ενώσεων, ως προς την κάλυψη των ανωτέρω κριτηρίων επιλογής. Άρα, κατ' αποδοχή του υπό 4 ισχυρισμού της προσφυγής, οι ανωτέρω όροι 2.2.5, 2.2.6, 2.2.9.2.B3-B4 είναι ακυρωτέοι, καθ' ο μέρος ειδικώς περιλαμβάνουν την ως άνω αντίφαση, σχετικά με τον τρόπο πλήρωσής των οικείων προσόντων, σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων.

Όσον αφορά τον υπό 9 ισχυρισμό της προσφυγής, η σελ. 125 της διακήρυξης του Παραρτήματος Ι, υπό «Α. ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΣΥΜΠΥΚΝΩΜΕΝΟΥ ΓΑΛΑΚΤΟΣ (ΤΥΠΟΥ ΕΒΑΠΟΡΕ) ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΔΙΚΑΙΟΥΧΟΥΣ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΥΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ... ΓΙΑ ΤΑ ΕΤΗ 2022-2023», ορίζει ότι «Το γάλα πρέπει να διατίθεται στην κατανάλωση μέσα σε μεταλλικά δοχεία, βάρους 410 gr. γάλακτος, σχήματος κυλινδρικού από αργίλιο ή άλλο μέταλλο, καλά επικασσιτερωμένο με κασσίτερο, που δεν περιέχει μόλυβδο ή ψευδάργυρο ή αλλά βαρέα μέταλλα σε ποσοστό ανώτερο από 0,5%», όμοιως δε και οι σελ. 307 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΙV ... και σελ. 381 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ V Κ.Υ.Α.Δ.Α. Επομένως, επετράπη το μεταλλικό δοχείο του γάλακτος εβαπορέ προς διανομή σε εργαζόμενους της ομάδας 14 να αποτελείται είτε από αργίλιο

(δηλαδή αλουμίνιο) είτε από κάθε είδους καταρχήν, μέταλλο, πλην μολύβδου, ψευδαργύρου ή άλλων βαρέων μετάλλων, που επιτρέπονται ως ποσοστό 0,5%. Το άρ. 22 ΜΕΤΑΛΛΑ ΚΑΙ ΚΡΑΜΑΤΑ του Κώδικα Τροφίμων και Ποτών, όπως ισχύει και δημοσιεύεται από την ΑΑΔΕ, ορίζει τα μέταλλα και κράματα εκ των οποίων επιτρέπεται να κατασκευάζονται τα υλικά, με τα οποία θα έλθουν σε επαφή τα τρόφιμα κατά την παραγωγή, μεταφορά και αποθήκευσή τους, όπως και οι επιτρεπόμενες επεξεργασίες τους, επιτρέπονται δε μόνο 4, υπό Α ως Δ, μέταλλα και κράματα μετάλλων και συγκεκριμένα Α. Αλουμίνιο – Κράματα Αλουμινίου, Β. Ανοξειδωτο χάλυβα, Γ. Κασσίτερο και Δ. Χαλκός – Ψευδάργυρος, Περαιτέρω, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, το ως άνω άρ. 22 ΚΤΠ αναφέρεται σε ποσοστό ως 0,5% μόνο για τον μόλυβδο και όχι για τον ψευδάργυρο, που επιτρέπεται μόνο στο επεξεργασμένο αλουμίνιο και τα κράματα αλουμινίου σε ποσοστό μέγιστης περιεκτικότητας 0,25% (ΠΙΝΑΚΕΣ 1, 2 και 3, ως άνω άρ. 22 ΚΤΠ), δηλαδή το μισό από το εν προκειμένω, επιτρεπόμενο. Επιπλέον, οι γενικές προβλέψεις και παραπομπές της διακήρυξης στον ΚΤΠ δεν αναιρούν το περιεχόμενο του ειδικού ως άνω ειδικώς περί δοχείων εβαπορέ γάλακτος, όρου και του δι' αυτού επιτρεπτού προσφοράς αγαθών συσκευασμένων σε δοχεία από μέταλλα μη προβλεπόμενα ως επιτρεπόμενα στον ΚΤΠ, ως και περιέχοντα ψευδάργυρο σε ποσοστό μεγαλύτερο του επιτρεπτού κατά τον ΚΤΠ, ως και περιέχοντα ψευδάργυρο σε κράματα μετάλλων και επεξεργασμένα μέταλλα, πέραν αυτών όπου επιτρέπει ο ΚΤΠ. Σημειωτέον δε, ότι ο υπό Δ επιτρεπόμενος καταρχήν ψευδάργυρος, απαγορεύεται κατά την παρ. Δ του άρ. 22 ΚΤΠ για άμεση επαφή με τρόφιμα, εκτός των αντικειμένων παραγωγής και επεξεργασίας ειδών καραμελοποίησης και προϊόντων μετά γλυκαντικών υλών για μια πενταετία από τη δημοσίευση του άρθρου 22 στην ΕτΚ, ως και με εξαίρεση τα μέσα μετάγγισης υγρών και τα δοχεία απόστασης και παραγωγής οιοπνευματωδών, κατηγορίες εξαιρέσεων, στις οποίες σαφώς το γάλα εβαπορέ δεν ανήκει, με συνέπεια να μην επιτρέπεται η χρήση ψευδαργύρου για επαφή με αυτό, πλην της συμπερίληψής του σε ποσοστό ως 0,25% σε δοχεία από επεξεργασμένο αλουμίνιο ή κράμα αλουμινίου. Εξάλλου, αορίστως και αλυσιτελώς η

αναθέτουσα αναφέρει την παραπομπή του άρ. 22 στο άρ. 21 και εξ αυτού στο άρ. 9 ΚΤΠ, το οποίο δεν ορίζει οτιδήποτε διαφορετικό για τα μέταλλα που χρησιμοποιούνται σε συσκευασίες μεταλλικών δοχείων που έρχονται σε επαφή με τρόφιμα και δη, ως προς τα ανωτέρω επιτρεπτά μέταλλα, κράματα και περιεκτικότητες τέτοιων ακριβώς δοχείων, περί των οποίων ειδικώς ορίζει το ως άνω άρ. 22 ΚΤΠ. Επιπλέον, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος, το γεγονός ότι απαιτείται το άλλο, πλην του αλουμινίου μέταλλο, να είναι επικασσιτερωμένο και να μην περιέχει μόλυβδο, ψευδάργυρο ή άλλα βαρέα μέταλλα άνω του 0,5%, δεν σημαίνει πως η απαίτηση συμμορφώνεται με τον ως άνω όρο του άρ. 22 ΚΤΠ που δεν αρκείται απλώς στις ως άνω προϋποθέσεις, αλλά προσδιορίζει κλειστό κύκλο δυνητικών μετάλλων ή κραμμάτων ως χημική βάση του μεταλλικού δοχείου και άρα, ουδόλως η επικασσιτέρωση και ο περιορισμός περιεκτικότητας μολύβδου, ψευδαργύρου ή άλλων βαρέων μετάλλων τρέπουν τον όρο περί επιτρεπτών «άλλων μετάλλων» της διακήρυξης σε νόμιμο και σύμφωνο με το άρ. 22 ΚΤΠ, πολλώ δε μάλλον δεν εξαντλούν τις απαιτήσεις του άρ. 22 ΚΤΠ περί επιτρεπτών μετάλλων. Τούτο, αφού αυτά περιορίζονται σε συγκεκριμένο κατάλογο αποδεκτών μετάλλων και κραμάτων και όχι σε κάθε είδους μέταλλα, αρκεί να είναι επικασσιτερωμένα ή να μην περιέχουν ψευδάργυρο, μόλυβδο ή άλλα βαρέα μέταλλα, άνω του 0,5% και τούτο, πέραν του ότι το όριο 0,5% επί του ψευδαργύρου και αυτοτελώς παραβαίνει τα όρια του άρ. 22 ΚΤΠ. Άρα, όπως βάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων, η διακήρυξη επιτρέπει τη συμμετοχή διαγωνιζομένων με προσφερόμενα αγαθά που δεν τηρούν και παραβαίνουν τις διατάξεις υγιεινής του ΚΤΠ, επιτρέποντας ούτως την προσφορά μη νόμιμων αγαθών και ούτως δυσχεραίνοντας προδήλως τη συμμετοχή του, ως και τη λυσιτέλεια αυτής ως προς την ανάθεση της σύμβασης, αφού δια του επιτρεπτού προσφοράς αγαθών που δεν συμμορφώνονται με τις ισχύουσες διατάξεις, ο προσφεύγων θα αναγκαστεί να ανταγωνιστεί διαγωνιζόμενους, που παρότι δεν δύνανται να προσφέρουν ή δεν προσφέρουν τυχόν νόμιμα αγαθά, θα δύνανται να αναλάβουν τη σύμβαση έναντι του ιδίου ή που θα έχουν την ευχέρεια προσφοράς αγαθών που δεν τηρούν τις παραπάνω νόμιμες προϋποθέσεις,

αποκτώντας τυχόν αθέμιτο και κυρίως, παράνομο πλεονέκτημα εις βάρος του. Και ναι μεν, ο προσφεύγων δεν έχει έννομο συμφέρον προβολής ισχυρισμών εκ συμφέροντος της αναθέτουσας, ήτοι καθ' ο μέρος δεν παραβιάζεται η δική του συμμετοχή, ως και ισχυρισμών περί χρείας επίταξης των προϋποθέσεων και προδιαγραφών συμμετοχής, πλην όμως, με έννομο συμφέρον και παραδεκτώς προβάλλει την παράλειψη θέσπισης εκ του νόμου υποχρεωτικών για τους προμηθευτές, ως προς την παροχή της οικείας υπηρεσίας και την προμήθεια του οικείου αγαθού ή τη θέσπιση υποχρεώσεων που υπολείπονται των εκ του νόμου απαραίτητων για τα προσόντα του αναδόχου ή τα χαρακτηριστικά του αγαθού, αφού ούτως, ήτοι δια της επιτρεπόμενης προσφοράς και συμμετοχής αγαθών και διαγωνιζομένων που δεν θα έπρεπε κατά νόμο να προσφέρονται ή να μετέχουν, αντίστοιχα, υφίσταται εν τέλει ο προσφεύγων αθέμιτο και δη, ερειδόμενο επί παράβασης των εκ του νόμου απαιτούμενων για την άσκηση της οικείας δραστηριότητας ή την εμπορία και διακίνηση της οικείας κατηγορίας και είδους αγαθών, προϋποθέσεων, ανταγωνισμό και ούτως και βλάβη και διακινδύνευση επί του προστατεύομενου κατ' άρ. 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 δικαιώματός του στην ανάληψη της σύμβασης, αφού διακινδυνεύει απώλεια αυτής από οικονομικό φορέα που δεν θα έπρεπε να έχει δικαίωμα συμμετοχής ή όπως, εν προκειμένω, από οικονομικό φορέα προσφέροντα αγαθά που δεν θα έπρεπε κατά νόμο να τύχουν διακίνησης, πώλησης και συμβασιοποίησης και άρα και αποδοχής από την αναθέτουσα. Άρα, κατ' αποδοχή του υπό 9 ισχυρισμού της προσφυγής, οι παραπάνω τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης περί σύστασης μεταλλικών δοχείων γάλακτος εβαπορέ, που αφορά την ομάδα 14 της διαδικασίας, είναι ακυρωτέες, καθ' ο μέρος κατά τα ανωτέρω επιτρέπουν την προσφορά αγαθών που διακινούνται συσκευαζόμενα σε δοχεία που κατά τα παραπάνω παραβαίνουν το άρ. 22 ΚΤΠ και δη, κατασκευάζονται από μέταλλα άλλα των επιτρεπόμενων και περιέχουν ψευδάργυρο άνω του 0,25% και επιπλέον επιτρέπουν χρήση ψευδαργύρου σε επαφή με το γάλα και σε άλλα κράματα ή δοχεία, πλην αυτών του αλουμινίου.

5. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, όσον αφορά τους κριθέντες ως βάσιμους στη σκ. 4 ανωτέρω ισχυρισμούς και καθ' ο μέρος στρέφεται κατά των εκεί αναφερόμενων ως ακυρωτέων όρων, να απορριφθεί δε ως προς τους λοιπούς ισχυρισμούς και προσβαλλόμενους επιμέρους όρους. Να απορριφθεί η Παρέμβαση, ως στρεφόμενη άλλωστε παραδεκτώς, κατά του μέρους της προσφυγής, που αφορά ειδικώς τις ομάδες 8 και 14 της διαδικασίας. Να ακυρωθεί η διακήρυξη, όσον αφορά τους ανωτέρω κατά τη σκ. 4, προσδιοριζόμενους επιμέρους όρους και τα επιμέρους ακυρωτέα σκέλη αυτών και συνεπεία τούτου, να ακυρωθεί η διακήρυξη εν όλω. Τούτο, διότι σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών και ανάδειξης αναδόχου, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να συνεχίσει τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως αποκλείοντας τους οικείους όρους, διότι τούτο θα κατέληγε να τροποποιήσει τα εφαρμοστέα στην εν λόγω διαδικασία κριτήρια (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκέψεις 92- 95). 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). Τούτο, αφού επιμέρους ανωτέρω ακυρωτέοι κατά τη σκ. 4 όροι, αφορούν μεταξύ άλλων και τα κριτήρια επιλογής και προδιαγραφές αφενός συμμετοχής στην ομάδα 14, που είναι εν όλω ακυρωτέα, όπως και κατ' αποδοχή του υπό 4 ισχυρισμού της προσφυγής, που αφορά ομοίως προϋποθέσεις συμμετοχής στη διαδικασία, αλλά ως προς κάθε ομάδα εν γένει. Άρα, σε κάθε περίπτωση, ύστερα από όσα κρίθηκαν ως ακυρωτέα στην ανωτέρω σκ. 4, η διακήρυξη είναι αναγκαία εν όλω ακυρωτέα.

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αρ. πρωτ. ... διακήρυξη της αναθέτουσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 15-7-2022.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ