

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13-4-2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου – Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή – Εισηγήτρια και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 4-3-2021 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 474/5-3-2021 της εταιρίας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθ. πρωτ. «...» διακήρυξη του «...» για την ανάδειξη αναδόχου προμήθειας γάλακτος δικαιούχων εργαζομένων και ειδών αρτοποιαλείου για τις ανάγκες του «...» και του Ν.Π. «...», κατά το μέρος που πλήττεται με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ήτοι ως προς την Ομάδα Α' - Τμήματα 1, 2 και 3, προκειμένου να ανακληθούν ή, άλλως, να τροποποιηθούν από την αναθέτουσα αρχή οι προσβαλλόμενοι όροι του κανονιστικού κειμένου του διαγωνισμού.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...»), ποσού 1.625,00€, δοθέντος ότι η συνολική προϋπολογισθείσα αξία των τριών τμημάτων στα οποία αφορά η υπό κρίση προσφυγή ανέρχεται στο ποσό των 324.932,00 πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ.

Αριθμός απόφασης: 809/2021

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 19-2-2021, γνώση αυτής, κατά δήλωσης της προσφεύγουσας, έλαβε η προσφεύγουσα στις 23-2-2021, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 4-3-2021.

5. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για την άσκηση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι αυτή, ως δηλώνει, δραστηριοποιείται στον τομέα της εμπορίας τροφίμων, μεταξύ των οποίων του γάλακτος και των γαλακτοκομικών προϊόντων, πλην όμως βλάπτεται σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού που προσβάλλει, διότι αυτοί δεν της επιτρέπουν και, πάντως, δυσχεραίνουν ουσιωδώς την κατάρτιση προσφοράς εκ μέρους της.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή «...» με την υπ' αρ. «...» διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό διεθνή διαγωνισμό, μέσω ΕΣΗΔΗΣ, για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης «...». Ο συνολικός ενδεικτικός προϋπολογισμός της προμήθειας ανέρχεται στη συνολική δαπάνη ποσού 377.402,00 ευρώ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Κατά το Παράρτημα Α της διακήρυξης ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε τμήματα και δη η ΟΜΑΔΑ Α' ΦΡΕΣΚΟ ΠΑΣΤΕΡΙΩΜΕΝΟ ΓΑΛΑ, στην οποία αφορά η υπό κρίση προσφυγή, περιλαμβάνει ΤΜΗΜΑ 1ο - ΤΜΗΜΑ 2ο και ΤΜΗΜΑ 3ο και αφορά ΓΑΛΑ ΦΡΕΣΚΟ ΠΑΣΤΕΡΙΩΜΕΝΟ (3,5% και 1,5% λιπαρά) ΠΕΝΤΕ ΗΜΕΡΩΝ, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας των τριών αυτών τμημάτων 324.932,00 πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Στο διαγωνισμό μπορούν να υποβληθούν προσφορές για ένα ή περισσότερα ή και όλα τα τμήματα (με το σύνολο των ειδών που έκαστο Τμήματα περιλαμβάνει). Σημειώνεται ωστόσο ότι στην περίπτωση που υποψήφιος ανάδοχος καταθέτει προσφορά σε περισσότερα του ενός τμήματα του διαγωνισμού, στα οποία υπάρχουν είδη με τις ίδιες ακριβώς προδιαγραφές

Αριθμός απόφασης: 809/2021

και συσκευασίες τόσο για το «...» όσο και για το Ν.Π.Δ.Δ (ενδεικτικά αναφέρονται ΓΑΛΑ) επί ποινή αποκλεισμού υποχρεούται να προσφέρει τις ίδιες τιμές μονάδος. Η σύμβαση θα ανατεθεί με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής η οποία θα δοθεί η οποία θα με τιμές μονάδος για τα είδη παστεριωμένο γάλα. Η προκήρυξη της σύμβασης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) με ΑΔΑΜ «...» και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. με συστημικό αύξοντα αριθμό «...». Καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών ήταν στις 18-3-2021, η οποία μετατέθηκε για τις 13-5-2021.

7. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω διακήρυξης υποστηρίζοντας τα ακόλουθα: Η προσφεύγουσα, επικαλούμενη τα άρθρα 18, 53, 54 και 94 του ν.4412/2016, ως και το Παράρτημα VII του Προσαρτήματος Α του ίδιου νόμου, ισχυρίζεται ότι «.....γ. Σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου 4254/2014 σχετικά με την άρση των περιορισμών του ανταγωνισμού στον κλάδο της εμπορίας γαλακτοκομικών προϊόντων, έχουν οριστεί οι προδιαγραφές καταλληλότητας και ασφάλειας που πρέπει να πληροί το παστεριωμένο γάλα, προκειμένου να κυκλοφορεί νόμιμα στην αγορά. Ειδικότερα, προβλέπεται ότι τούτο θα πρέπει: α) να έχει υποβληθεί σε επεξεργασία που περιλαμβάνει την έκθεση σε υψηλή θερμοκρασία για μικρό χρονικό διάστημα (+71,7 βαθμούς Co τουλάχιστον για 15 δευτερόλεπτα) ή σε χαμηλή θερμοκρασία για μεγάλο χρονικό διάστημα (+63 βαθμούς Co τουλάχιστον για 30 λεπτά) ή σε διαδικασία παστερίωσης που χρησιμοποιεί διαφορετικούς συνδυασμούς χρόνου και θερμοκρασίας μεταξύ των δύο παραπάνω συνθηκών για την επίτευξη ισοδύναμου αποτελέσματος, β) να παρουσιάζει αρνητική αντίδραση στη δοκιμασία φωσφατάσης και θετική στη δοκιμασία υπεροξειδάσης, γ) να ψύχεται το συντομότερο δυνατόν αμέσως μετά την παστερίωση σε θερμοκρασία που δεν υπερβαίνει τους +6 βαθμούς Co, στην οποία και συντηρείται έως και επτά (7) μέρες. Επικαλούμενη τις ανωτέρω νομοθετικές διατάξεις, η αναθέτουσα αρχή διαμόρφωσε κατ' αρχήν με βάση αυτές τις τεχνικές προδιαγραφές που προέβλεψε για τα τμήματα 1, 2 και 3 της προμήθειας, διαφοροποιούμενη, ωστόσο, ως προς το μέγιστο απαιτούμενο χρόνο διάρκειας ζωής που θα αναγράφεται στη συσκευασία του

Αριθμός απόφασης: 809/2021

προσφερόμενου «φρέσκου παστεριωμένου γάλακτος 3,5% και 1,5% λιπαρών», η οποία προβλέφθηκε να είναι πέντε (5) ημερών αντγιών επτά (7) ημερών που ήδη ορίζει ο νόμος. Πλην όμως, όπως πιο πάνω αναφέρθηκε, μετά τη θέσπιση της διάταξης της υποπαραγράφου ΣΤ8 της παρ. ΣΤ του Ν. 4254/ 2014, η οποία ακριβώς αποσκοπούσε στην άρση των εμποδίων στον ανταγωνισμό στον συγκεκριμένο τομέα, οι προβλεπόμενες βάσει αυτής προδιαγραφές επεξεργασίας (παστερίωσης) του γάλακτος, επιτρέπουν την ασφαλή συντήρηση του παστεριωμένου γάλακτος σε συνθήκες ψύξης έως επτά (7) ημέρες, χωρίς να προκαλείται ουδεμία υποβάθμιση των ποιοτικών χαρακτηριστικών ή της ασφάλειας του προϊόντος. Αντιστοίχως, το σύνολο σχεδόν των γαλακτοβιομηχανιών που δραστηριοποιούνται στην ελληνική αγορά στον τομέα της παραγωγής και εμπορίας γαλακτοκομικών προϊόντων, σε συμμόρφωση προς τις προαναφερθείσες διατάξεις του νόμου, έχουν εκσυγχρονίσει και προσαρμόσει ανάλογα τον εξοπλισμό και τη γραμμή παραγωγής τους, ώστε να επιτυγχάνεται η παραγωγή φρέσκου παστεριωμένου γάλακτος με χρόνο ζωής επτά (7) ημερών, υπό συνθήκες ψύξης, το οποίο, κατά τα κοινώς γνωστά, είναι διαθέσιμο σε κάθε σημείο πώλησης εντός της χώρας (καταστήματα τροφίμων, γαλακτοπωλεία, super markets κ.λπ.). Επίσης, σύμφωνα με τις ίδιες διατάξεις, στη συσκευασία του γάλακτος αναγράφεται, ότι η συντήρησή του διαρκεί μέχρι 7 ημέρες, βάσει της ημερομηνίας παραγωγής και της καταληκτικής ημερομηνίας ανάλωσης. δ. Στην προκειμένη, λοιπόν, περίπτωση, η αναθέτουσα Αρχή, παρότι κατά τα λοιπά έχει υιοθετήσει τις ως άνω απαιτήσεις του Ν. 4254/2014, εντούτοις, κατά κακή ενάσκηση της διακριτικής της ευχέρειας, προέβλεψε ότι η μέγιστη διάρκεια ζωής του ζητούμενου φρέσκου παστεριωμένου γάλακτος θα είναι πέντε (5) ημέρες. Ωστόσο, με τη συγκεκριμένη πρόβλεψη της προσβαλλόμενης διακήρυξης θεσπίζεται αδικαιολόγητο εμπόδιο στην ανάπτυξη του ανταγωνισμού, διότι εμποδίζει τη υποβολή προσφοράς νομίμως κυκλοφορούντων και απολύτως ασφαλών προϊόντων, ήτοι φρέσκου παστεριωμένου γάλακτος το οποίο παράγεται και συντηρείται σύμφωνα με τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές των πιο πάνω διατάξεων του Ν. 4254/2014, με δυνατότητα συντήρησης επτά (7) ημερών, χωρίς υποβάθμιση της ασφάλειας ή των ποιοτικών του χαρακτηριστικών. Άλλωστε, επειδή ακριβώς δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι το γάλα που παράγεται και συντηρείται νόμιμα

Αριθμός απόφασης: 809/2021

επί επτά (7) ημέρες, σύμφωνα με τις ισχύουσες προδιαγραφές, είναι υποδεέστερο ή λιγότερο ασφαλές σε σχέση με το γάλα που έχει χρόνο ζωής πέντε (5) ημερών, είναι προφανές ότι δεν συντρέχει λόγος δημοσίου συμφέροντος ή άλλη αντικειμενικά δικαιολογημένη περίπτωση που θα δικαιολογούσε τη θέσπιση του πιο πάνω περιορισμού. Συνεπώς, δεν δικαιολογείται ο αποκλεισμός οικονομικών φορέων, όπως η Εταιρία μας, οι οποίοι διαθέτουν στην αγορά φρέσκο παστεριωμένο γάλα επτά (7) ημερών, παραγόμενο από νομίμως λειτουργούσες γαλακτοβιομηχανίες, αλλά ούτε και απορεί να απορρεύσει από την παράνομη αυτή προδιαγραφή υποχρέωση της Εταιρίας μας, και μάλιστα κατά τρόπο που συνιστά προφανές εμπόδιο στη δυνατότητα κατάρτισης προσφοράς, να αναζητά παραγωγούς οι οποίοι, ενδεχομένως, παστεριώνουν γάλα πέντε (5) ημερών, προκειμένου να έχει δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό. ε. Από το σύνολο, συνεπώς, των ανωτέρω, καθίσταται πρόδηλο ότι η επίμαχη τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία η ζητούμενη χρονική διάρκεια ζωής του προσφερόμενου φρέσκου παστεριωμένου γάλακτος πρέπει να είναι πέντε (5) ημέρες από την ημερομηνία παραγωγής του, καθίσταται ακυρωτέα ως θεσπισθείσα κατά κακή ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας Αρχής, καθώς ουδόλως δικαιολογείται η διαφοροποίηση σε σχέση με τις προβλέψεις του ΙΜ. 4254/2014, με αποτέλεσμα να περιορίζεται υπέρμετρα η ανάπτυξη υγιούς, ελεύθερου και πραγματικού ανταγωνισμού.».

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ.10923/11-3-2021 έγγραφό της απέστειλε τις απόψεις της προς την ΑΕΠΠ, τις οποίες κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ του ΕΣΗΔΗΣ στις 16-3-2021, και προς απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής προέβαλε τα ακόλουθα: «.....!) Επειδή, έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν των

Αριθμός απόφασης: 809/2021

διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Περαιτέρω, η θέσπιση όρων τεχνικής ικανότητας των προσφερόντων, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζεται ομοίως η γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το ενωσιακό δίκαιο, ότι οι όροι αυτού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕΛΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE και τη 2η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/EK). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕΛΣυν Τμ. Μείζονος-Επταμελούς Σύθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015). Εξάλλου κατά πάγια νομολογία έχει κριθεί ότι είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 Αριθμός Απόφασης: 270 /2019 19 Concordia, Συλλογή 2002, σ. 1-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C- 448/01 Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. Ι4527, σκέψη 34). Επιπλέον αξίζει να τονισθεί ότι στην υποπαράγραφο ΣΤ8 της παρ. ΣΤ του Ν 4254/2014 ρητά αναφέρεται μεταξύ των άλλων ότι το παστεριωμένο γάλα συντηρείται ΕΩΣ ΚΑΙ ΕΠΤΑ (7) ΗΜΕΡΕΣ, και από την διατύπωση αυτή προκύπτει ότι η Αναθέτουσας Αρχής ΔΕΝ υποχρεούται να ζητήσει διάρκεια ζωής του γάλακτος να είναι επτά (7) ημερών, αντίθετα έχει

Αριθμός απόφασης: 809/2021

την διακριτική ευχέρεια να ζητήσει διάρκεια ζωής του γάλακτος ΕΩΣ επτά (7) ημερών. Στην υπό κρίση περίπτωση, κρίθηκε από την πλευρά μας ότι καταλληλότερη είναι η ζητούμενη διάρκεια ζωής του γάλακτος πέντε (5) ημερών, προκειμένου να εξασφαλισθεί η προμήθεια καλής ποιότητας παστεριωμένου γάλακτος για τους δικαιούμενους εργαζόμενους και τα νήπια για τις ανάγκες του «...» και του Ν.Π. «...». Αξίζει δε επιπλέον να τονισθεί ότι στην ελεύθερη αγορά σήμερα υπάρχουν πολλές εταιρείες που προσφέρουν παστεριωμένο γάλα ΚΑΛΗΣ ΠΟΙΟΤΗΤΑΣ με διάρκεια ζωής πέντε (5) ημερών, γεγονός που επιπλέον αποδεικνύει ότι ΔΕΝ εμποδίζεται η ανάπτυξη του ανταγωνισμού!! II) Επιπλέον οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθούν ως νόμω και ουσία αβάσιμοι, αλλά και ως προβαλλόμενοι καταχρηστικά με στόχο την καταστρατήγηση της αρχής του ανταγωνισμού, για τους εξής νόμιμους και βάσιμους λόγους: Σύμφωνα με τα ανωτέρω λεπτομερώς αναφερόμενα, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη «...», αφορά ΕΠΑΝΑΛΗΠΤΙΚΟ Διαγωνισμό, ο οποίος, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 09/2021 (ΑΔΑ: «...») Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου μας, διεξάγεται με τους ίδιους όρους και τεχνικές προδιαγραφές που περιλαμβάνονται στην με αρ. «...» Απόφαση Οικον. Επιτροπής-Διακήρυξη του ΑΡΧΙΚΟΥ διαγωνισμού. Οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης «...» είναι ακριβώς ίδιοι με τους όρους της υπ' αρ. «...» Διακήρυξης, πλην όμως η προσφεύγουσα η οποία συμμετείχε και στον Αρχικό Διαγωνισμό- όπως και η ίδια συνομολογεί στην υπό κρίση προσφυγή της, ΟΥΔΕΠΟΤΕ προσέβαλλε τους συγκεκριμένους όρους της υπ' αρ. «...» Διακήρυξης μας, στον οποίο συμμετείχαν ΚΑΙ ΑΛΛΕΣ εταιρείες που προσφέρουν παστεριωμένο γάλα με διάρκεια ζωής πέντε [5] ημερών και αναπτύχθηκε ανταγωνισμός!! Και για τον επιπλέον αυτό λόγο οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθούν ως προβαλλόμενοι καταχρηστικά στην παρούσα φάση - με στόχο την καταστρατήγηση της αρχής του ανταγωνισμού.....».

9. 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,

Αριθμός απόφασης: 809/2021

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». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται 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.

10. Επειδή, όπως έχει νομολογιακά κριθεί, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως για την ανάθεση της συμβάσεως, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των απαιτήσεων που κρίνει πρόσφορες ή απαραίτητες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων των οποίων η προσφορά δεν πληροί τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι τεχνικές προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των προσώπων που δύνανται να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό [πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014]. Ελέγχονται, όμως, οι σχετικοί όροι της διακηρύξεως εάν τηρούν την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, καθώς και την αρχή της αναλογικότητας [πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 189/2015, 124/2015, 9/2015, 354/2014].

11. Επειδή, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους αιτιολογίας

Αριθμός απόφασης: 809/2021

(βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η δε Διοίκηση είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές τους δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάσει δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 307/2007, ΔΕφ. Πειραιά 80/2020).

12. Επειδή, συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις τεχνικές προδιαγραφές, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής απαιτήσεων που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3^η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurttemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: 809/2021

είναι εκείνη που καθορίζει τις ελάχιστες απαιτούμενες απαιτήσεις, οι οποίες, όμως και πρέπει να συνδέονται και να τελούν σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογούνται από τη φύση και το σκοπό της συγκεκριμένης σύμβασης. Επίσης, ως παγίως γίνεται δεκτό, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να επιδιώκουν το ευρύτερο δυνατό άνοιγμα της αγοράς στον ανταγωνισμό με σκοπό την προσέλκυση ευρύτερου φάσματος δυνητικών υποψηφίων. Συνεπώς, προς διασφάλιση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να θεσπίζουν απαιτήσεις που είναι αμερόληπτες, σαφείς και πλήρεις, και να αποφεύγουν την πρόβλεψη τυχόν περιορισμών συμμετοχής που δεν σχετίζονται με την καταλληλότητα του οικονομικού φορέα, καθόσον έτσι θεσπίζονται αυθαίρετοι και μη συναρτώμενοι προς τις συνθήκες και το είδος της σύμβασης φραγμοί (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 19ης Μαΐου 2009 στην υπόθεση C-53/07, Assitur Srl κατά Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, σκ. 16).

13. Επειδή, εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα Α της διακήρυξης όσον αφορά το ΓΑΛΑ ΦΡΕΣΚΟ ΠΑΣΤΕΡΙΩΜΕΝΟ θέτει τις εξής τεχνικές προδιαγραφές: *«-Το γάλα (3,5% και 1,5% λιπαρά) πρέπει να είναι παστεριωμένο και ομογενοποιημένο σύμφωνα με τις ισχύουσες προδιαγραφές του Π.Δ. 79/2007 - ΦΕΚ 95/Α/3.5.2007 και του Κώδικα Τροφίμων και Ποτών. Να είναι σε χάρτινη συσκευασία (κατάλληλης για τρόφιμα) του ενός (1) λίτρου, με καπάκι και να πληροί όλους τους κανόνες υγιεινής του Κώδικα Τροφίμων και Ποτών. -Να μην περιέχει πρόσθετες χρωστικές ουσίες και συντηρητικά τύπου Ε. -Να έχει υποβληθεί σε επεξεργασία που περιλαμβάνει την έκθεση σε υψηλή θερμοκρασία για μικρό χρονικό διάστημα (+71,7 βαθμούς Cο τουλάχιστον για 15 δευτερόλεπτα) ή σε χαμηλή θερμοκρασία για μεγάλο χρονικό διάστημα (+63 βαθμούς Cο τουλάχιστον για 30 λεπτά) ή σε διαδικασία παστερίωσης που χρησιμοποιεί διαφορετικούς συνδυασμούς χρόνου και θερμοκρασίας μεταξύ των δύο παραπάνω συνθηκών για την επίτευξη ισοδύναμου αποτελέσματος, παρουσιάζει αρνητική αντίδραση στη δοκιμασία φωσφατάσης και θετική στη δοκιμασία υπεροξειδάσης, αμέσως δε μετά την παστερίωση ψύχεται το συντομότερο δυνατόν σε θερμοκρασία που δεν υπερβαίνει τους +6 βαθμούς*

Αριθμός απόφασης: 809/2021

Co, στην οποία θερμοκρασία και συντηρείται. η δε διάρκεια συντήρησής του καθορίζεται με ευθύνη του παρασκευαστή και υπόκειται σε ελέγχους των αρμόδιων αρχών του Υπουργείου Παραγωγικής Ανασυγκρότησης, Περιβάλλοντος και Ενέργειας. Στη συσκευασία του παστεριωμένου γάλακτος πρέπει να αναγράφονται σε εμφανές σημείο και με ευδιάκριτους χαρακτήρες οι ενδείξεις : 1. «παστεριωμένο» και «γάλα» 2. η ημερομηνία παστερίωσης 3. η ημερομηνία λήξης 4. το σήμα καταλληλότητας του προϊόντος και η θερμοκρασία συντήρησής του. 5. Επίσης πρέπει να αναγράφεται σε σαφή μορφή και εμφανές σημείο στο ίδιο οπτικό πεδίο με το σήμα του προϊόντος η διάρκεια ζωής του γάλακτος σε ημέρες. Η ζητούμενη από την Αναθέτουσα Αρχή διάρκεια ζωής του γάλακτος είναι πέντε (5) ημερών. -Η αναγραφόμενη στη συσκευασία ημερομηνία παραγωγής, συνολικά πέντε ημερών, θα πρέπει να είναι ίδια με την ημέρα παράδοσης ή η αμέσως προηγούμενη. Οι συσκευασίες δεν θα πρέπει να είναι ελλιποβαρείς, χτυπημένες κλπ....».

14. Επειδή, στο άρθρο 1^ο της διακήρυξης υπό τον τίτλο «ΙΣΧΥΟΥΣΕΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ» ορίζεται, εκτός των άλλων, ότι: «Α) Η διενέργεια του διαγωνισμού και η εκτέλεση της παρούσας προμήθειας διέπονται από: ... Τις διατάξεις της παρ. 6 (α) του άρθρου 12 του από 2/16.5.1959 βασιλικού διατάγματος (Α' 89), όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 5 του π.δ. 430/1981 (Α' 115), το άρθρο μόνο του π.δ. 104/1988 (Α' 46), το άρθρο 1 του π.δ. 113/1999 (Α'115) και την υποπαράγραφο ΣΤ.8 της παραγράφου ΣΤ' του άρθρου πρώτου του ν. 4254/2014 όπως αντικαταστάθηκε με τις διατάξεις της υποπαραγράφου Α.3 του Ν. 4336 (ΦΕΚ Α 94/14.8.2015) «Συνταξιοδοτικές διατάξεις - Κύρωση του Σχεδίου Σύμβασης Οικονομικής Ενίσχυσης από τον Ευρωπαϊκό Μηχανισμό Σταθερότητας και ρυθμίσεις για την υλοποίηση της Συμφωνίας Χρηματοδότησης...'. Περαιτέρω, κατά την υποπαράγραφο ΣΤ8 της παρ. ΣΤ του άρθρου ΠΡΩΤΟΥ του ν.4254/2014, ως ισχύει, ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι «6. α) Ως «παστεριωμένο γάλα» νοείται το γάλα το οποίο έχει υποβληθεί σε επεξεργασία που περιλαμβάνει την έκθεση σε υψηλή θερμοκρασία για μικρό χρονικό διάστημα (+71,7 βαθμούς C τουλάχιστον για 15 δευτερόλεπτα) ή σε χαμηλή θερμοκρασία για μεγάλο χρονικό διάστημα (+63 βαθμούς C τουλάχιστον για 30 λεπτά) ή σε διαδικασία παστερίωσης που χρησιμοποιεί διαφορετικούς συνδυασμούς χρόνου και θερμοκρασίας μεταξύ των δύο παραπάνω συνθηκών για την επίτευξη ισοδύναμου αποτελέσματος,

Αριθμός απόφασης: 809/2021

παρουσιάζει αρνητική αντίδραση στη δοκιμασία φωσφατάσης και θετική στη δοκιμασία υπεροξειδάσης, αμέσως δε μετά την παστερίωση ψύχεται το συντομότερο δυνατόν σε θερμοκρασία που δεν υπερβαίνει τους +6 βαθμούς C, στην οποία θερμοκρασία και συντηρείται, η συντήρηση του διαρκεί μέχρι 7 ημέρες, καθορίζεται με ευθύνη του παρασκευαστή και υπόκειται σε έλεγχο των αρμόδιων αρχών του Υπουργείου Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων. Στη συσκευασία του παστεριωμένου γάλακτος πρέπει να αναγράφονται σε εμφανές σημείο και με ευδιάκριτους χαρακτήρες οι ενδείξεις «παστεριωμένο» και «γάλα», η ημερομηνία παστερίωσης, η ημερομηνία λήξης, το σήμα καταλληλότητας του προϊόντος και η θερμοκρασία συντήρησης του. Στη συσκευασία πρέπει να αναγράφεται σε σαφή μορφή και εμφανές σημείο στο ίδιο οπτικό πεδίο με το σήμα του προϊόντος η διάρκεια ζωής του γάλακτος σε ημέρες. Το παστεριωμένο γάλα που συσκευάζεται σε τελική συσκευασία εντός 24 ωρών από την άμεση χωρίς να έχει υποστεί διαδικασία θέρμησης ή άλλη ισοδύναμη επεξεργασία προ της παστερίωσης και η διάρκεια συντήρησης του δεν υπερβαίνει τις δύο ημέρες από την ημερομηνία παστερίωσης, μπορεί, πέραν των αναφερόμενων στο προηγούμενο εδάφιο, να φέρει και την ένδειξη «γάλα ημέρας»...».

15. Επειδή, εκ των ανωτέρω διατάξεων του ν.4254/2014, ως ισχύουν, οι οποίες έχουν περιληφθεί στο κανονιστικό πλαίσιο της υπό κρίση διακήρυξης, προκύπτει ότι ως «παστεριωμένο γάλα» νοείται το γάλα η συντήρηση του οποίου διαρκεί μέχρι 7 ημέρες. Συνεπώς εκ του νόμου δεν τίθεται υποχρέωση για διάρκεια του 7 ημερών. Με το Παράρτημα Α της υπό κρίση διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή απαιτεί η διάρκεια ζωής του γάλακτος να είναι πέντε (5) ημέρες, αιτιολογώντας με τις απόψεις της την επιλογή της αυτή στην προμήθεια καλής ποιότητας παστεριωμένου γάλακτος, προφανώς υπό την έννοια του πιο φρέσκου. Υπό τα δεδομένα αυτά δεν προκύπτει ότι ο τεθείς όρος της διακήρυξης το φρέσκο γάλα να έχει διάρκεια ζωής 5 ημερών παραβιάζει καθ' οιονδήποτε τρόπο την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, καθώς και την αρχή της αναλογικότητας, ούτε ότι υπερέρβη τα όρια της διακριτικής της ευχέρειας που της δίδει ο ανωτέρω ν.4254/2014. Εξάλλου, η προσφεύγουσα δεν τεκμηριώνει περιορισμό της ανάπτυξης του ανταγωνισμού, πέραν της δικής της αδυναμίας, άλλως δυσκολίας, να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά.

Αριθμός απόφασης: 809/2021

16. Επειδή, κατόπιν όσων αναλύθηκαν ανωτέρω, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή κρίνεται απορριπτή ως αβάσιμη.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το με κωδικό 369130562951 0504 0094 ηλεκτρονικό παράβολο, ποσού 1.625,00€, πρέπει να καταπέσει.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του με κωδικό «...» ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 1.625,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 13-4-2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 5-5-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΗΛΙΑΣ ΣΤΡΕΠΕΛΙΑΣ