

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 19 Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος, και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος - Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 11/5/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 689/12-5-2023 του οικονομικού φορέα «...» που εδρεύει στο ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ... που εδρεύει στο ..., οδός ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί ο όρος των άρθρων 6.1.1 της Διακήρυξης του ... με αριθμό .../25-4-2023 και 8^ο της προσαρτημένης Συγγραφής Υποχρεώσεων, σύμφωνα με τον οποίο τα γεύματα θα μεταφέρονται στον χώρο σίτισης εντός μίας (1) ώρας από την παρασκευή τους.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, κατά τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 967,50 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 193.500,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με την προσβαλλόμενη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης παροχής υπηρεσιών για τη «...» εκτιμώμενης αξίας 193.500,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας οικονομικής προσφοράς βάσει τιμής. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής

Αριθμός απόφασης: 1023/2023

προσφορών ορίστηκε η 22/5/2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 25/4/2023 (ΑΔΑΜ: ...).

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (παροχή υπηρεσιών), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού.

4. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον, καθόσον επικαλείται ότι, παρά το γεγονός ότι η ίδια δραστηριοποιείται επαγγελματικά στην αγορά που αφορά ο προκείμενος διαγωνισμός και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει σε αυτόν, η συμμετοχή της εμποδίζεται εξαιτίας των πληττόμενων όρων που έχουν τεθεί κατά παράβαση της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας.

5. Η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε την προδικαστική προσφυγή στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 13/5/2023 και υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 23/5/2023 και στις 25/5/2023 τις απόψεις της επ' αυτής. Η προσφεύγουσα υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα στις 13/6/2023, ήτοι μετά την πάροδο της αποκλειστικής πενθήμερης προθεσμίας του άρθρου 365 παρ. 1 και 8 ν. 4412/2016 από την κοινοποίηση των απόψεων. Κατά συνέπεια, το συμπληρωματικό υπόμνημα δεν λαμβάνεται υπόψη λόγω εκπροθέσμου.

6. Όπως έχει κριθεί (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 106/2021, 189/2015, 124/2015, 354/2014 κ.ά.), η αναθέτουσα αρχή είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών, ως προς τα χαρακτηριστικά των υπό ανάθεση υπηρεσιών, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού για μόνο τον λόγο ότι επιτρέπει τη συμμετοχή ορισμένων ενδιαφερομένων και συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή

καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν άλλων οικονομικών φορέων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές. Και τούτο, διότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές προσδιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους αμφισβητείται απαράδεκτα από τυχόν προτιθέμενους να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς επίσης και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Έτσι, οι ελάχιστες απαιτήσεις που ορίζονται με τα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να σχετίζονται με το αντικείμενό της, ήτοι να τελούν σε σχέση αναλογίας και να είναι προσαρμοσμένα προς αυτό, χωρίς όμως, να βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου για την εξυπηρέτηση του κατά περίπτωση επιδιωκόμενου σκοπού (βλ. αντί άλλων ΕΑ ΣτΕ 170/2021).

7. Ειδικότερα, σύμφωνα με την κατ' άρθρο 18 ν. 4412/2016 εφαρμοστέα στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων αρχή της αναλογικότητας, οι οριζόμενες από τη Διακήρυξη ελάχιστες απαιτήσεις πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

8. Και ναι μεν, όπως έχει κριθεί, η Διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεν απαιτείται να φέρει αιτιολογία (ΣτΕ 434/2021, 1463/2015), αλλά η επιλογή κατ' ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής των κατά τα άνω ελάχιστων απαιτήσεων συμμετοχής, είναι αιτιολογητέα, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας και της τήρησης των άκρων ορίων αυτής (πρβλ ΟλΣτΕ 721/1969), στην εξεταζόμενη δε υπόθεση, και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα αρχή. Στην περίπτωση δε αμφισβήτησης των κανονιστικών

όρων Διακήρυξης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, ενόψει του ότι η κανονιστικού χαρακτήρα Διακήρυξη δεν φέρει υποχρεωτικά αιτιολογία, η επιλογή των πληττόμενων απαιτήσεων, μπορεί να παρατίθεται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕφΠειρ 44/2018) ή/και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου.

9. Στην προκείμενη περίπτωση, με τον μόνο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο όρος των άρθρων 6.1.1 της προσβαλλόμενης Διακήρυξης και 8^ο της προσαρτημένης Συγγραφής Υποχρεώσεων, σύμφωνα με τον οποίο τα γεύματα θα μεταφέρονται στον χώρο σίτισης εντός μίας (1) ώρας από την παρασκευή τους είναι μη νόμιμος, διότι περιορίζει αδικαιολόγητα και δυσανάλογα τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων μόνο σε εκείνους που διαθέτουν εργαστήρια παρασκευής γευμάτων σε απόσταση μίας (1) ώρας κατ' ανώτατο όριο από το σχολείο. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο όρος αυτός παραβιάζει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και του ελεύθερου ανταγωνισμού, ενώ δεν δικαιολογείται από την ανάγκη να παραδίδονται τα γεύματα αναλοίωτα, αφού, σε κάθε περίπτωση, η μεταφορά τους θα γίνεται, σύμφωνα με τις οικείες απαιτήσεις της Διακήρυξης, με κατάλληλα για μεταφορά τροφίμων οχήματα και σε κλειστές συσκευασίες. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, με τον όρο αυτό τίθεται γεωγραφικός περιορισμός, αφού τελικά δύνανται να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό μόνο φορείς με έδρα το Αγρίνιο και τα περίχωρά του.

10. Σύμφωνα με το άρθρο 6.1 της Διακήρυξης, «6.1.1. Η καθημερινή σίτιση των ... του ... θα γίνεται με μεσημβρινά γεύματα, σε ατομικές μερίδες και ατομική συσκευασία. ... Τα γεύματα θα μεταφέρονται ζεστά σε κατάλληλα διαμορφωμένα για τη συντήρηση των τροφίμων οχήματα στις εγκαταστάσεις του ..., ομαδοποιημένα ανάλογα με τον αριθμό των μαθητών κάθε τμήματος και θα σερβίρονται, με ευθύνη του αναδόχου, σε δύο βάρδιες στην τραπεζαρία του σχολείου. Τα γεύματα θα μεταφέρονται στο χώρο σίτισης εντός μίας (1) ώρας από την παρασκευή τους, προκειμένου να αποφευχθεί ενδεχόμενη αλλοίωση της ποιότητάς τους, σε κατάλληλα διαμορφωμένα για τη συντήρηση των τροφίμων οχήματα, εφοδιασμένα με σχετική άδεια (τα οποία για τον σκοπό αυτό θα έχουν βεβαίωση απ' την Δ/ση Δημόσιας Υγιεινής & Κοινωνικής Μέριμνας της Περιφέρειας ...), εντός των κλειστών δοχείων παρασκευής των ή

σε ατομικά σερβιρισμένα πιατάκια, τα οποία θα κουμπώνουν υποχρεωτικά». Ο ίδιος όρος περιλαμβάνεται στο άρθρο 8^ο της προσαρτημένης στη Διακήρυξη Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων (Παράρτημα Α').

11. Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο του προσβαλλόμενου όρου, η αναθέτουσα αρχή τον έθεσε προς τον σκοπό της διασφάλισης της ποιότητας του προσφερόμενου στους μαθητές φαγητού. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή παραθέτει παραδεκτά, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 περ. β' ν. 4412/2016, αιτιολογία για την επιλογή του προσβαλλόμενου όρου με τις απόψεις της, με τις οποίες υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη απαίτηση μεταφοράς των γευμάτων εντός μιας (1) ώρας από την παρασκευή τους είναι ιδιαίτερα σημαντική, προκειμένου να αποφευχθεί με ασφάλεια τυχόν αλλοίωση της ποιότητας και των θρεπτικών συστατικών των γευμάτων, με δεδομένο επιπλέον ότι η διανομή του φαγητού στους μαθητές γίνεται σε δύο (2) βάρδιες και ο απαιτούμενος χρόνος της διανομής, ανέρχεται σε δύο (2) ώρες, με αποτέλεσμα να αυξάνεται σημαντικά ο χρόνος που μεσολαβεί από την παρασκευή του γεύματος μέχρι την κατανάλωσή του. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι η χιλιομετρική ακτίνα, στην οποία μπορεί να είναι εγκατεστημένο το εργαστήριο παρασκευής των γευμάτων δεν περιορίζεται στο ..., διότι το περιθώριο της μίας (1) ώρας δίνει τη δυνατότητα συμμετοχής σε οικονομικούς φορείς που διατηρούν εργαστήρια όχι μόνο στην ευρύτερη περιοχή του ..., αλλά και σε μεγαλύτερη απόσταση εντός της Περιφερειακής Ενότητας ... (πχ ..., ...) και εκτός αυτής (πχ ..., ..., ... κ.ά.).

12. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά παραπάνω στις σκέψεις 6-8 και των στοιχείων του φακέλου, ο μόνος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος. Και τούτο, διότι λαμβάνοντας ιδίως υπόψη: α) τον σκοπό που εξυπηρετεί η υπό ανάθεση σύμβαση, ήτοι την παροχή ..., β) το γεγονός ότι τα γεύματα σερβίρονται, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, στην τραπεζαρία του σχολείου σε δύο βάρδιες και, επομένως, όπως βάσιμα προβάλλει η αναθέτουσα αρχή ο χρόνος σερβιρίσματος επιμηκύνει το διάστημα μεταξύ της παρασκευής των γευμάτων και της κατανάλωσής τους, γ) το γεγονός ότι η απόσταση μίας (1) ώρας από το σχολείο καταλαμβάνει ευρεία γεωγραφική περιοχή, στην οποία μπορεί να είναι εγκατεστημένο το παρασκευαστήριο των γευμάτων, προκειμένου να τηρείται η επίμαχη προδιαγραφή, κρίνεται ότι η πληττόμενη απαίτηση της Διακήρυξης συνδέεται με το αντικείμενο των υπό

ανάθεση υπηρεσιών και, ενόψει των συνθηκών της κρινόμενης υπόθεσης, παρίσταται ανάλογη προς τον επιδιωκόμενο σκοπό της ποιοτικής σίτισης των μαθητών, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

13. Απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο πληττόμενος όρος εισάγει γεωγραφικό περιορισμό, διότι οι οικονομικοί φορείς που μπορούν να συμμετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό είναι μόνο όσοι έχουν έδρα στο Όμως, η Διακήρυξη δεν απαιτεί οι οικονομικοί φορείς να εδρεύουν σε απόσταση μίας (1) ώρας από το σχολείο, αλλά να μεταφέρουν τα γεύματα εντός μίας (1) ώρας από την παρασκευή τους. Επομένως, κάθε οικονομικός φορέας που διαθέτει ήδη ή εξασφαλίζει με οποιοδήποτε τρόπο ενόψει του προκείμενου διαγωνισμού τη δυνατότητα μεταφοράς των γευμάτων στο σχολείο εντός μίας (1) ώρας από την παρασκευή τους, δικαιούται να υποβάλει προσφορά, ανεξάρτητα από τον τόπο της έδρας του. Σε κάθε περίπτωση, όπως προαναφέρθηκε, η επίμαχη χρονική απαίτηση επιτρέπει τη μεταφορά του φαγητού στο σχολείο από παρασκευαστήρια τόσο της ευρύτερης περιοχής του ... όσο και άλλων περιοχών της ... ή/και διαφορετικών περιφερειακών ενοτήτων (ενδεικτικά: των πόλεων και των περιχώρων της ..., ..., ..., ..., ... κ.α.), με αποτέλεσμα να μην παρίσταται δυσανάλογη ενόψει του επιδιωκόμενου σκοπού, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

14. Σε κάθε περίπτωση, στο μέτρο που η προσφεύγουσα, αμφισβητώντας τη σκοπιμότητα και αναγκαιότητα της πληττόμενης απαίτησης, επιχειρεί να προσδιορίσει τα χαρακτηριστικά των υπό ανάθεση υπηρεσιών με βάση τις δικές της ανάγκες και με δικά της κριτήρια, ήτοι με βάση το γεγονός ότι η ίδια εδρεύει και διαθέτει εργαστήρια παραγωγής γευμάτων στα ..., οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (ΕΑ 238/2009, 201/2007, ΔΕφΠειρ 464/2019 κ.α.). Για όλους τους παραπάνω λόγους, ο μόνος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 1023/2023

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 19 Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε στις 10 Ιουλίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ