

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 21.07.2021 με ΓΑΚ 1467/22.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» με το διακριτικό τίτλο «....», που εδρεύει στον, όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά του «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «....» (εφεξής παρεμβαίνουσα), που εδρεύει στο, όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 02.08.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η η υπ' αριθμ. 1672/3/09-07-2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του, κατά το μέρος που ανακηρύσσει προσωρινό ανάδοχο του Τμήματος 43 του διαγωνισμού την παρεμβαίνουσα.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... ποσού €12.415,00.

2. Επειδή, με την υπ. Αριθ. ... Διακήρυξη, με α/α ΕΣΗΔΗΣ ..., της

Αριθμός απόφασης: 1438/2021

αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος ηλεκτρονικός ανοιχτός διαγωνισμός με αντικείμενο την «παροχή υπηρεσιών παρασκευής –συσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων (Σχολικά Γεύματα), σε μαθητές Πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης, ως εξής :-για το σχολικό έτος 2021-2022 για 158 διδακτικές ημέρες, -για το σχολικό έτος 2022-2023 για 158 διδακτικές ημέρες-με δυνατότητα παράτασης για 158 διδακτικές ημέρες για το σχολικό έτος 2023-2024, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, συνολικής προϋπολογισμένης δαπάνης 224.335.075,22€ πλέον Φ.Π.Α. ή 253.498.635,3 ευρώ €,συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Η συνολική προϋπολογισμένη δαπάνη για τα σχολικά 2έτη 2021-2022,2022-2023 ανέρχεται στο ποσό των 149.556.716,8 € πλέον Φ.Π.Α. ή 168.999.090,8€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Η Σύμβαση υποδιαιρείται σε εβδομήντα έξι (76) συνολικά Τμήματα (Περ/κες Ενότητες ή Δήμοι ή Δημ. Διαμερίσματα, σε όλη τη χώρα) και δίνεται δικαίωμα στους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν προσφορά αυτοτελώς ή και ως μέλη ένωσης, για ένα ή περισσότερα τμήματα, με μέγιστο αριθμό τα 20 .

3. Επειδή, τα υπ' αριθ. 1/6.7.2021 και 2/8.7.2021 πρακτικά της επιτροπής του διαγωνισμού εγκρίθηκαν με την προσβαλλόμενη υπ'αριθμ. 1672/3/09-07-2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής και ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος του Τμήματος 43 η παρεμβαίνουσα και δεύτερη , κατά αύξουσα προσφερόμενη τιμή, η προσφεύγουσα.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, η οποία κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες στις 12.07.2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 21.07.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό με παραδεκτή προσφορά και προσδοκά να αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος στο Τμήμα 43 του διαγωνισμού. Όσον αφορά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας σχετικά με τα υπόλοιπα τμήματα του

Αριθμός απόφασης: 1438/2021

διαγωνισμού στα οποία έχει συμμετάσχει η παρεμβαίνουσα και έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος, αυτές πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτως ασκηθείσες ελλείψει εννόμου συμφέροντος διότι η προσφεύγουσα δεν έχει συμμετάσχει σε αυτά και δεν έχει καταθέσει και το αναλογούν παράβολο.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 28.07.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου Ζ2/293/03.08/2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 11.08.2021.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 28.07.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 02.08.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος για το τμήμα 43 του διαγωνισμού.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική

διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας για το τμήμα 43 του Διαγωνισμού πρέπει να απορριφθεί διότι δεν καλύπτει την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της παραγράφου 2.2.6 της Διακήρυξης ώστε να μπορέσουν να εξυπηρετηθούν οι ανάγκες 5 τμημάτων του Διαγωνισμού, ήτοι του Τμήματος 12:, του Τμήματος 13:, του Τμήματος 1 :, του Τμήματος 43 και του Τμήματος 65: Και τούτο, Διότι, οι μονάδες παραγωγής της παρεμβαίνουσας που βρίσκονται στην και στο, που δύνανται σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης να προμηθεύσουν τα εν λόγω Τμήματα, δεν παράγουν, ως απαιτείται από τη διακήρυξη ημερησίως 29.428 μερίδες γευμάτων.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον μοναδικό λόγο της κρινόμενης προσφυγής: Το άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης ορίζει ότι: « Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης Σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: γ) να διαθέτουν για την μονάδα παρασκευής των γευμάτων, άδεια λειτουργίας εγκατάστασης παραγωγής γευμάτων με κωδικό αριθμό έγκρισης (IMP) από τον ΕΦΕΤ, για την παραγωγή γευμάτων, καθώς και τις πιστοποιήσεις των προτύπων διασφάλισης ποιότητας που αναφέρονται στην παρ. 2.2.9.2.B.5 της παρούσας». Επίσης, η παράγραφος Β. 4 γ) του άρθρου 2.2.9.2. της Διακήρυξης ορίζει ότι «γ) Για την απαίτηση της παρ. 2.2.6 (γ), Ι. Τη σχετική άδεια εργαστηρίου παραγωγής γευμάτων όπου αναγράφεται η μέγιστη ημερήσια παραγωγική ικανότητα των προσφερόντων σε μερίδες (σε περίπτωση που η άδεια αναγράφει κιλά θα πρέπει να γίνεται αναγωγή σε μερίδες γευμάτων), τη χορήγηση κωδικού αριθμού έγκρισης (IMP) από τον ΕΦΕΤ για την παραγωγή γευμάτων, καθώς και τα πιστοποιητικά συμμόρφωσης με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας, πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης, όπως περιγράφονται στην παρ. 2.2.9.2.B.5 της παρούσας για τη μονάδα παρασκευής των γευμάτων. Σε περίπτωση όπου η άδεια λειτουργίας δεν αναγράφει την ημερήσια παραγωγική δυνατότητα, αυτό μπορεί να καλύπτεται με Υπεύθυνη Δήλωση η οποία θα αναφέρει την ημερήσια παραγωγική δυνατότητα σε μερίδες, αρμοδίως υπογεγραμμένη.». Τέλος, στο Παράρτημα Ι παράγραφος 1.2 Β6 ορίζεται ότι:

Αριθμός απόφασης: 1438/2021

«B.6. Τα γεύματα θα παραδίδονται εντός του χρονικού διαστήματος 09:30 - 12:30. Η μεταφορά των γευμάτων από τις εγκαταστάσεις παραγωγής τους δε θα πρέπει να ξεκινάει νωρίτερα από τις 08:30».

Σύμφωνα με τα ως άνω άρθρα της Διακήρυξης ο υποψήφιος οικονομικός φορέας πρέπει προς πλήρωση του κριτηρίου της Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας να διαθέτει την κατάλληλη μονάδα παρασκευής γευμάτων με την απαιτούμενη δυνατότητα ημερήσιας παραγωγής αυτών και τα γεύματα θα πρέπει να παραδίδονται αυστηρά εντός του χρονικού διαστήματος 9:30 – 12:30 με την μεταφορά αυτών να ξεκινάει το νωρίτερο στις 8:30. Προκειμένου να μπορεί να επιτευχθεί τούτο, πρέπει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας να είναι σε θέση να προμηθεύσει τα απαιτούμενα γεύματα. Εάν αυτός τυχόν συμμετέχει σε περισσότερα από ένα τμήματα του διαγωνισμού είναι υποχρεωμένος αφενός να διαθέτει μονάδα παρασκευής γευμάτων που να καλύπτει τον απαιτούμενο αριθμό γευμάτων και αφετέρου τα γεύματα αυτά να μπορούν να παραδοθούν εντός του χρονικού ορίου που ορίζει το Παράρτημα Ι παράγραφος 1.2 B6. Αυτό σημαίνει ότι από τις 8:30 που είναι το νωρίτερο για την εκκίνηση της μεταφοράς των γευμάτων μέχρι τις 12:30 που είναι το αργότερο παράδοσής τους μεσολαβούν τέσσερις (4) ώρες. Επομένως, μπορεί η Διακήρυξη να μην περιορίζει ρητά με γεωγραφικούς περιορισμούς τον ακριβή τόπο εγκατάστασης της παραγωγικής μονάδας, όπως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή, αλλά η μέγιστη ημερήσια παραγωγική ικανότητα της κάθε μονάδας σε συνδυασμό με το περιορισμένο χρονικό πλαίσιο παράδοσης των γευμάτων, δεν δίνουν την δυνατότητα στον εκάστοτε οικονομικό φορέα να συμμετέχει σε οποιαδήποτε από τα τμήματα ανά την Επικράτεια επιθυμεί ασχέτως απόστασης. Τούτο γίνεται σαφές διότι αν για παράδειγμα ένας οικονομικός φορέας διαθέτει παραγωγική μονάδα στην και θέλει να συμμετάσχει στο τμήμα 19, αυτό δεν είναι εφικτό λόγω απόστασης που εν τοις πράγμασι θα καταστήσει αδύνατη την έγκαιρη μεταφορά των γευμάτων ως απαιτείται ρητά από την Διακήρυξη. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, οι αντίθετοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας κρίνονται αβάσιμοι και ορθώς η προσφεύγουσα προβαίνει στον υπολογισμό της μέγιστης χιλιομετρικής απόστασης των παραγωγικών μονάδων της παρεμβαίνουσας σε σχέση με τα τμήματα που πρέπει να εξυπηρετηθούν. Βάσει των υπολογισμών αυτών, οι οποίοι έχουν γίνει με αντικειμενικά δεδομένα, ήτοι την χιλιομετρική απόσταση

Αριθμός απόφασης: 1438/2021

των παραγωγικών μονάδων από τα τμήματα που πρέπει να εξυπηρετηθούν, την επιτρεπόμενη ταχύτητα των φορτηγών οχημάτων που ορίζεται το ανώτερο βάσει Κ.Ο.Κ στα 100χλμ/ ώρα και τις λοιπές παραμέτρους (καθυστέρηση κατά την παράδοση – παραλαβή) σε συνδυασμό με το ότι η παρεμβαίνουσα δήλωσε ότι διαθέτει έξι μονάδες παραγωγής και θα συμμετάσχει σε 18 Τμήματα, στα οποία συμπεριλαμβάνεται το επίμαχο τμήμα 43 καθώς και τα τμήματα 12:, 13:, 17: –, 65: προκύπτουν τα ακόλουθα: Οι μονάδες της που βρίσκονται στην, στην και στα απέχουν στο σύνολό τους περισσότερο από 400 χιλιόμετρα από τα προαναφερθέντα Τμήματα 43, 12, 13, 17 και 65 και ως εκ τούτου είναι αδύνατο να μπορούν εγκαίρως, εντός τεσσάρων ωρών από τις 8:30 το πρωί μέχρι τις 12:30 το μεσημέρι, ως απαιτείται από την διακήρυξη, να τα εξυπηρετήσουν. Επιπροσθέτως, η μονάδα παραγωγής της που βρίσκεται στην απέχει περισσότερα από 400 χιλιόμετρα από το επίμαχο τμήμα 43 και οριακά κάτω από 400 χιλιόμετρα από τα υπόλοιπα τμήματα, γεγονός που καθιστά επίσης αδύνατη την έγκαιρη παράδοση των γευμάτων σε αυτά εντός των απαιτούμενων τεσσάρων ωρών, λαμβανομένων υπόψη των καθυστερήσεων κατά την παράδοση – παραλαβή από σχολείο σε σχολείο. Επομένως οι μονάδες παραγωγής της παρεμβαίνουσας που μπορούν να εξυπηρετήσουν τα τμήματα 43, 12, 13, 17 και 65 είναι αυτές του με παραγωγική δυνατότητα 20.000 μερίδες ημερησίως και με παραγωγική δυνατότητα 2.000 μερίδες ημερησίως. Η διακήρυξη ορίζει (παράγραφος 2.2.2) ότι πρέπει να παραδίδονται από Τρίτη έως και Παρασκευή γεύματα στα οποία περιλαμβάνεται και η σαλάτα. Τόσο το ζεστό γεύμα όσο και το κρύο γεύμα όπως είναι η σαλάτα απαιτούν συγκεκριμένα στάδια παραγωγής. Ιδιαίτερα η σαλάτα περνάει από διαφορετικά στάδια παραγωγής, όπως αυτό της παραλαβής, της αποθήκευσης, του πλύσιμου-απολύμανσης, του τεμαχισμού, της ανάμειξης, της προσθήκης αρτυμάτων και ελαίου, της μεριδοποίησης και της συσκευασίας σε ατομικές μερίδες ζυγισμένες και με πλήρη σήμανση σύμφωνα με την απαίτηση του Ευρωπαϊκού Κανονισμού (ΕΕ) 1169/2011 και τον ΟΔΗΓΟ ΥΓΙΕΙΝΗΣ ΤΟΥ ΕΦΕΤ ΜΕ ΑΡ. Ν.01. Αντίθετα, το φρούτο, το ψωμί, το αυγό βραστό και το τυρί φέτα ΠΟΠ, αποτελούν συνοδευτικά αφού δεν χρειάζεται να περάσουν από τα ανωτέρω στάδια επεξεργασίας μέχρι την διάθεσή τους. Επομένως, η έννοια της μερίδας αφορά το σύνολο των επιμέρους κρύων και ζεστών γευμάτων, δηλαδή διακριτών

Αριθμός απόφασης: 1438/2021

μερίδων, ανά σιτιζόμενο ημερησίως. Για τα τμήματα 43, 12, 13, 17 και 65 απαιτούνται συνολικά 14.714 μερίδες X 2 (δηλαδή ζεστό και κρύο γεύμα), ήτοι 29.428 μερίδες. Οι παραγωγικές μονάδες ... και ... της παρεμβαίνουσας έχουν την δυνατότητα παραγωγής ημερησίως 22.000 μερίδων και όχι διπλάσιων όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, διότι από την προσφορά της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι οι ανωτέρω μονάδες παράγουν τον συγκεκριμένο αριθμό σε ημερήσια βάση και όχι ανά οκτάωρο. Κατόπιν των ανωτέρω εκτεθέντων συνάγεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν καλύπτει την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική επάρκεια του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης για το επίμαχο Τμήμα 43 του διαγωνισμού, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της προσφεύγουσας και απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση.

111. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη 1672/3/09-07-2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που ανακηρύσσει προσωρινό ανάδοχο του Τμήματος 43 του διαγωνισμού την παρεμβαίνουσα, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε στις 3 Σεπτεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο Γραμματέας

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ