

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 24 Σεπτεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής – δυνάμει της με αριθμό 1328/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Κωνσταντίνο Κορομπέλη, Μέλη

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1050/20-08-2019, της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο Σολωμό Κορινθίας, όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «.....»)

Κατά του Δήμου, που εδρεύει στην, επί της οδού(εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «Δήμος») και κατά της απόφασης με αριθμό με αριθμό 333/06-08-2019 της Οικονομικής Επιτροπής του (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη ή «προσβαλλόμενη απόφαση»), που ελήφθη στο πλαίσιο δημόσιου ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, που ο Δήμος διενεργεί για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια (Γυμνασίου και Λυκείου) για το σχολικό έτος 2019-2020 (αρ. διακήρυξηςΔ.) (εφεξής «διαγωνισμός»), κατά το μέρος με το οποίο εγκρίθηκε το από 29-07-2019 πρακτικό της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και κατακυρώθηκε το σύνολό του στην εταιρεία «.....», για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω προσφυγή και

Κατά της παρεμβαίνουσας, ομόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο “.....”, που εδρεύει στην, επί της οδού, όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «παρεμβαίνουσα» ή «.....»).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο Δήμος με τη με αριθ.διακήρυξή του, η οποία δημοσιεύθηκε νομίμως και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), λαμβάνοντας ΑΔΑΜ2019-05-07, προκήρυξε τον ελεγχόμενο διαγωνισμό, ο οποίος έλαβε τον αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ Η προκηρυχθείσα προμήθεια υποδιαιρείται σε δύο (2) τμήματα, το τμήμα Α΄, σχετικώς με το ημερήσιο γεύμα ανά μαθητή με κουβέρ και το τμήμα Β΄, σχετικώς με το πρόχειρο φαγητό (σάντουιτς με χυμό), προσφορές όμως υποβάλλονται για το σύνολο της προμήθειας. Ο συνολικός άνευ ΦΠΑ προϋπολογισμός της σύμβασης ανέρχεται σε 185.504,00€ και κριτήριο ανάθεσης αποτελεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, για το σύνολο των σχολικών γευμάτων. Στον διαγωνισμό υποβλήθηκαν τρεις (3) προσφορές, η προσφορά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», ήδη προσφεύγουσας (αρ. ηλεκτρονικής προσφοράς:), η προσφορά της ομόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» (αρ. ηλεκτρονικής προσφοράς:) και η προσφορά της ομόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», ήδη παρεμβαίνουσας (αρ. ηλεκτρονικής προσφοράς 638649). Μετά την αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών, αφού έγιναν δεκτές οι προσφορές όλων των διαγωνιζομένων, με τη με αριθμό 261/27-06- 2019 απόφαση της οικονομικής επιτροπής του Δήμου, προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης αναδείχθηκε η ομόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία «.....», αφού η προσφορά της κρίθηκε πλήρης, σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές και επειδή προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή για το σύνολο των υπό προμήθεια γευμάτων, έναντι συνολικού ποσού 132.395,05€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%. Η προσφεύγουσα, εξάλλου, κατετάγη δεύτερη στη σειρά της μειοδοσίας με προσφερόμενο συνολικό ποσό 155.220,72€, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%. Μετά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης που ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε, με τη με αριθμό 333 απόφαση της

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

οικονομικής επιτροπής του Δήμου της 35^{ης} συνεδρίασής της, της 6^{ης} Αυγούστου 2019, κατ' έγκριση του από 29-07-2019 πρακτικού αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης της επιτροπής του διαγωνισμού, κατακυρώθηκε η σύμβαση στην αναδειχθείσα οριστική ανάδοχο ως άνω ομόρρυθμη εταιρεία, διότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης κρίθηκαν πλήρη και σύμφωνα με τα όσα προβλέπει το άρθρο 14 της διακήρυξης, έναντι συνολικού ποσού 132.395,05€ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 24%. Κατά της απόφασης αυτής της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, κατά το μέρος που έκρινε ως πλήρη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου και συνακόλουθα κατακύρωσε σε αυτόν οριστικά τον διαγωνισμό, άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, (185.504,00€), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική αρχή και ανήκει στον υποτομέα ΟΤΑ, των δραστηριοτήτων που ασκεί, που είναι η παροχή γενικών δημοσίων υπηρεσιών, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της διακήρυξης στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων, με ΑΔΑΜ μετά την 27-06-2017), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

3. Επειδή, από τα αναρτημένα στοιχεία στη λειτουργικότητα της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α) προκύπτει ότι η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017,

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 927,52€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017.

4. Επειδή, περαιτέρω, εν γένει παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και εμπροθέσμως, κατά τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017, υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, παρεμβαίνει η με την αναρτηθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 05-09-2019 από ίδιας ημερομηνίας παρέμβασή της. Η εν λόγω παρέμβαση μοιλονότι δεν έχει ασκηθεί με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, εντούτοις, επειδή για την προσφυγή γίνεται δεκτό ότι η χρήση του τυποποιημένου εντύπου δεν συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, η παράβαση του οποίου θα οδηγούσε στο απαράδεκτό της (ΔΕφΚομοτηνής 39/2017), για τους ίδιους λόγους, που για την ταυτότητα του νομικού λόγου ισχύουν και για την Παρέμβαση, και επειδή η υπό εξέταση παρέμβαση περιέχει τα κατά νόμον ουσιώδη στοιχεία, παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, αφού συμμετείχε στον διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά, που έγινε δεκτή, με πρόδηλο έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π. δ. 39/2017, κατά το μέρος που κρίθηκαν ως πλήρη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου και συνακόλουθα κατακυρώθηκε σε αυτόν ο διαγωνισμός, διότι, δοθέντος ότι η προσφορά της προσφεύγουσας είναι η αμέσως επόμενη κατά τη σειρά της μειοδοσίας, υφίσταται πρόδηλη ζημία από τη μη νόμιμη κατά τους ισχυρισμούς της αποδοχή της προφοράς του καθ' ου φορέα.

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

6. Επειδή, συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, κατά παράβαση των όρων του άρθρου 14 της διακήρυξης περί αποδεικτικών μέσων, μεταξύ των λοιπών δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο προσωρινός ανάδοχος δεν προσκόμισε, ως όφειλε, τα πιστοποιητικά υγείας όλου του προσωπικού που πρόκειται να χρησιμοποιηθεί κατά την παρασκευή και το σεββίρισμα των γευμάτων και συγκεκριμένα παρέλειψε να προσκομίσει και το πιστοποιητικό υγείας του Υπεύθυνου Διασφάλισης Ποιότητας – Τεχνολόγου Τροφίμων,, καίτοι είχε περιληφθεί στην κατάσταση προσωπικού που προσκόμισε. Σημειώνει δε, ότι το συγκεκριμένο πρόσωπο, σύμφωνα με τα επαγγελματικά δικαιώματα που κατά το άρ. 1 του π.δ. 78/1989 έχει, προϊστάται της παρασκευαστικής διαδικασίας και ελέγχει και διασφαλίζει την ποιότητα των παραγόμενων γευμάτων, κατά συνέπεια η παράλειψη προσκόμισης του πιστοποιητικού υγείας του αποτελεί ουσιώδη παράλειψη της εν λόγω εταιρείας. Συνακόλουθα, καταλήγει η προσφεύγουσα ότι έσφαλε η αναθέτουσα αρχή, δεχόμενη ως πλήρη τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσωρινής αναδόχου και κατακυρώνοντας το διαγωνισμό σε αυτήν.

7. Επειδή, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή με το αριθ. πρωτ. 50280/28.08.2019 έγγραφο του Διευθυντή Οικονομικών υπηρεσιών του Δήμου, αντί απόψεων παραθέτει την από 28-08-2019 Γνωμοδότηση της επιτροπής του διαγωνισμού επί της προσφυγής, στην οποία αναφέρει τα εξής: η προσωρινή ανάδοχος, μεταξύ των άλλων δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατέθεσε κατάσταση προσωπικού ανά ειδικότητα που θα απασχοληθεί με το εν λόγω έργο, ψηφιακά υπογεγραμμένη και Πιστοποιητικά Υγείας, σε ισχύ, των εργαζομένων που αναφέρονται στην κατάσταση αυτή, πλην του κ., υπεύθυνου διασφάλισης ποιότητας- τεχνολόγου τροφίμων. Επιπλέον, αναφέρεται στην Τεχνική Μελέτη Λειτουργίας που έχει καταθέσει η καθ' ης εταιρεία από το περιεχόμενο της οποίας προκύπτει ότι ο Υπεύθυνος Ποιότητας και Ασφάλειας Τροφίμων είναι αρμόδιος μόνον για τον έλεγχο της αποτελεσματικότητας της απολύμανσης του εξοπλισμού. Με βάση τα ανωτέρω το γνωμοδοτικό όργανο δεν θεώρησε αναγκαίο να ζητήσει την προσκόμιση του

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

πιστοποιητικού υγείας του κ., υπεύθυνου διασφάλισης ποιότητας-τεχνολόγου τροφίμων.

8. Επειδή, περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 7 του π.δ. 39/2017 και του άρθρου 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016, λόγω της κατακύρωσης σε αυτήν της σύμβασης, επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης, ισχυριζόμενη ότι υποχρέωση να συμπεριληφθεί στα δικαιολογητικά κατακύρωσης κάποιο πιστοποιητικό υγείας είναι αυτό να ανήκει σε πρόσωπο, που εμπλέκεται στην παρασκευή ή το σερβίρισμα του φαγητού (σε πρόσωπο που έρχεται σε «επαφή με το φαγητό», κατά τη διατύπωση του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II). Επομένως υποχρέωση υποβολής του πιστοποιητικού υγείας του Υπεύθυνου Διασφάλισης Ποιότητας δεν υπάρχει, διότι ρητά και με σαφήνεια η διακήρυξη ορίζει ότι τέτοια υποχρέωση υφίσταται μόνο για το προσωπικό που εμπλέκεται στην παρασκευή και σερβίρισμα των φαγητών και ο Υπεύθυνος Διασφάλισης Ποιότητας δεν ανήκει σε αυτό. Αντίθετα, στην υποβληθείσα με την προσφορά της Μελέτη Λειτουργίας - Τεχνικής Περιγραφής, προσδιορίζονται τα καθήκοντα του Υπεύθυνου Διασφάλισης Ποιότητας, ο οποίος δεν ασχολείται ούτε με την παρασκευή του φαγητού ούτε με το σερβίρισμά του. Από τις αναφορές στις σελίδες 27, 28 και 29 της εν λόγω μελέτης – τεχνικής περιγραφής προκύπτει ότι ο Υπεύθυνος Διασφάλισης Ποιότητας έχει «διευθυντικές» αρμοδιότητες και δεν ανήκει στο προσωπικό που μετέχει στην παρασκευή του φαγητού και στο σερβίρισμά του, ώστε να προκύπτει υποχρέωση υποβολής πιστοποιητικού υγείας και του Υπεύθυνου Διασφάλισης Ποιότητας. Άλλωστε, η αξιολόγηση με διασταλτικές ερμηνείες των εγγράφων της σύμβασης και υποθέσεις περί εμμέσως θεσπιζόμενων απαιτήσεων δεν είναι επιτρεπτή αφού η αρχή της τυπικότητας και της αυστηρής εφαρμογής του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης δεν διέπει μόνο τι απαιτείται από τους διαγωνιζόμενους, αλλά και τι δεν απαιτείται από αυτούς. Συνεπώς οποιαδήποτε διασταλτική ερμηνεία των εννοιών «παρασκευή και σερβίρισμα», ώστε να διευρύνονται με έμμεσο τρόπο και οι απαιτήσεις δεν είναι επιτρεπτή. Προσθέτει δε η παρεμβαίνουσα ότι στην κατάσταση του

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

προσωπικού που προσκόμισε και επικαλείται η προσφεύγουσα συμπεριέλαβε και ειδικότητες, (όπως της υπαλλήλου γραφείου, της καθαρίστριας, του Υπευθύνου Διασφάλισης Ποιότητας κ.α.) που δεν έρχονται σε επαφή με το φαγητό, ούτε ασχολούνται με την παρασκευή και το σερβίρισμα των φαγητών. Η εκ περισσού συμπερίληψη στην άνω κατάσταση και των ως άνω προσώπων με την άνω ειδικότητα δεν έπεται πως με την καταγραφή αυτή απέκτησαν ειδικότητα που συνδέεται με την παρασκευή και το σερβίρισμα των φαγητών, ώστε να οφείλει να υποβάλει πιστοποιητικά υγείας και για τα πρόσωπα των άνω ειδικοτήτων, αφού η ειδικότητα κρίνεται με βάση τα καθήκοντα και όχι με βάση την καταγραφή σε μία κατάσταση, ούτε η εκ περισσού υποβολή πιστοποιητικών για πρόσωπα που δεν όφειλε να υποβάλει αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς και αποκλεισμού της, ούτε γεννά υποχρέωση υποβολής πιστοποιητικών για τα υπόλοιπα πρόσωπα για τα οποία δεν όφειλε να υποβάλει. Όλως επικουρικά, καταλήγει η παρεμβαίνουσα και εφόσον κριθεί πως η υποβολή του άνω πιστοποιητικού είναι υποχρεωτική, η μη υποβολή του δεν επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς της, αλλά υποχρέωση, ήτοι δέσμια αρμοδιότητα, της αναθέτουσας αρχής να τηρήσει τα όσα ορίζονται στο άρθρο 26 της διακήρυξης, αλλά και των εννοιολογικά ταυτόσημων με το όρο αυτό διατάξεων του άρθρου 103 του ν.4412/2016 (προ της τροποποίησής του με το αρ. 43 του Ν 4605/2019) που αποτελεί και το θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ήτοι να την καλέσει εντός της οριζόμενης στο άρθρο 26 της διακήρυξης προθεσμίας να υποβάλει το άνω πιστοποιητικό.

9. Επειδή, τέλος, επί των πιο πάνω απόψεων του Δήμου και της παρέμβασης, καίτοι, της κοινοποιήθηκαν μετά από αίτημά της, η προσφεύγουσα δεν ανήρτησε υπόμνημα του άρθρου 365 παρ. 1 εδάφιο τελευταίο του ν. 4412/2016, όπως το άρθρο αυτό έχει τροποποιηθεί και ισχύει στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

10. Επειδή, σχετικά με τους προβαλλόμενους στην προσφυγή λόγους, η διακήρυξη που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο, που διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία τον διενεργεί και

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή, όσο και τους διαγωνιζόμενους (πρβλ. ΑΕΠΠ Α65/17, 65/17, 114/17, 115/17, 174/17, 128/17 κ.α.), ορίζει τα εξής: Στο άρθρο 8 με τίτλο «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης», ότι: «Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να διαθέτουν: α. ... β. Το προσωπικό που θα απασχοληθεί για την προετοιμασία των γευμάτων θα έχει πιστοποιητικά υγείας σύμφωνα με την Υγειονομική Διάταξη Υ1γ/ΓΠ/οικ. 35797/2012 (ΦΕΚ Β' 1199/11-4-2012). Η Αναθέτουσα Αρχή, μπορεί να ζητήσει οποιαδήποτε στιγμή την προσκόμιση από τον οικονομικό φορέα των εν λόγω πιστοποιητικών. Τα πιστοποιητικά αυτά πρέπει επίσης να είναι διαθέσιμα κατά τους ελέγχους στις εγκαταστάσεις παρασκευής και συσκευασίας των γευμάτων καθ' όλη τη διάρκεια των παρεχόμενων υπηρεσιών. ...», στο άρθρο 9 με τίτλο «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα», ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται : α. ... β. Κατάσταση του τεχνικού προσωπικού της επιχείρησης ανά ειδικότητα που θα ασχοληθεί κατά την παραγωγή των γευμάτων, ανεξάρτητα από τη συμβατική σχέση τους με την επιχείρηση ...», στο άρθρο 14 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα», ότι: «... Για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 9 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α. ... β. Κατάσταση του τεχνικού προσωπικού της επιχείρησης ανά ειδικότητα που θα ασχοληθεί κατά την παραγωγή των γευμάτων, ανεξάρτητα από τη συμβατική σχέση τους με την επιχείρηση. ... Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης τα α. ...β. Πρόσφατο βιβλιάριο υγείας (φωτοτυπία) όσων εμπλέκονται στην παρασκευή και σερβίρισμα φαγητών. ...» και στο άρθρο 21 με τίτλο, «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», ότι: «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: ... 21.γ) Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το (βλ.

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ - ΕΙΔΙΚΗ ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ). ...». Στο εν λόγω Παράρτημα, τέλος, μεταξύ των άλλων υποχρεώσεων που ο ανάδοχος θα υποχρεωθεί να πληροί είναι και η εξής: «...Όσοι έρχονται σε επαφή με το φαγητό πρέπει να ακολουθούν κανόνες ατομικής υγιεινής, να φορούν ενδύματα εργασίας κατά τη διανομή και να έχουν ατομικά βιβλιάρια υγείας τα οποία και θα επιδεικνύουν αν και όποτε ζητηθούν. ...».

11. Επειδή, από τους προπαρατεθέντες όρους της διακήρυξης, μολονότι για την απόδειξη πλήρωσης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας συνάγεται ότι απαιτείται η προσκόμιση κατάστασης τεχνικού προσωπικού της επιχείρησης, ανά ειδικότητα, που θα ασχοληθεί κατά την παραγωγή των γευμάτων, δεν προκύπτει με ρητή και σαφή διάταξη ούτε ποιες ειδικότητες απαιτείται να ασχολούνται με την παραγωγή γευμάτων, ούτε ότι στις ειδικότητες αυτές περιλαμβάνεται σε κάθε περίπτωση ο υπεύθυνος διασφάλισης ποιότητας – τεχνολόγος τροφίμων. Κατά συνέπεια, δεν θα ήταν νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς διαγωνιζόμενου, εφόσον δεν είχε προσκομίσει βιβλιάριο υγείας του υπευθύνου διασφάλισης ποιότητας – τεχνολόγου τροφίμων, αν πράγματι δεν απασχολούνταν με την παρασκευή ή το σερβίρισμα γευμάτων. Και τούτο, διότι βιβλιάριο υγείας απαιτείτο να προσκομιστεί μόνον για όσους εμπλέκονται στην παρασκευή και το σερβίρισμα φαγητών. Έχει κριθεί, άλλωστε, ότι ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη διακήρυξη (ΕΑ του ΣτΕ 18, 19/2011, 3703/2010, 1616, 254/2008, ΑΕΠΠ 114/2017). Επειδή, όμως, ενόψει των αρχών της ισότητας και της διαφάνειας οι διατάξεις της διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, η εφαρμογή τους προϋποθέτει να είναι σαφείς και χωρίς αμφισημίες. Αντίθετα, τυχόν ασάφειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να ερμηνεύονται εις βάρος των καλόπιστων διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια αυτή, η δυνατότητα να

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, κατά την κρίση της Διοίκησης (λόγω της προβαλλόμενης απ' αυτήν ασάφειας), προσφορά τους (ΕΑΣΤΕ 423, 424, 425/2011). Τούτο δε διότι η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑΘ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ', Σάκκουλας, σελ. 776, βλ. και ΑΕΠΠ 672/2018).

12. Επειδή, εξάλλου, στο π.δ. 78/1989 (ΦΕΚ Α'36/1989), με το οποίο καθορίζονται τα επαγγελματικά δικαιώματα, μεταξύ άλλων, των πτυχιούχων των τμημάτων τεχνολογίας τροφίμων των τεχνολογικών ιδρυμάτων της χώρας ορίζονται τα εξής: «1. Οι πτυχιούχοι του Τμήματος Τεχνολογίας Τροφίμων της Σχολής Τεχνολογίας Τροφίμων και Διατροφής των Τεχνολογικών Εκπαιδευτικών Ιδρυμάτων, με βάση τις εξειδικευμένες επιστημονικές και τεχνικές γνώσεις τους, ασχολούνται είτε αυτοδύναμα είτε σε συνεργασία με άλλους επιστήμονες με τη μελέτη, έρευνα και εφαρμογή της Τεχνολογίας πάνω σε σύγχρονους και ειδικούς τομείς της Επιστήμης Τροφίμων και τη διαδικασία της συντήρησης, επεξεργασίας και ποιοτικού Ελέγχου των Τροφίμων, της αξιοποίησης των υποπροϊόντων και συμμετέχουν στο βιολογικό καθαρισμό των αποβλήτων των βιομηχανιών Τροφίμων. 2. Οι παραπάνω πτυχιούχοι έχουν δικαίωμα να εργαστούν ως στελέχη στον ιδιωτικό και δημόσιο τομέα όπως αυτός προσδιορίζεται από τις διατάξεις που ισχύουν κάθε φορά, ή ως αυτοαπασχολούμενοι ως εξής: α) Στις βιοτεχνίες και βιομηχανίες με την παραγωγή και τον ποιοτικό έλεγχο των τροφίμων, καθώς και στις Υπηρεσίες ελέγχου και διακίνησης των τροφίμων. β) Εμπορία και διακίνηση εξοπλισμού βιομηχανιών και βιοτεχνιών τροφίμων και πρόσθετων υλών. γ) Ίδρυση και λειτουργία εργαστηρίων ανάλυσης και ελέγχου τροφίμων, σύμφωνα με τις προϋποθέσεις που χορηγούν τις σχετικές άδειες τα αρμόδια Υπουργεία που έχουν την ευθύνη ελέγχου των εργαστηρίων αυτών. δ) Εκπόνηση ή συμμετοχή στην εκπόνηση μελετών οικονομοτεχνικής σκοπιμότητας για την ίδρυση ή επέκταση βιομηχανιών τροφίμων. ε) Συμμετοχή στην εκπόνηση μελετών και στην επίβλεψη για την κατασκευή ή επέκταση βιομηχανιών τροφίμων. στ) Άσκηση κάθε άλλης δραστηριότητας σε επαγγελματικά αντικείμενα που θα

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

προκύπτουν από την εξέλιξη της Επιστήμης και Τεχνολογίας Τροφίμων. ζ) Άσκηση καθηκόντων εμπειρογνώμονα σε αγορανομικά δικαστήρια ή άλλα δικαστήρια και σε υπηρεσίες ελέγχου τροφίμων για την πιστοποίηση της ποιότητας και καταλληλότητας των τροφίμων. 3. Οι πτυχιούχοι του Τμήματος μπορούν να εξελίσσονται σε όλο το φάσμα της διοικητικής και τεχνικής ιεραρχίας σε βιομηχανίες και βιοτεχνίες τροφίμων, καθώς και σε υπηρεσίες που αφορούν την ποιότητα και την ασφάλεια των τροφίμων. 4. Οι πτυχιούχοι του Τμήματος μπορούν να καλύπτουν τις θέσεις υπευθύνων στελεχών στις επιχειρήσεις που προβλέπονται από τη νομοθεσία που ισχύει κάθε φορά για τη λειτουργία των επιχειρήσεων αυτών. 5. Οι πτυχιούχοι του Τμήματος απασχολούνται σε όλες τις βαθμίδες της εκπαίδευσης, σύμφωνα με την κάθε φορά ισχύουσα νομοθεσία. Επίσης μπορούν να απασχοληθούν και ως μέλη ερευνητικών ομάδων σε θέματα της ειδικότητάς τους. 6. Οι πτυχιούχοι του Τμήματος Τεχνολογίας Τροφίμων της Σχολής Τεχνολογίας Τροφίμων και Διατροφής των Τεχνολογικών Εκπαιδευτικών Ιδρυμάτων με την απόκτηση του πτυχίου τους ασκούν το επάγγελμα στο πλαίσιο των παραπάνω επαγγελματικών δικαιωμάτων.» Από τις διατάξεις αυτές συνάγεται ότι ο τεχνολόγος τροφίμων μπορεί να απασχολείται με την παραγωγή και τον ποιοτικό έλεγχο των τροφίμων, αλλά δεν συνάγεται ούτε ότι υποχρεωτικώς απασχολείται και με την παραγωγή γευμάτων, δηλαδή με την εντός της κουζίνας επεξεργασία και προετοιμασία τους, ώστε να καταστούν έτοιμα για σερβίρισμα, χωρίς πάντως να απαγορεύεται και να το κάνει, ούτε ότι για την παραγωγή γευμάτων για τις ανάγκες μιας σύμβασης αντίστοιχης με τη δημοπρατούμενη, εντός της κουζίνας, επιβάλλεται να απασχολείται τεχνολόγος τροφίμων. Κατά συνέπεια, αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι ως εκ των προβλέψεων του π.δ. 78/1989 ο τεχνολόγος τροφίμων προΐσταται της παρασκευαστικής διαδικασίας και ελέγχει και διασφαλίζει την ποιότητα των παραγόμενων γευμάτων της υπό δημοπράτηση σύμβασης.

13. Επειδή στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα περιεχόμενα στοιχεία και έγγραφα της προσφοράς της, η προσωρινή ανάδοχος στο φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης προσκόμισε, μεταξύ άλλων, το

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

αρχείο με τίτλο «Κατάσταση προσωπικού» και το αρχείο με τίτλο «Πιστοποιητικά Υγείας». Το πρώτο αρχείο αποτελείται από κατάλογο που φέρει τίτλο «Κατάσταση προσωπικού που θα απασχοληθούν με το έργο» και στην οποία περιλαμβάνονται τα εξής πρόσωπα:, ομόρρυθμος εταίρος, με ειδικότητα μάγειρα,, ομόρρυθμος εταίρος, με ειδικότητα οδηγού,με απασχόληση στη λάντζα και στην πλύση σκευών,, υπάλληλος γραφείου,με απασχόληση στη λάντζα και στην πλύση σκευών,με ειδικότητα οδηγού,με απασχόληση στην καθαριότητα – απολύμανση, με ειδικότητα μάγειρα,με ειδικότητα βοηθού μάγειρα και, υπεύθυνος διασφάλισης ποιότητας – τεχνολόγος τροφίμων. Το δεύτερο αρχείο περιείχε τα πιστοποιητικά υγείας όλων των ανωτέρω προσώπων και ενός ακόμα, με το όνομα, το οποίο δεν συμπεριλαμβανόταν στον πιο πάνω κατάλογο, δεν περιείχε όμως πιστοποιητικό υγείας του, ο οποίος δηλώθηκε στον πιο πάνω κατάλογο ότι έχει την ιδιότητα του υπεύθυνου διασφάλισης ποιότητας – τεχνολόγου τροφίμων. Δοθέντος ότι ούτε κατά νόμο υποχρεούνταν, ούτε από το περιεχόμενο του καταλόγου ούτε από τον τίτλο που αυτός έφερε (εκτέλεσης έργου και όχι παραγωγής γευμάτων) προκύπτει ότι ο υπεύθυνος διασφάλισης ποιότητας είχε εμπλοκή με την παραγωγή των γευμάτων, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στις σκέψεις 11 και 12 της παρούσας δεν προκύπτει ότι η προσωρινή ανάδοχος υποχρεούνταν να προσκομίσει πιστοποιητικό υγείας και για αυτόν. Στον κατάλογο αυτό, άλλωστε συμπεριλαμβάνονταν και πρόσωπα με ειδικότητα οδηγού και καθαριστού που, χωρίς αμφιβολία, δεν εμπλέκονται με την παραγωγή γευμάτων. Επομένως, μόνη η συμπερίληψή του στον κατάλογο αυτό δεν ήταν αρκετή για να θεωρηθεί ότι ο υπεύθυνος διασφάλισης ποιότητας συμμετέχει ή εμπλέκεται κατά κάποιον τρόπο στην παραγωγή γευμάτων. Λαμβάνοντας υπόψη, μάλιστα, ότι στην Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων της σύμβασης (βλ. σκ. 11 της παρούσας) παρέχεται τουλάχιστον ένδειξη ότι έχουν εμπλοκή με την παραγωγή και το σερβίρισμα των γευμάτων όσοι έρχονται σε επαφή με το φαγητό, από τις αναφορές στο προσκομισθέν στο φάκελο Δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας αρχείο με τίτλο «Τεχνική Μελέτη Λειτουργίας», σχετικά με

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

τα καθήκοντα του υπεύθυνου διασφάλισης ποιότητας - τεχνολόγου τροφίμων της προσωρινής αναδόχου, συνάγεται ότι αυτός δεν είχε επαφή με το φαγητό και συνεπώς ούτε και εξ αυτού του λόγου απαιτείτο να προσκομιστεί πιστοποιητικό υγείας του. Συγκεκριμένα, για τον υπεύθυνο διασφάλισης ποιότητας αναφέρεται, στη σελ. 17 ότι « ... Η διαδικασία των Προμηθειών που ακολουθεί η εταιρεία είναι: 1. Λήψη λίστας πρώτων υλών από τον Υπεύθυνο της Κουζίνας. ... 6. Αξιολόγηση των προμηθευτών με βάση λίστα κριτηρίων όπως αυτή έχει οριστεί από τον Υπεύθυνο Διασφάλισης Ποιότητας...», στη σελ. 29 ότι «Ο Υπεύθυνος Παραγωγής είναι αρμόδιος για την επεξεργασία των α' υλών και την προετοιμασία των γευμάτων. Σε περίπτωση που ο Υπεύθυνος Παραγωγής κατά τη διάρκεια της επεξεργασίας εντοπίσει προβληματική α' ύλη ενημερώνει τον Υπεύθυνο Διαχείρισης Ποιότητας ...», στη σελ. 30 ότι «Ο Υπεύθυνος Ποιότητας και Ασφάλειας Τροφίμων είναι αρμόδιος για τον έλεγχο της αποτελεσματικότητας της απολύμανσης του εξοπλισμού. Η διαδικασία αυτή ακολουθείται μέσω κιτ δειγματοληψιών επιφάνειας. Πραγματοποιούνται δειγματοληψίες σε διάφορα τμήματα της κουζίνας, καθώς και σε διάφορα σκεύη & εξοπλισμό (μηχανήματα, σκεύη, επιφάνειες κοπής, πάγκοι εργασίας). Η μικροβιολογική ποιότητα των τελικών προϊόντων ελέγχεται περιοδικά, βάσει τυχαίας συλλογής δειγμάτων τελικών προϊόντων, η οποία καθορίζεται από τον Υπεύθυνο Ποιότητας και Ασφάλειας Τροφίμων ετησίως. Οι αναλύσεις πραγματοποιούνται σε εξωτερικό διαπιστευμένο κατά ΕΣΥΔ εργαστήριο. Κατά την διάρκεια της προετοιμασίας, επεξεργασίας και διανομής θα πρέπει να τηρούνται με απόλυτη ακρίβεια όλες οι απαιτήσεις που αναφέρονται στο ΕΓΧΕΙΡΙΔΙΟ ΠΟΙΟΤΗΤΑΣ και σχετίζονται με τα εκάστοτε τμήματα.», αμέσως μετά δε παρατίθεται και πίνακας ενδεικτικών δειγματοληψιών, δύο ή τριών ανά τρίμηνο σε κάθε τμήμα της παραγωγικής διαδικασίας (ζεστή και κρύα κουζίνα), στις επιφάνειες, τις πρώτες ύλες και στο νερό και τον πάγο. ...». Από την αναφορά στη σελ. 28 της εν λόγω μελέτης, μάλιστα, «Ο έλεγχος της θερμικής επεξεργασίας γίνεται από τον Υπεύθυνο της κουζίνας - Σεφ με τη βοήθεια ηλεκτρονικού θερμομέτρου ακίδας», προκύπτει ότι ο υπεύθυνος διασφάλισης ποιότητας δεν προΐσταται καν της παραγωγικής διαδικασίας, όπως αβάσιμα

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, καθήκον το οποίο σύμφωνα με την οργάνωση της επιχείρησης της προσωρινής αναδόχου ασκεί ο υπεύθυνος κουζίνας – σεφ. Συνακόλουθα, δεν προκύπτει ότι ο υπεύθυνος διασφάλισης ποιότητας – τεχνολόγος τροφίμωνεμπλέκεται στην παραγωγή γευμάτων της προσωρινής αναδόχου, επομένως δεν απαιτείτο να προσκομίσει η προσωρινή ανάδοχος πιστοποιητικό υγείας του και νομίμως έκρινε η αναθέτουσα αρχή στην προσβαλλόμενη απόφασή της ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που προσκόμισε είναι πλήρη και σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 14 της διακήρυξης. Τα αντίθετα δε υποστηριζόμενα είναι αβάσιμα και απορριπτέα.

14. Επειδή, εξάλλου, στο άρθρο 26 της διακήρυξης με τίτλο «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης», ορίζεται ότι: «...Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του Συστήματος, ειδοποίησής του. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. ...». Κατά συνέπεια, και υπό την εκδοχή ότι η προσωρινή ανάδοχος απαιτείτο να προσκομίσει βιβλιάριο υγείας και του υπεύθυνου διασφάλισης ποιότητας – τεχνολόγου τροφίμων δεν θα ήταν νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της, αβάσιμα δε αξιώνεται ο αποκλεισμός της, διότι, όπως προκύπτει από την εκτύπωση μηνυμάτων συζητήσεων online από τη λειτουργικότητα της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή, μετά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν την κάλεσε να προσκομίσει συμπληρωματικά τυχόν ελλείπον δικαιολογητικό, ούτε να διευκρινίσει αν όλο το προσωπικό που δήλωσε ότι θα συμμετέχει στην εκτέλεση της προμήθειας εμπλέκεται με την παραγωγή και το σερβίρισμα γευμάτων. Και τούτο, διότι η μη υποβολή από τον προσωρινό ανάδοχο απαιτούμενου από τη διακήρυξη δικαιολογητικού κατακύρωσης, μη ζητηθέντος όμως από την αναθέτουσα αρχή ως ελλείποντος, δεν συνεπάγεται αυτομάτως και άνευ ετέρου τον αποκλεισμό

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

του, αλλά υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να προβεί στην οφειλόμενη κλήση του για συμπλήρωση του ελλείποντος δικαιολογητικού (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 29/2019). Ούτε μπορεί βάσιμα να υποστηριχθεί ότι η διάταξη της διακήρυξης είναι μη νόμιμη, λόγω των διατάξεων του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει. Τούτο δε, διότι όταν οι διατάξεις της διακήρυξης είναι ειδικές και λεπτομερείς, αυτές και μόνον διέπουν κατά τρόπο αποκλειστικό το διαγωνισμό, δεν μπορούν δε, να τροποποιηθούν από διατάξεις νομοθετημάτων, έστω κι αν αυτά μνημονεύονται κατά τρόπο γενικό στη διακήρυξη, διότι η αναφορά τους αυτή νοείται ότι γίνεται μόνον προς ρύθμιση ζητημάτων που η διακήρυξη δεν ρυθμίζει κατά τρόπο ολοκληρωμένο (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 95/2009 κ.α.). Τους όρους της διακήρυξης, άλλωστε, επομένως και αυτούς του άρθρου 26 αυτής, δεν τους αμφισβήτησε για τη νομιμότητά τους με προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα, αντίθετα τους αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα με τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, συνακόλουθα δεν θα μπορούσε παραδεκτώς να τους αμφισβητήσει με την ευκαιρία προσβολής της πράξης οριστικής κατακύρωσης της σύμβασης στην ανάδοχο.

15. Επειδή, κατ' ακολουθία, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, σύμφωνα με το σκεπτικό, η δε παρέμβαση να γίνει δεκτή.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Αριθμός απόφασης: 1181 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 24 Σεπτεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 14^η Οκτωβρίου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κατσίκα