

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 4 Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης - Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος – Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 26.05.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **774/29.05.2023** του οικονομικού φορέα «...» (στο εξής «ο προσφεύγων»), που εδρεύει στην ..., επί της οδού ... αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του ... (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

-Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (στο εξής «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στα ..., οδός ... αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά να ακυρωθεί η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ... με αριθμό 97/2023 (Έγκριση Πρακτικού 3 της Επιτροπής Διαγωνισμών για την "..."), κατά το μέρος αυτής με το οποίο εγκρίθηκε το Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού με αριθμό 3 και αναδείχθηκε ανάδοχος για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού ο οικονομικός φορέας «...», καθώς και η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ... με αριθμό 41/2023 (Έγκριση Πρακτικών 1 και 2 της Επιτροπής Διαγωνισμών για την προμήθεια με τίτλο "..."), η οποία επικυρώθηκε με την παραπάνω απόφαση.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης : 1076/2023

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε παράβολο ποσού 770,00 ευρώ, υπερβάλον του νομίμου κατά το ποσό των 5,60 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία του Τμήματος 1 της σύμβασης, για το οποίο ασκείται η προσφυγή, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό .../12/2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 342.562,95 ευρώ, πλέον ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 23η.01.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 22.12.2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α
3. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 26.05.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 17.05.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.
4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 957/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής.
5. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε την παρέμβασή της για την αντίκρουση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος στις 09.06.2023 εμπρόθεσμα, δεδομένου ότι η προδικαστική προσφυγή κοινοποιήθηκε στις 30.06.2023.
6. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού 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, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

7. Η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

8. Με τον πρώτο λόγο ο προσφεύγων στρέφεται κατά της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και ισχυρίζεται ότι αυτή είναι πλημμελής, καθώς για το Τμήμα 1 - Είδη Παντοπωλείου και συγκεκριμένα για το είδος «ρεβύθια» (με α/α 10) και με εμπορική ονομασία «...» έχει δηλωθεί ως τόπος προέλευσης η χώρα ..., ενώ στη Μελέτη που συνοδεύει τη Διακήρυξη και αναφέρονται οι τεχνικές προδιαγραφές των προσφερόμενων ειδών ζητούνται «*Ρεβύθια - Εγχώρια αρίστης ποιότητας αποδεδειγμένα ευρείας κατανάλωσης, αποφλοιωμένα, παραγωγής τρέχοντος έτους, τυποποιημένα σε κατάλληλη πλαστική σακούλα, βάρους 500γρ. με καρπούς υγιείς, ξηρούς και ομοιογενείς. Εγγυημένη ημερομηνία λήξης τουλάχιστον 1 έτους εκτός ψυγείου*». Επί του παραπάνω λόγου προσφυγής λεκτέα τα εξής:

9. Στον όρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης με τίτλο «Τεχνική προσφορά» ορίζεται ότι «*Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο Τεχνικές Προδιαγραφές*» του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Οι

οικονομικοί φορείς αναφέρουν: α) (...) β) τη χώρα παραγωγής του προσφερόμενου προϊόντος και την επιχειρηματική μονάδα στην οποία παράγεται αυτό, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της». Επίσης, στη Μελέτη που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της Διακήρυξης και ορίζονται οι τεχνικές προδιαγραφές των ζητούμενων ειδών, ορίζεται ότι «Οι συμμετέχοντες για τα ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ, θα πρέπει να προσκομίσουν δείγμα ανά είδος, το οποίο να είναι εφάμιλλο σε συσκευασία – προδιαγραφές συστατικών και ποιότητα με τα αντίστοιχα είδη των τριών μεγαλύτερων εταιρειών στον χώρο». Στην τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας και συγκεκριμένα στα ηλεκτρονικά αρχεία «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ signed.pdf» και «ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ ΠΑΡ 2.4.3.2 α) & β) signed.pdf» έχει πράγματι αναφερθεί ως χώρα προέλευσης του προσφερόμενου είδους η ..., αν και η Διακήρυξη απαιτεί εγχώρια προϊόντα. Ωστόσο, στο δεύτερο από τα παραπάνω αρχεία δηλώνεται ως τόπος εγκατάστασης του προμηθευτή το ..., δήλωση η οποία δημιουργεί σύγχυση σχετικά με την ελληνική ή μη προέλευση του προϊόντος. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται στην παρέμβασή της ότι από το δείγμα που προσκόμισε, φωτογραφία του οποίου επισυνάπτει, προκύπτει ξεκάθαρα ότι το προσφερόμενο προϊόν είναι εγχώριας παραγωγής, ενώ στην υπεύθυνη δήλωση που επικαλείται ο προσφεύγων και στην τεχνική της προσφορά αναγράφεται ως χώρα παραγωγής η ... εκ παραδρομής. Μετά τα παραπάνω προκύπτει ότι ο προβαλλόμενος ισχυρισμός προβάλλεται καταρχήν βάσιμα, καθώς υπάρχει αναντιστοιχία μεταξύ των στοιχείων που δήλωσε η παρεμβαίνουσα στην προσφορά της, πλην όμως δεδομένου ότι η ελληνική προέλευση του είδους αναφέρεται στην Υπεύθυνη Δήλωση της παρεμβαίνουσας και στο δείγμα που προσκόμισε, η αναθέτουσα αρχή έσφαλε στο μέτρο που έκανε δεκτή την επίμαχη προσφορά, χωρίς την προηγούμενη κλήση της παρεμβαίνουσας σε διευκρίνιση αυτής σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Συνεπώς, ο προβαλλόμενος ισχυρισμός γίνεται δεκτός και θα πρέπει να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή για την άσκηση της παραπάνω αρμοδιότητάς της.

10. Με το δεύτερο λόγο προβάλλεται πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας για το είδος «ξύδι», για το οποίο απαιτείται από τη Μελέτη της Διακήρυξης «Το ξύδι να αρίστης ποιότητας 6 βαθμών να προέρχεται από σταφύλι και να μην είναι αναπλήρωμα ξυδιού (να μην περιέχει αλκοόλη). Τυποποιημένο σε

κατάλληλο πλαστικό μπουκάλι. Το βάρος του να είναι 400 γρ. Στη συσκευασία θα αναγράφεται ευκρινώς η ημερομηνία λήξης του προϊόντος τουλάχιστον 1 έτος από την ημερομηνία παράδοσής του στο Ν.Π.», ενώ, από φωτογραφικό υλικό που προσκομίζει ο προσφεύγων προκύπτει ότι το είδος που προσφέρει η παρεμβαίνουσα διατίθεται σε συσκευασία των 390 ml. Ο παραπάνω ισχυρισμός ωστόσο δεν μπορεί να γίνει δεκτός, καθώς οι μονάδες μέτρησης «γραμμάρια» και «ml» δεν είναι ταυτόσημες, αφού η μονάδα του λίτρου (l, ml) αντιστοιχεί στη μέτρηση όγκου, ενώ η μονάδα του κιλού (kg,gr) αντιστοιχεί στη μέτρηση βάρους, ώστε να αποδεικνύεται η συμφωνία ή μη του προσφερόμενου είδους με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης.

11. Με τον τρίτο λόγο προβάλλεται πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας για το είδος «μαργαρίνη», καθώς, αν και η Διακήρυξη απαιτεί «Να είναι προϊόν αρίστης ποιότητας που λαμβάνεται από φυτικές λιπαρές ύλες κατάλληλη για επάλειψη στο ψωμί και το οποίο έχει την ακόλουθη περιεκτικότητα σε λιπαρές ύλες: άνω των 62% και κάτω του 80%. Συσκευασία τυποποιημένη σε κατάλληλο πλαστικό κεσεδάκι σφραγισμένο αεροστεγώς και με επιπλέον καπάκι φύλαξης. Εξωτερικά της συσκευασίας θα αναγράφονται τα συστατικά η προέλευση και εγγυημένη ημερομηνία λήξης τουλάχιστον 6 μηνών, αποδεδειγμένα ευρείας κατανάλωσης. Το βάρος της συσκευασίας του να είναι (250) γραμ.» το είδος που προσφέρει η παρεμβαίνουσα με την ονομασία «...», σύμφωνα με φωτογραφικό υλικό που προσκομίζει ο προσφεύγων έχει περιεκτικότητα σε λιπαρές ύλες 60% και όχι άνω του 62% όπως απαιτείται από την διακήρυξη. Η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει ότι «ορθά ο προσφεύγων αναφέρει ότι η περιεκτικότητα του προϊόντος μας είναι 60%, αλλά στην αγορά δεν υπάρχει προϊόν που να πληροί τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Αυτό άλλωστε αποδεικνύεται και από το προσφερόμενο προϊόν «...» του προσφεύγοντος στο οποίο η περιεκτικότητα σε λιπαρές ύλες είναι 59%, όπως ξεκάθαρα αποδεικνύεται και από την συσκευασία του προϊόντος. Επομένως, λόγω της αστοχίας της διακήρυξης κανένας οικονομικός φορέας δεν θα μπορούσε να πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές». Κατά συνέπεια και η ίδια η παρεμβαίνουσα συνομολογεί την ασυμφωνία της προσφοράς της για το είδος «μαργαρίνη», ενώ ο ισχυρισμός για τη μη διάθεση σχετικού προϊόντος στην αγορά δεν αποδεικνύεται και ο κρινόμενος ισχυρισμός γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

12. Για το ίδιο είδος «μαργαρίνη» ο προσφεύγων από έρευνα που πραγματοποίησε, προσκομίζει την υπεύθυνη δήλωση της παρεμβαίνουσας με ημερομηνία 26.07.2022, την οποία υπέβαλε για τη συμμετοχή της σε άλλο διαγωνισμό και στην οποία δηλώνει ότι ο παραγωγός-προμηθευτής του προσφερόμενου προϊόντος είναι η «...», αν και έχει δηλωθεί η «...». Ο παραπάνω ισχυρισμός απορρίπτεται, καθώς στηρίζεται σε στοιχεία προσφοράς άλλου διαγωνισμού που δεν αποτελούν αντικείμενο της κρινόμενης διαφοράς.

13. Με τον τέταρτο λόγο ο προσφεύγων προβάλλει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας για το είδος του Τμήματος 1 «Ρεγκάτο 1000 γρ (τριμμένο)» είναι πλημμελής, καθώς δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα, για το παραπάνω είδος ζητείται *«Τυρί από αγελαδινό αρίστης ποιότητας να πληροί τους όρους του Κώδικα Τροφίμων και Ποτών και Αντικειμένων κοινής χρήσεως, καθώς και τις Υγειονομικές και Κτηνιατρικές διατάξεις. Τριμμένο και συσκευασμένο κατάλληλα, σε ασφαλή τυποποιημένη συσκευασία 1000γρ(τριμμένο), απαλλαγμένη από ξένες ύλες με αναγραφόμενη εξωτερικά της συσκευασίας την προέλευση και εγγυημένη ημερομηνία λήξης τουλάχιστον 6 μηνών»*. Η παρεμβαίνουσα στην τεχνική προσφορά της καθώς και στην υπεύθυνη δήλωση που συνυπέβαλε ως παραγωγό την εταιρεία με την επωνυμία «...». Όμως, από την ετικέτα του προσφερόμενου είδους, φωτογραφία της οποίας προσκομίζει ο προσφεύγων, το ρεγκάτο με την ονομασία «...» συσκευάζεται για την «...» και επομένως κατά τα προβαλλόμενα, η «...» δεν είναι ο παραγωγός του είδους. Περαιτέρω, ο προσφεύγων επικαλείται την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ με αριθμό 810/2022, η οποία έκανε δεκτό τον ισχυρισμό του ίδιου κατά της παρεμβαίνουσας για το ίδιο προσφερόμενο σε είδος σε έτερο διαγωνισμό για την προμήθεια ειδών παντοπωλείου κατά τον οποίο, ο τότε ανάδοχος *«δήλωσε στη σελίδα 5 της τεχνικής του προσφοράς ως προς το με α/α 20 είδος της Ομάδας Α' "Ρεγκάτο τριμμένο" ως χώρα προέλευσης του προϊόντος την Ελλάδα και ως παραγωγό εταιρεία την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...»*. Πλην, όμως, από την προσκομιζόμενη και επικαλούμενη ηλεκτρονική αλληλογραφία μεταξύ του προσφεύγοντος και εκπροσώπου της ανώνυμης εταιρείας «...», προέκυπτε ότι το προσφερόμενο από τον συνδιαγωνιζόμενο είδος παράγεται στην ..., από το εργοστάσιο παραγωγής ..., με κωδικό κυκλοφορίας ... και συσκευάζεται από την «...» και τελικά κρίθηκε ότι *«ο παρεμβαίνων δεν έχει*

Αριθμός Απόφασης : 1076/2023

προσκομίσει το απαιτούμενο από τη διακήρυξη πιστοποιητικό του παραγωγού για το προσφερόμενο ως άνω προϊόν Ρεγκάτο τριμμένο και άρα κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά του για την Ομάδα Α΄ του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, η προσφυγή θα πρέπει εν συνόλω να γίνει δεκτή». Η δε παρεμβαίνουσα προβάλλει στην παρέμβασή της ότι παραγωγός εταιρεία του επίμαχου είδους είναι η «...» και η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να κάνει χρήση του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 περί διευκρινίσεων. Μετά τα παραπάνω ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας σχετικά με τον παραγωγό του είδους «Ρεγκάτο 1000 γρ (τριμμένο)» είναι πράγματι ανακόλουθος σε σχέση με τα στοιχεία που δήλωσε στην προσφορά της και για το λόγο αυτό θα πρέπει να κληθεί σε διευκρινίσεις σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. ως προς την παραγωγό εταιρεία και την ταυτότητα αυτής σε σχέση με αυτή που δηλώθηκε στην προσφορά της. Τέλος, ο ισχυρισμός για την αυτόματη απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας με βάση τα όσα έγιναν δεκτά στην πιο πάνω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ 810/2022 απορρίπτεται καθώς βασίζεται σε δεδομένα άλλης διαγωνιστικής διαδικασίας, για τα οποία μάλιστα δεν προκύπτει ομοιότητα με αυτά της προκείμενης, καθώς στην τότε προσφορά της παρεμβαίνουσας είχε δηλωθεί ως παραγωγός του είδους διαφορετική εταιρεία, ήτοι η «...».

13. Με τον πέμπτο λόγο προβάλλεται πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας για το είδος «ζάχαρη άχνη» στο μέτρο που, ενώ η διακήρυξη απαιτεί *«Να είναι αρίστης ποιότητας, ελληνικής παραγωγής σε χάρτινη συσκευασία των 400γρ και να είναι απαλλαγμένη από ξένες ύλες. Εξωτερικά της συσκευασίας να αναγράφεται η προέλευση και η εγγυημένη ημερομηνία λήξης τουλάχιστον 6 μηνών εκτός ψυγείου»* η παρεμβαίνουσα δήλωσε στην τεχνική της προσφορά και στην υπεύθυνη δήλωσή, που κατέθεσε, ως χώρα προέλευσης-παραγωγής την Η παρεμβαίνουσα δεν αρνείται τα παραπάνω, ωστόσο ισχυρίζεται ότι η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής είναι ανεδαφική, γιατί στην Ελλάδα τα τελευταία χρόνια δεν γίνεται παραγωγή ζάχαρης. Ο παραπάνω ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας περί μη παραγωγής του είδους «ζάχαρη άχνη» είναι καταρχήν αναπόδεικτος. Σε κάθε περίπτωση επίσης, η παρεμβαίνουσα με τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό και μη ασκώντας προδικαστική προσφυγή κατά των όρων της Διακήρυξης, αποδέχθηκε αυτούς ανεπιφύλακτα με αποτέλεσμα να

Αριθμός Απόφασης : 1076/2023

δεσμεύεται από αυτούς, όπως και όλοι οι συμμετέχοντες (ΣΤΕ ΕΑ 275/2018, 173/2017, 270/2014 5μ., 279/2016 ΟΛ., 48/2017 σκ.14). Επομένως, μετά τα παραπάνω, εσφαλμένα έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, καθώς για το είδος «ζάχαρη άχνη» δεν προκύπτει η πλήρωση των ζητούμενων τεχνικών προδιαγραφών.

14. Με τον έκτο λόγο ο προσφεύγων στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας «...» και ισχυρίζεται ότι για το είδος «Ζάχαρη άχνη 400γρ» η πιο πάνω εταιρεία δήλωσε στην τεχνική της προσφορά ότι προσφέρει το είδος με την εμπορική ονομασία «...» που παράγεται στο εργοστάσιο «..., ...». Πλην όμως, σύμφωνα με πιστοποιητικό που προσκομίζει, το παραπάνω εργοστάσιο δραστηριοποιείται στο πεδίο παρασκευής αποστειρωμένου βοείου κρέατος, χοιρινού κρέατος, γαλοπούλας και κοτόπουλου και ουδεμία σχέση έχει με το πεδίο παραγωγής ζάχαρης και σχετικών με αυτή ειδών, αλλά, κατά τα προβαλλόμενα, το ορθό εργοστάσιο παραγωγής για το είδος αυτό είναι η βιομηχανία τροφίμων «...». Το παραπάνω έγγραφο, που προσκομίζει ο προσφεύγων, αποτελεί πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας του συγκεκριμένου εργοστασίου για τη δραστηριότητά της παρασκευής αποστειρωμένου βοείου κρέατος, χοιρινού κρέατος, γαλοπούλας και κοτόπουλου και δεν αρκεί για να αποδείξει τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος, καθώς δεν αποκλείει την τυχόν άσκηση και άλλης δραστηριότητας από την ίδια εταιρεία. Επομένως, ο κρινόμενος ισχυρισμός απορρίπτεται ως αβάσιμος.

15. Με τον έβδομο λόγο ο προσφεύγων προβάλλει πλημμέλεια της προσφοράς της «...» για το είδος «Τοματοπελτές 410γρ», καθώς προσφέρει το προϊόν με την εμπορική ονομασία «...», και έχει δηλώσει στην υποβληθείσα τεχνική της προσφορά ότι το εργοστάσιο παραγωγής είναι το «...», ενώ από προσωπική του έρευνα και τις σχετικές ερωτήσεις προς τον προμηθευτή «...» της πιο πάνω εταιρείας διαπίστωσε ότι το εργοστάσιο παραγωγής του προϊόντος αυτού είναι το «...». Επί του κρινόμενου ισχυρισμού επισημαίνεται ότι ο προσφεύγων προσκομίζει ηλεκτρονική αλληλογραφία με εκπρόσωπο της εταιρείας «...» με το ερώτημα «*Παρακαλώ μπορείτε να μας ενημερώσετε ότι συνεχίζουν να ισχύουν για τα παρακάτω είδη ιδιωτικής ετικέτας τα εργοστάσια παραγωγής, ευχαριστούμε. α) ... Τοματοπολτός Διπλής Συμπύκνωσης 28-30% 410gr (ΕΡΓΟΣΤΑΣΙΟ ...) (...)»*»,

στο οποίο ο εκπρόσωπος της «...» απάντησε μεν θετικά, πλην όμως δεν μπορεί να αξιολογηθεί ως επαρκές αποδεικτικό στοιχείο για το προβαλλόμενο σφάλμα της προσφοράς της «...». Και αυτό γιατί δεν πρόκειται για έγγραφο με ακριβή τεχνικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου είδους ή κάποια βεβαίωση της παραγωγού εταιρείας, αλλά για ιδιωτική αλληλογραφία, στην οποία θα μπορούσε να έχει εμφιλοχωρήσει παραδρομή ή ανακρίβεια.

16. Με τον όγδοο λόγο προβάλλεται ως πλημμελής η προσφορά της «...» για το είδος «Κακάο 125γρ» με την εμπορική ονομασία «...» για το οποίο η παραπάνω εταιρεία δήλωσε στην τεχνική προσφορά της ως εργοστάσιο παραγωγής την «...», πλην όμως το συγκεκριμένο είδος παράγεται στο εργοστάσιο «...» όπως προκύπτει από την παραπάνω επικαλούμενη αλληλογραφία του προσφεύγοντος με εκπρόσωπο της εταιρείας «...». Κατ' αναλογία προς τα όσα έγιναν δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη και ο ισχυρισμός αυτός απορρίπτεται ως αβάσιμος.

17. Με τον ένατο λόγο κατά της «...» ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά της τελευταίας για το είδος «Ρεγκάτο 1000γρ (τριμμένο)» είναι πλημμελής. Συγκεκριμένα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η «...» δήλωσε ως χώρα παραγωγής του προϊόντος την ... και ως παραγωγό εταιρεία την εταιρεία με την επωνυμία «...». Αποδέχεται επίσης ο προσφεύγων ότι από την ετικέτα του είδους και από το πιστοποιητικό ..., που ο ίδιος προσκομίζει με την προσφυγή του, το «ρεγκάτο τριμμένο» είναι προϊόν Ιρλανδίας και εισαγωγέας - διανομέας είναι η «...». Πλην όμως επικαλείται, όπως και παραπάνω την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ με αριθμό 810/2022, η οποία έκανε δεκτό τον ισχυρισμό του ίδιου κατά του «...» για το ίδιο προσφερόμενο είδος σε άλλο διαγωνισμό. Σύμφωνα με τα όσα έγιναν δεκτά παραπάνω, κατά την επίκληση της ίδιας απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ σχετικά με την ορθότητα της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ο ισχυρισμός για την απόρριψη της προσφοράς της «...» με βάση το σκεπτικό της απόφασης αυτής, απορρίπτεται, καθώς βασίζεται σε δεδομένα άλλης διαγωνιστικής διαδικασίας, για τα οποία μάλιστα δεν προκύπτει ομοιότητα με αυτά της προκείμενης, καθώς στην τότε προσφορά της παρεμβαίνουσας είχε δηλωθεί ως παραγωγός του είδους διαφορετική εταιρεία, ήτοι η «...». Πολύ περισσότερο μάλιστα, που στον υπό κρίση ισχυρισμό δεν αμφισβητείται από τον προσφεύγοντα η προσήκουσα δήλωση του παραγωγού και η συμφωνία αυτής με την ετικέτα του

προσφερόμενου είδους. Συνεπώς, ο ένατος λόγος προσφυγής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος.

18. Με το δέκατο λόγο ο προσφεύγων προβάλλει πλημμέλεια της προσφοράς της «...» για το είδος «Μαργαρίνη τύπου soft 250γρ». Ειδικότερα προβάλλεται ότι η «...» για το προσφερόμενο είδος με την ονομασία «...» έχει δηλώσει στην τεχνική της προσφορά ως εργοστάσιο παραγωγής την εταιρεία «...», ενώ όπως προκύπτει από ηλεκτρονική αλληλογραφία του προσφεύγοντος με τον προμηθευτή της εταιρείας «...», το εργοστάσιο παραγωγής του προϊόντος αυτού είναι η εταιρεία «...». Ο ισχυρισμός αυτός προβάλλεται αβάσιμα, καθώς, όπως και παραπάνω έγινε δεκτό, η επικαλούμενη αλληλογραφία είναι ιδιωτική, στην οποία θα μπορούσε να έχει επιλοχώσει οπουδήποτε παραδρομή ή ανακρίβεια, ενώ δεν πρόκειται για κάποιο έγγραφο με ισχυρή αποδεικτική ισχύ, όπως έγγραφο με ακριβή τεχνικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου είδους ή κάποια βεβαίωση της παραγωγού εταιρείας. Ο προσφεύγων ισχυρίζεται επίσης ότι το προσφερόμενο είδος δεν πληροί τις προδιαγραφές της διακήρυξης για την περιεκτικότητα σε λιπαρές ύλες άνω του 62% και κάτω του 80%, όπως προκύπτει από φωτογραφία της συσκευασίας του προσφερόμενου είδους, στην οποία αναγράφεται περιεκτικότητα σε λιπαρές ύλες 60%. Το σκέλος αυτό του ισχυρισμού προβάλλεται βάσιμα και γίνεται δεκτό, καθώς το προσφερόμενο είδος πράγματι δεν πληροί τις απαιτήσεις της Μελέτης της Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία ζητείται η προσφερόμενη μαργαρίνη *«Να είναι προϊόν αρίστης ποιότητας που λαμβάνεται από φυτικές λιπαρές ύλες κατάλληλη για επάλειψη στο ψωμί και το οποίο έχει την ακόλουθη περιεκτικότητα σε λιπαρές ύλες: άνω των 62% και κάτω του 80% (...)*», όπως επιβεβαιώνεται από την αναλυτική καταγραφή των συστατικών του προϊόντος στη συσκευασία του. Επομένως, εσφαλμένα έγινε δεκτή η προσφορά της «...» για το είδος «Μαργαρίνη τύπου soft 250γρ».

19. Με τον ενδέκατο λόγο ο προσφεύγων στρέφεται κατά της «...» για το είδος «ξύδι 400γρ», καθώς κατά τους ισχυρισμούς της, στην τεχνική προσφορά της πιο πάνω εταιρείας έχει δηλωθεί ως εργοστάσιο παραγωγής η εταιρεία «...», πλην όμως το ορθό εργοστάσιο παραγωγής είναι το εργοστάσιο «...», όπως προκύπτει

από την αλληλογραφία του ίδιου με εκπρόσωπο της εταιρείας «...». Με βάση τα όσα παραπάνω κρίθηκαν ο προβαλλόμενος ισχυρισμός απορρίπτεται ως αβάσιμος, καθώς η επίμαχη αλληλογραφία δεν αποδεικνύει το φερόμενο σφάλμα της προσφοράς της «...».

20. Με το δωδέκατο λόγο ο προσφεύγων προβάλλει ότι κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας η αναθέτουσα αρχή του στέρησε την πρόσβαση στα δείγματα που προσκόμισαν οι συμμετέχοντες, παρά τα σχετικά αιτήματα που κατέθεσε δια μέσου του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού. Επί του παραπάνω λόγου προσφυγής λεκτέα τα εξής:

21. Στο άρθρο 214 του ν. 4412/2016 «Δείγματα - Δειγματοληψία-Εργαστηριακές Εξετάσεις» ορίζονται τα εξής: «1. Τα δείγματα που χρησιμοποιούνται κατά την διενέργεια των προμηθειών υπάγονται στις παρακάτω κατηγορίες: α) Δείγματα φορέων. Στην κατηγορία αυτή υπάγονται τα δείγματα που αποστέλλουν οι φορείς για τους οποίους προορίζονται τα προς προμήθεια υλικά, βάσει και των οποίων θα πραγματοποιηθεί η προμήθεια. β) Δείγματα οικονομικών φορέων. Στην περίπτωση αυτή υπάγονται τα δείγματα που καταθέτουν οι οικονομικοί φορείς όταν απαιτείται από τα έγγραφα της σύμβασης. γ) Δείγματα προμηθευτών από τα προς παραλαβή συμβατικά υλικά. Στην κατηγορία αυτή υπάγονται τα δείγματα που λαμβάνονται από τις επιτροπές παραλαβής προς δειγματοτισμό των υλικών που παραδίδουν οι προμηθευτές σε εκτέλεση της σύμβασης 2. (...) 3. Τα δείγματα όλων των κατηγοριών κατατίθενται στην αρμόδια υπηρεσία, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης, εις διπλούν (δείγμα - αντίδειγμα) με εξαίρεση: α) Τα δείγματα των φορέων, εκτός αν η υπηρεσία έχει ορίσει διαφορετικά. β) Τα δείγματα τα οποία, λόγω της φύσης τους ή της αξίας τους, δεν μπορούν να αποσταλούν ή να υποβληθούν εις διπλούν. γ) Τα δείγματα που λαμβάνουν οι επιτροπές παραλαβής κατά την διαδικασία ελέγχου των προς παραλαβή συμβατικών υλικών, τα οποία λαμβάνονται μεν εις διπλούν, πλην όμως, το ένα απ' αυτά αποστέλλεται απευθείας από την επιτροπή για εργαστηριακή εξέταση ή χρησιμοποιείται για πρακτική δοκιμασία. (...) 7. Εφόσον η προμήθεια του υλικού γίνεται με βάση δείγματα της κατηγορίας α', οι ενδιαφερόμενοι μπορούν να λαμβάνουν γνώση των δειγμάτων αυτών κατά το διάστημα της προθεσμίας που ορίζεται από την διακήρυξη ή την πρόσκληση είτε με απλή

μακροσκοπική εξέταση αυτού από τους ενδιαφερομένους είτε με λήψη αντιγράφου ή απεικόνισης αυτού, με δική τους μέριμνα και ευθύνη. 8. Κατά την αξιολόγηση των προσφορών από το αρμόδιο όργανο, τίθενται υπόψη του και τα σχετικά δείγματα. Εφόσον για τη διενέργεια του ελέγχου από το αρμόδιο όργανο είναι απαραίτητη η αποσφράγιση του δείγματος, αυτή γίνεται ενώπιον υπαλλήλου της υπηρεσίας τήρησης των δειγμάτων, μετά δε τον έλεγχο, γίνεται επανασφράγιση του δείγματος. Επίσης, ενώπιον του υπαλλήλου της υπηρεσίας δειγμάτων γίνεται, όταν απαιτείται, λήψη μέρους του δείγματος.(...)». Περαιτέρω, στη Μελέτη που έχει ενσωματωθεί στην επίμαχη Διακήρυξη και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της ορίζεται ότι «Οι συμμετέχοντες για τα ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ, θα πρέπει να προσκομίσουν δείγμα ανά είδος, το οποίο να είναι εφάμιλλο σε συσκευασία – προδιαγραφές συστατικών και ποιότητα με τα αντίστοιχα είδη των τριών μεγαλύτερων εταιρειών στον χώρο».

22. Από το συνδυασμό των παραπάνω προκύπτει ότι ακόμη και εάν στο άρθρο 214 του ν. 4412/2016 και στη Διακήρυξη δεν προβλέπεται ρητά υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να παράσχει πρόσβαση στα δείγματα των συνυποψηφίων, αυτά αποτελούν στοιχείο της τεχνικής προσφοράς των διαγωνιζομένων. Επομένως, δεν μπορεί βάσιμα να υποστηριχθεί ότι είναι νόμιμη η σχετική άρνηση της αναθέτουσας αρχής για την πρόσβαση σε αυτά, η οποία ουσιαστικά στερεί από τον προσφεύγοντα τη δυνατότητα να λάβει γνώση της προσφοράς συνυποψηφίου του, δεδομένου μάλιστα ότι από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ο εμπιστευτικός χαρακτήρας αυτών. Ούτε επίσης μπορεί βάσιμα να υποστηριχθεί ότι ζητήθηκαν δείγματα από την οικεία Μελέτη για να καταχωρισθούν σφραγισμένα στις αποθήκες της αναθέτουσας αρχής, αλλά προφανώς η κατάθεσή τους ζητήθηκε για να ελεγχθούν και να αξιολογηθούν από την αναθέτουσα αρχή. Ο προαναφερόμενος δε έλεγχος των δειγμάτων από την αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να είναι ανέλεγκτος, αλλά αποτελεί αντικείμενο καταρχήν ενδικοφανούς διαδικασίας ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ και στη συνέχεια ακυρωτικά από το αρμόδιο Δικαστήριο. Επομένως, δεν μπορεί βάσιμα να υποστηριχθεί ότι η τα πορίσματα της αναθέτουσας αρχής μετά την εξέταση των δειγμάτων αποτελούν ανέλεγκτη τεχνικά κρίση της αναθέτουσας αρχής, άποψη η οποία ενδεχομένως να δικαιολογούσε την μη πρόσβαση των συμμετεχόντων σε

Αριθμός Απόφασης : 1076/2023

αυτά (βλ. ΑΕΠΠ 540/2021 σκ. 31, 712/2021 και ΕΑΔΗΣΥ 745/2022). Συνεπώς, ο υπό εξέταση λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

23. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή κατά το σκεπτικό και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη σύμφωνα με το σκεπτικό, κατά το μέρος αυτής με το οποίο κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές της παρεμβαίνουσας και της «...».
3. Απορρίπτει την παρέμβαση.
4. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 4 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 18 Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ