

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 26.05.2022 με ΓΑΚ 739/27.05.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «ΔΗΜΟΥ ...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 03.06.2022 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση του αποσπάσματος από το Πρακτικό 21/2022 της συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής που επικύρωσε η απόφαση με α.π 7844/10-05-2022 της επιτροπής αξιολόγησης σύμφωνα με την οποία κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου της παρεμβαίνουσας.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον 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 €600,00.

Αριθμός απόφασης: 1094 /2022

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξη προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή ανοιχτός δημόσιος ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «Προμήθεια ειδών διατροφής για τους παιδικούς σταθμούς του Δήμου, για το Κοινωνικό Παντοπωλείο και φρέσκου γάλακτος για εργαζομένους του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων 2022». Ο κάθε ενδιαφερόμενος Οικονομικός Φορέας είχε το δικαίωμα συμμετοχής σε έναν ή και στους δύο διαγωνισμούς, δηλαδή είτε στην ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ [Α- Γ] ΤΡΟΦΙΜΑ ΠΑΙΔΙΚΩΝ ΣΤΑΘΜΩΝ - ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΙΔΩΝ ΔΙΑΤΡΟΦΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΟ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟ με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... και ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ [Β] ΦΡΕΣΚΟ ΓΑΛΑ ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΟΥΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΚΑΙ ΤΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ ΤΟΥ ΠΡΟΣΩΠΩΝ με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... και να υποβάλει προσφορά για μία ή περισσότερες κατηγορίες τροφίμων [Α-Β-Γ] και για ένα ή περισσότερα τμήματα ή υπό-τμήματα.

3. Επειδή, στο διαγωνισμό υπεβλήθησαν για την κατηγορία Β, δύο μόνο προσφορές, ήτοι της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας. Με την υπ.αριθμ. ... (ΑΔΑ ...)Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής εγκρίθηκε το πρακτικό Νο 1 περί «Ελέγχου δικαιολογητικών -Τεχνικής προσφοράς-Οικονομικής προσφοράς, για τον διαγωνισμό προμήθειας φρέσκου γάλακτος των εργαζομένων του Δήμου ... έτους 2022» όπου κρίθηκε τεχνικά αποδεκτή τόσο η προσφορά της προσφεύγουσας όσο και η προσφορά της παρεμβαίνουσας, ενώ αναδείχτηκε η τελευταία ως οριστική ανάδοχος για την προμήθεια φρέσκου γάλακτος για τους εργαζομένους. Στη συνέχεια της απόφασης αυτής ο προσωρινός ανάδοχος, ήτοι η παρεμβαίνουσα, κλήθηκε με την υπ.αριθμ. ... πρόσκληση να υποβάλλει εντός προθεσμίας δέκα (10) εργάσιμων ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην ανωτέρω διακήρυξη, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής τα πρωτότυπα ή αντίγραφα των απαραίτητων δικαιολογητικών. Με το απόσπασμα από το Πρακτικό 21/2022 της συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με θέμα «Έγκριση Πρακτικού Νο 2 ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης διαγωνισμού που αφορά στην «Προμήθεια φρέσκου γάλακτος των εργαζομένων Δήμου ... έτους 2022» επικυρώθηκε η

Αριθμός απόφασης: 1094 /2022

απόφαση με α.π 7844/10-05-2022 της επιτροπής αξιολόγησης σύμφωνα με την οποία κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου της παρεμβαίνουσας εταιρείας.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες στις 16.05.2022, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 26.05.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα προσδοκά την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ώστε να αναδειχθεί οριστική ανάδοχος για το υπό κρίση Β τμήμα του διαγωνισμού.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 27.05.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. 9634/03.06.2022 απόψεις της σχετικά με αυτήν, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 29.06.2022 το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημά της και η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στις 02.07.2022 το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημά της, τα οποία δεν λαμβάνονται υπόψη ως εκπροθέσμως ασκηθέντα σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ.1 του Ν.4412/2016.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 27.05.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 03.06.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος

Αριθμός απόφασης: 1094 /2022

της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει δεκτή η προσφορά της και έχει αναδειχθεί οριστική ανάδοχος.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί διότι δεν υπέβαλε το πιστοποιητικό ISO 22000:2018/HACCP με αποτέλεσμα να μην πληροί τα κριτήρια επιλογής του Άρθρου 2.2.7 της διακήρυξης. Ειδικότερα αναφέρει ότι η παρεμβαίνουσα *«δεν υπέβαλλε το πιστοποιητικό ISO 22000:2018 (HACCP) εταιρείας της, υποβλήθηκε μόνο το πιστοποιητικό ISO 22000:2018 της εταιρείας παραγωγής ... που αφορά μόνο την παραγωγή και όχι τη διακίνηση του προϊόντος στον τελικό καταναλωτή (εκτός εάν η διακίνηση γίνει και αυτή από την εταιρεία ...). Η προμήθεια τροφίμων αποτελεί μια ιδιαίτερη κατηγορία προμηθειών, με αυξημένες απαιτήσεις στην διασφάλιση της ποιότητας των προϊόντων καθώς σχετίζεται άμεσα με την δημόσια υγεία, πολύ δε περισσότερο όταν αυτή αφορά ένα τόσο ευπαθές προϊόν όπως το φρέσκο γάλα. Στα πλαίσια της ανωτέρω απαίτησης, ζητήθηκε από του συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς να προσκομίσουν πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας ISO 22000:2018 (HACCP) ή ισοδύναμο αυτού του προκειμένου να εξασφαλισθεί στο μέγιστο δυνατό η ποιότητα των προϊόντων. Η εξασφάλιση της ποιότητας των προϊόντων τα οποία προμηθεύονται οι τελικοί καταναλωτές όμως, προϋποθέτει την ύπαρξη πιστοποίησης σε κάθε στάδιο της εφοδιαστικής αλυσίδας από την παραγωγή έως την τελική διάθεση του προϊόντος που ξεκινά από την παραλαβή των*

Αριθμός απόφασης: 1094 /2022

πρώτων υλών, την αποθήκευση, την επεξεργασία, την τυποποίηση, τη διακίνηση και διανομή και την τελική διάθεση του προϊόντος. Μόνο όταν η πιστοποίηση καταλαμβάνει όλη την εφοδιαστική αλυσίδα διασφαλίζεται ότι το προϊόν που φτάνει στον τελικό καταναλωτή είναι όντως πιστοποιημένο, και τότε μόνο έχει νόημα η έννοια του πιστοποιημένου με ISO 22000:2018/HACCP προϊόντος. Όταν όμως οποιοδήποτε στάδιο από την παραγωγή μέχρι την τελική διάθεση εκτελείται από επιχείρηση που δεν είναι πιστοποιημένη προς τούτο, περιορίζεται η έκταση της πιστοποίησης και πλέον δεν μπορούμε να θεωρούμε το προϊόν πιστοποιημένο αφού δεν υπάρχει καμία εξασφάλιση ποιότητας σχετικά με τα στάδια που ακολουθούν την παραγωγή και μέχρι να φτάσει το προϊόν στον τελικό καταναλωτή. Στην περίπτωση δε όπως εν προκειμένω που κάποιο από τα παραπάνω στάδια δεν διενεργείται από εταιρεία πιστοποιημένη με ISO 22000:2018 (HACCP) δεν παρέχεται στην αα καμία εξασφάλιση ότι το τελικό παραδοθέν προϊόν είναι εν τέλει πιστοποιημένο. Η εξασφάλιση της ποιότητας των προϊόντων τα οποία προμηθεύονται οι τελικοί καταναλωτές, προϋποθέτει τον έλεγχο της αλυσίδας από την παραγωγή έως την τελική διάθεση του προϊόντος που ξεκινά από την παραλαβή των πρώτων υλών, την αποθήκευση, την επεξεργασία, την τυποποίηση, την φύλαξη, την συντήρηση και την τελική διάθεση. Σε πολλά είδη τροφίμων μέχρι την τελική διάθεση στον καταναλωτή μεσολαβούν διάφορα στάδια επεξεργασίας των οποίων την ποιότητα καλώς ήθελε ο Δήμος Πρέβεζας να εξασφαλίσει θέτοντας τους όρους της παραγράφου 2.2.7 σχετικά με τη ζητούμενη πιστοποίηση ασφάλειας τροφίμων. Συνοψίζοντας, ο προσωρινός ανάδοχος ... δεν κατέθεσε το απαιτούμενο πιστοποιητικό ISO 22000:2018 (HACCP) το οποίο να καλύπτει και τη διακίνηση των υπο προμήθεια ειδών, αλλά κατέθεσε μόνο της εταιρείας ... που αφορά μόνο την παραγωγή των ειδών (εκτός εάν και η διακίνηση γίνει από την εταιρεία ...). Ως εκ τούτου η έλλειψη πιστοποίησης από πλευράς της εταιρείας ... διακόπτει την αλυσίδα πιστοποίησης του προϊόντος και η α.α εσφαλμένα δεν απέρριψε την προσφορά της...»

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Το άρθρο 2.2.7 της διακήρυξης ορίζει ότι: «Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να συμμορφώνονται με τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας σύμφωνα με την μελέτη (Παράρτημα Ι της

Αριθμός απόφασης: 1094 /2022

παρούσας διακήρυξης). Η αναθέτουσα αρχή αναγνωρίζει ισοδύναμα πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από φορείς διαπιστευμένους από ισοδύναμους Οργανισμούς διαπίστευσης, εδρεύοντες και σε άλλα κράτη - μέλη. Επίσης, κάνει δεκτά άλλα αποδεικτικά στοιχεία για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν είχε τη δυνατότητα να αποκτήσει τα εν λόγω πιστοποιητικά εντός των σχετικών προθεσμιών για λόγους για τους οποίους δεν ευθύνεται ο ίδιος, υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα προτεινόμενα μέτρα διασφάλισης ποιότητας πληρούν τα απαιτούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας». Περαιτέρω, στην μελέτη – Παράρτημα Ι της διακήρυξης ορίζεται ότι «Ο προσφέρων θα πρέπει να δηλώνει στην πρόσφορα του το εργοστάσιο το οποίο κατασκευάζει το προσφερόμενο είδος και το οποίο θα διαθέτει ISO 22000 σε ισχύ ή αντίστοιχο ή ανώτερο πιστοποιητικό».

Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι το ISO 22000 που απαιτείται για την παραγωγή του προϊόντος πρέπει υποχρεωτικά να κατατεθεί και για την διακίνηση αυτού. Όμως ο ισχυρισμός της αυτός είναι αβάσιμος, διότι σε κανένα άρθρο της Διακήρυξης και του Παραρτήματος Ι αυτής δεν ορίζεται κάτι τέτοιο. Αντιθέτως ρητά απαιτείται η προσκόμιση ISO 22000 μόνο για το εργοστάσιο που κατασκευάζει το προσφερόμενο είδος. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε υπεύθυνη δήλωση όπου αναφέρει ότι το εργοστάσιο στο οποίο παρασκευάζεται το προσφερόμενο είδος είναι η ... και κατέθεσε το απαιτούμενο σχετικό ISO 22000:2018 αυτής, καλύπτοντας με αυτό τον τρόπο την απαίτηση της διακήρυξης. Επίσης, η προσφεύγουσα αβάσιμα αναφέρει ότι έχει νόημα η έννοια του πιστοποιημένου με ISO 22000:2018/HACCP του προϊόντος μόνο όταν περιλαμβάνει την παραγωγή έως την τελική διάθεση αυτού, διότι ο ισχυρισμός της αυτός αποτελεί μία αυθαίρετη ερμηνεία του άρθρου 2.2.7 της διακήρυξης, στο οποίο ορίζονται συγκεκριμένες απαιτήσεις κατά τον τρόπο που θεώρησε απαραίτητο η αναθέτουσα αρχή και αποδέχτηκε ανεπιφύλακτα η προσφεύγουσα με την συμμετοχή της στον υπό κρίση διαγωνισμό. Η παρεμβαίνουσα, όσον αφορά την διακίνηση του προϊόντος, έχει καταθέσει δύο Άδειες Καταλληλότητας οχημάτων για μεταφορά γαλακτοκομικών προϊόντων θεωρημένες από την αρμόδια Κτηνιατρική Υπηρεσία της ΠΕ ... και ως εκ τούτου αποδεικνύει ότι μπορεί να διακινήσει με ασφαλή και εγκεκριμένο τρόπο τα γαλακτομικά προϊόντα.

Αριθμός απόφασης: 1094 /2022

Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί ότι ήταν απαραίτητο η παρεμβαίνουσα ως προσωρινή ανάδοχος να προσκομίσει ISO 22000 για την ίδια σχετικά με την διακίνηση των γαλακτοκομικών προϊόντων, η έλλειψη αυτή δεν θα μπορούσε να οδηγήσει στην αυτόθροη απόρριψη της προσφοράς της και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή έχει την υποχρέωση πρώτα να την καλέσει σε σχετικές διευκρινίσεις ή και συμπληρώσεις σύμφωνα με τις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 που τροποποιήθηκαν από το άρθρο 43 του ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α΄36/9.3.2021) και εφαρμόζονται και στις εκκρεμείς, κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος τους (1η.6.2021), διαγωνιστικές διαδικασίες σύμφωνα με το άρθρο 22 παρ. 3 του Ν.4903/2022.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4 Ιουλίου 2022 και εκδόθηκε στις 25 Ιουλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ