

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε την 30-11-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Μαργαρίτα Κανάβα στη θέση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 24-10-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2001/25-10-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της υπ' αριθμόν ..... Διακήρυξης για την ....., εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 199.750 ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... την 8-10-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α .....

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. ....και ποσού 998,75 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, εμπρόθεσμα ασκείται η από 24-10-2021 προσφυγή, σε ημέρα Κυριακή, έναντι της παρεκτεινόμενης ως και 25-10-2021, ήτοι την επόμενη εργάσιμη ημέρα μετά την 23-10-2021, προθεσμίας κατά της από 8-10-2021 τελούσας σε γνώση του προσφεύγοντος (εντός του κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016 χρόνου παραγωγής τεκμηρίου γνώσης, κατόπιν της από 8-10-2021 δημοσίευσης) διακήρυξης, επικαλούμενου του ενδιαφερομένου προς συμμετοχή προσφεύγοντος και ήδη

μετέχοντος στη διαδικασία με επιφύλαξη ως προς τους προσβαλλόμενους δια της προσφυγής του όρους, ότι θίγεται λόγω άνισης μεταχείρισης, δυσαναλογίας και ασάφειας ως προς τους προσβαλλόμενους όρους. Άρα, η προσφυγή πρέπει να εξεταστεί κατ' ουσία, το δε ειδικότερο έννομο συμφέρον του ως προς καθένα προσβαλλόμενο όρο, θα εξεταστεί στο πλαίσιο των ειδικότερων ισχυρισμών της προσφυγής.

3. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο και τρίτο λόγο της προσφυγής, ο όρος 2.2.7 της διακήρυξης ορίζει ότι «Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να συμμορφώνονται με το Σύστημα Ανάλυσης Κινδύνων και Κρίσιμων Σημείων Ελέγχου (HACCP) ή ισοδύναμο, στο τομέα του αντικειμένου της σύμβασης, σε ισχύ ή να εφαρμόζουν κανόνες . Συγκεκριμένα, οι επιχειρήσεις πρέπει να έχουν εγκαταστήσει, να εφαρμόζουν και να αναθεωρούν σύστημα ανάλυσης κινδύνων και κρίσιμων σημείων ελέγχου (HACCP), στην έκταση που απαιτείται, ανάλογα με τη δυναμικότητα της επιχείρησης. Ειδικότερα: 2.2.7.1 Οι μεγάλης δυναμικότητας εταιρείες να προσκομίσουν βεβαίωση ανάπτυξης και εφαρμογής συστήματος που λειτουργεί βάσει των αρχών HACCP, από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης». 2.2.7.2 Οι μικρές και μικρομεσαίες επιχειρήσεις, εφόσον δεν διαθέτουν τέτοια βεβαίωση, θα προσκομίζουν αντ' αυτής τα παρακάτω: 2.2.7.2.1 Υπεύθυνη δήλωση, σύμφωνα με την οποία η επιχείρηση κατηγοριοποιείται ως μικρής δυναμικότητας, βάσει των κριτηρίων της αντίστοιχης απόφασης του ΕΦΕΤ. 2.2.7.2.2 Υπεύθυνη δήλωση ανάπτυξης και εφαρμογής συστήματος HACCP, όπως αυτό πρέπει να εφαρμόζεται από της μικρής δυναμικότητας εταιρείες, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην αντίστοιχη απόφαση του ΕΦΕΤ. Η ανάπτυξη και εφαρμογή συστήματος HACCP δύναται να επιβεβαιωθεί από την αρμόδια Κτηνιατρική Υπηρεσία ή/και από την αρμόδια επιτροπή της Στρατιωτικής Υπηρεσίας. Σε περίπτωση διαπίστωσης μη ανάπτυξης και εφαρμογής: 2.2.7.2.2.1 Προ της υπογραφής σύμβασης, η προσφορά του οικονομικού φορέα θα απορρίπτεται. 2.2.7.2.2.2 Μετά την υπογραφή σύμβασης, ο οικονομικός φορέας θα κηρυχθεί έκπτωτος και θα υποστεί τις προβλεπόμενες κυρώσεις.

Διευκρίνιση: Σε περίπτωση που πιστοποιητικό /-ά ή δικαιολογητικό /-ά βρίσκεται /-ονται σε διαδικασία έκδοσης ή ανανέωσης, ο πάροχος υπηρεσιών οφείλει να προσκομίσει τη σχετική αλληλογραφία που θα αποδεικνύει τα αναφερόμενά του, καθώς και τη δέσμευση ότι το /-α αντίστοιχο /-α πιστοποιητικό –ά θα υφίσταται /-νται σε ισχύ τουλάχιστον για το χρονικό διάστημα της διάρκειας της σύμβασης, υποβάλλοντας ταυτόχρονα υπεύθυνη δήλωση ότι σε περίπτωση μη έκδοσης ή μη ανανέωσης αποδέχεται τις κυρώσεις που επιβάλλονται με την κείμενη νομοθεσία ως «έκπτωτου».

Διευκρίνιση: Σε περίπτωση που εταιρεία διαθέτει πιστοποίηση κατά ISO 22000, σύμφωνα με το οποίο εφαρμόζει αποδεδειγμένα τις διαδικασίες HACCP, τότε δεν απαιτείται η κατάθεση του δευτέρου δηλ. του πιστοποιητικού HACCP.». Ενώ ο προσφεύγων βάζει κατά της διαφοροποίησης αποδεικτικών απαιτήσεων σε σχέση με τις μεγάλης δυναμικότητας εταιρίες και τις μικρές/μικρομεσαίες επιχειρήσεις κατά τον ανωτέρω όρο, ως και την αοριστία της μεταξύ τους διάκρισης και του κριτηρίου κατάταξης στη μία ή την άλλη κατηγορία, προς τον σκοπό εφαρμογής των εκατέρωθεν διαφορετικών απαιτήσεων, εν τέλει ο μόνος έτερος διαγωνιζόμενος πλην του ιδίου, όπως προκύπτει από την αποσφράγιση προσφορών, έχει υποβάλει με την από 17-11-2021 προσφορά του, ISO 22000:2018 με έναρξη ισχύος την 12-11-2021, ήτοι εν ισχύ κατά την ολοκλήρωση και υποβολή της προσφοράς και διάρκεια ως 9-12-2022, για πεδία εφαρμογής «Τεμαχισμός Κρέατος, Παραγωγή Κιμά και Παρασκευασμάτων από Κρέας Οπληφόρων και Κρέας Πουλερικών» και άρα, ασχέτως επάρκειας του πιστοποιητικού, διαγωνίσθηκε με το ως άνω πιστοποιητικό που ζητείται ως αυστηρότερη απαίτηση για τις μεγάλες επιχειρήσεις, ασχέτως αν είναι ή αν δεν είναι μικρή/μικρομεσαία, χωρίς χρήση της δυνατότητας, αν τυχόν είναι τέτοια επιχείρηση, υποβολής σχετικής υπεύθυνης δήλωσης. Επομένως, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί των ανωτέρω όρων, προβάλλονται πλέον, κατά τον κρίσιμο ως προς τη συνδρομή εννόμου συμφέροντος, άνευ βλάβης του και άρα, απαραδέκτως, καθώς δεν υφίσταται ενδεχόμενο απώλειας της υπό ανάθεση σύμβασης από συνδιαγωνιζόμενο που δεν υπέβαλε το ως άνω πιστοποιητικό και

χρησιμοποίησε τυχόν ασαφώς ως προς τον κύκλο των δικαιουμένων να τη χρησιμοποιήσουν, άνισα ευνοϊκή πρόβλεψη περί υποβολής υπευθύνου δηλώσεων αντί πιστοποιητικού για τα οικεία προσόντα. Συνεπώς, οι ως άνω ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι. Ομοίως απορριπτέος είναι και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής περί άνισης μεταχείρισης εις βάρος οικονομικών φορέων χωρίς εγκατάσταση στη νήσο ....., όπου και θα λάβει χώρα η προμήθεια, λόγω της φύσης του συμβατικού αντικειμένου, ως αφορώντος νωπά και όχι κατεψυγμένα κρέατα.. Απαραδέκτως, ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς που υπεισέρχονται στην ανέλεγκτη σφαίρα τεχνικής κρίσης και σκοπιμότητας της αναθέτουσας, ως προς τον καθορισμό του ιδίου του φυσικού αντικειμένου και της φύσης των υπό προμήθεια αγαθών και τούτο ενώ οιοδήποτε συμφέρον ενδιαφερομένου προς ανάληψη μιας δημόσιας σύμβασης δύναται να υπερκεράσει τον σκοπό της προμήθειας, ήτοι την υλοποίηση απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί εξυπηρέτησης των αναγκών της με συγκεκριμένης φύσης είδη, εν προκειμένω νωπά έναντι κατεψυγμένων. Τούτο ενώ ο προστατευτέος κατά το προσυμβατικό στάδιο ανταγωνισμός, αφενός αυτονόητα προϋποθέτει πρόθεση προσφοράς αγαθών και υπηρεσιών του ιδίου κλάδου με αυτόν του συμβατικού αντικειμένου, αφετέρου το επίπεδο προστασίας του είναι τέτοιο, ώστε να διασφαλίζεται ότι είναι ισότιμος και όχι αναγκαία ίσος, ήτοι ότι εξασφαλίζει ίσες πιθανότητες ανάληψης της σύμβασης με ίδιες συνθήκες διάρθρωσης προσφοράς για κάθε πιθανό διαγωνιζόμενο. Ο δε ανταγωνισμός, ακόμη και όταν είναι αποτελεσματικός και ανόθευτος, ουδόλως αποκλείει, αλλά ενέχει και ως αυτονόητο στοιχείο του, πως ορισμένοι ανταγωνιστές διαθέτουν σχετικό συγκριτικό πλεονέκτημα έναντι άλλων, αναλόγως μορφής, φύσης, συνθηκών και περιβαλλοντικών παραμέτρων του αντικειμένου για το οποίο ανταγωνίζονται, ήτοι εν προκειμένω για την ανάληψη της προκείμενης σύμβασης. Εξάλλου, ναι μεν ο προσφεύγων ναι μεν έχει κάθε δικαίωμα να μετέχει σε μια διαδικασία τέτοιων ειδών σε περιοχή, όπου δεν διαθέτει εγκατάσταση, αυτονόητα όμως, όπως θα συνέβαινε και έναντι ενός ιδιώτη αντισυμβαλλομένου, η επιλογή του να αναλάβει τέτοια σύμβαση ενέχει την υποχρέωση εξασφάλισης διαθεσιμότητας των αγαθών, η οποία με τη σειρά της

θέτει, ακριβώς ένεκα της μη γεινιάζουσας τυχόν εγκατάστασης του με τον χρόνο παράδοσης, πρόδηλους περιορισμούς, δαπάνες και υποχρεώσεις ως εκ της φύσης του αγαθού και όχι λόγω τεχνητών εμποδίων που η αναθέτουσα δημιούργησε, χωρίς να εξυπηρετούν τον σκοπό της. Προδήλως εκ συμφέροντος τρίτου, ως και αορίστως προβάλλει ο προσφεύγων κίνδυνο μη ανάλωσης των νυν ζητούμενων ποσοτήτων νωπών κρεάτων και αδυναμία διαχείρισης αυτών. Ομοίως αυτονόητο είναι πως τα κατεψυγμένα κρέατα δεν συνιστούν ίδιας φύσης αγαθό με τα νωπά κρέατα, ώστε η μη αποδοχή των πρώτων έναντι των δεύτερων, να συνιστά τεχνητό εμπόδιο συμμετοχής, παρά είναι σαφές ότι συνιστούν προϊόντα διαφορετικής φύσης, κλάδου, συνθηκών διαχείρισης, τρόπου χρήσης και προορισμού και ουδόλως, οι αναθέτουσες οφείλουν να δικαιολογούν ειδικώς, για ποιο λόγο προτιμούν να σιτίζουν τον υπό την εποπτεία τους πληθυσμό με νωπά αντί κατεψυγμένα προϊόντα και ενώ άλλωστε, η προδιαγραφή περί «νωπού» χαρακτήρα των κρεάτων δεν ανάγεται κατ' άρ. 54 Ν. 4412/2016 σε κάποια ιδιαίτερη τεχνική, μέθοδο και συγκεκριμένο παραγωγό. Επομένως, ο δεύτερος συναφής λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος. Όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, περί μη συμπερίληψης στο κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας, των υποχρεώσεων του Ν. 4819/2021, που αντικατέστησε τον Ν. 2939/2021 και περί μη πρόβλεψης εκ της αναθέτουσας ελέγχου αρχείου εγγεγραμμένων παραγωγών στο Εθνικό Μητρώο Παραγωγών Συσκευασιών και άλλων Προϊόντων, ως και ελέγχου συμμόρφωσης με την οικεία νομοθεσία, μέσω της μνείας στη σύμβαση του οικείου αριθμού εγγραφής του αναδόχου, προκύπτουν τα εξής. Το άρ. 130 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «Οι αναθέτουσες αρχές επιβάλλουν τον όρο ότι κατά την εκτέλεση της σύμβασης ο ανάδοχος τηρεί τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικοασφαλιστικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α΄. Ειδικά: ... β) στις συμβάσεις προμηθειών προϊόντων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 2939/2001, επιπλέον

του όρου του πρώτου εδαφίου περιλαμβάνεται ο όρος ότι ο ανάδοχος υποχρεούται κατά την υπογραφή της σύμβασης και καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης να τηρεί τις υποχρεώσεις των παραγράφων 2 και 11 του άρθρου 4β ή και της παρ. 1 του άρθρου 12 ή και της παρ. 1 του άρθρου 16 του ν.2939/2001. Η τήρηση των υποχρεώσεων ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή μέσω του αρχείου δημοσιοποίησης εγγεγραμμένων παραγωγών στο Εθνικό Μητρώο Παραγωγών (ΕΜΠΑ) που τηρείται στην ηλεκτρονική σελίδα του Ε.Ο.ΑΝ. εντός της προθεσμίας της παραγράφου 4 του άρθρου 105 και αποτελεί προϋπόθεση για την υπογραφή του συμφωνητικού, στο οποίο γίνεται υποχρεωτικά μνεία του αριθμού ΕΜΠΑ του υπόχρεου παραγωγού. Η μη τήρηση των υποχρεώσεων του προηγούμενου εδαφίου έχει τις συνέπειες της παραγράφου 5 του άρθρου 105. Οι όροι της παρούσας παραγράφου αναφέρονται ήδη στα έγγραφα της σύμβασης.».

Επομένως, όντως η υπό ανάθεση σύμβαση υπάγεται στην περ. β' της παρ. 1 άρ. 130 Ν. 4412/2016 και άρα, η αναθέτουσα οφείλει να ελέγξει τις οικείες υποχρεώσεις στο πλαίσιο όσων σχετικώς ορίζει η ανωτέρω διάταξη. Πλην όμως, το γεγονός πως εν προκειμένω, στη διακήρυξη δεν περιλαμβάνεται πανηγυρικός τέτοιος όρος ή δεν μνημονεύονται ή εκ του ως άνω άρ. 130 Ν. 4412/2016 παραπεμπόμενες διατάξεις της σχετικής νομοθεσίας του Ν. 2939/2021 και των νομοθετημάτων που τον αντικατέστησαν, δεν συνεπάγεται μη εφαρμογή και παρέκκλιση της νυν διαδικασίας από τις υποχρεώσεις του άρ. 130 Ν. 4412/2016, αφού ο Ν. 4412/2016 ρητά, κατά τον όρο 1.4 της διακήρυξης, συνιστά μέρος του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας και άρα, εφαρμόζεται όπου η διακήρυξη δεν έχει ορίσει κατ' ειδικότερο ή διαφορετικό από τις ρυθμίσεις του νόμου, τρόπο, όπως δεν συμβαίνει πάντως εν προκειμένω. Συνεπώς, η μη συμπερίληψη ρητής αναφοράς περί των ανωτέρω δεν συνεπάγεται μη εφαρμογή των οριζόμενων στο άρ. 130 παρ. 1 περ. β' Ν. 4412/2016 στην προκείμενη διαδικασία και άρα, άνευ εννόμου συμφέροντος και απαραδέκτως, προβάλλεται ο ως άνω λόγος της προσφυγής. Συνεπώς, η προσφυγή είναι στο σύνολο της απορριπτήα.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή..

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 30-11-2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ**