

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Οκτωβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 14.09.2022 με ΓΑΚ 1283/15.09.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «... ...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «... ...» με τον διακριτικό τίτλο "... ...", {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 26.09.2022 Παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί το απόσπασμα της 46ης τακτικής συνεδρίασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής της 31ης-08-2022 [θέμα 15°: Έγκριση πρακτικού για την κατακύρωση του οριστικού αναδόχου του Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού (Διακ. .../2022 με συστημικό αριθμό στο ΕΣΗΔΗΣ ...) για την παροχή υπηρεσιών παρασκευής γευμάτων (Μάγειρες) του Νοσοκομείου /CPV ...-..., με ποσό κατακύρωσης 134.213,43€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. (24%), για δύο (2) έτη], με το οποίο εγκρίνονται: α) το υπ' αριθ. .../21-06-2022 (Ιο) πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών, β) το υπ' αριθ. .../22-06-2022 (2ο) πρακτικό αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και γ) το υπ' αριθμ. .../24.08.2022 3ο πρακτικό και δη κατά το μέρος που γίνονται δεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «... ...» και «... ...» και κατακυρώνεται το αποτέλεσμα του διαγωνισμού και κηρύσσεται οριστική ανάδοχος η εταιρεία «... ...».

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 €600,00.

2. Επειδή, με την υπ' αρ. 3/2022 (α/α ΕΣΗΔΗΣ ...) Διακήρυξη προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός κάτω των ορίων, για την ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗΣ ΓΕΥΜΑΤΩΝ (ΜΑΓΕΙΡΕΣ) (CPV:....-....) για τις ανάγκες του «... ..» διάρκειας δύο (2) ετών, προϋπολογισμού 144.209,79 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. (24%) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάση τιμής (χαμηλότερη τιμή), σύμφωνα με τους όρους, τις προδιαγραφές και τα λοιπά κριτήρια που καταγράφονται αναλυτικά στην αυτή διακήρυξη.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα και η εταιρεία Με το υπ. αριθμ. 6372/21-6-2022 1° πρακτικό αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής - Τεχνικών Προσφορών η επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των προσφορών (δικαιολογητικά συμμετοχής, τεχνική προσφορά) όλων των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό. Με το υπ. αριθμ. 6421/22-6-2022 2° πρακτικό αξιολόγησης των Οικονομικών Προσφορών η επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των οικονομικών προσφορών των ως άνω εταιρειών. Στη συνέχεια με το υπ. αριθμ. 8612/24-8-2022 3° πρακτικό η επιτροπή αφού έλεγξε και τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της εταιρείας πρότεινε την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού σε αυτή και την ανακήρυξή της ως οριστικού αναδόχου. Τα ανωτέρω πρακτικά εγκρίθηκαν από την αναθέτουσα αρχή με την Απόφαση Κατακύρωσης - Απόσπασμα Πρακτικών της 46ης Τακτικής Συνεδρίασης του Δ.Σ. του Νοσοκομείου της 31/8/2022 (θέμα 5°) και η ως άνω εταιρεία ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 07.09.2022, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 14.09.2022, με τη χρήση του

Αριθμός απόφασης: 1567 /2022

τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, 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 έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα προσδοκά την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας, προς το σκοπό να αναδειχθεί η ίδια οριστική ανάδοχος του διαγωνισμού.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 15.09.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ'αριθμ. πρωτ. 9853/28.09.2022 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες την αυθημερόν.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκώς 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 στις 15.09.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 26.09.2022, ημέρα Δευτέρα, 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 γίνει δεκτή η προσφορά της.

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 αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας πρέπει να απορριφθούν γιατί δεν υπέβαλαν έγγραφα και δικαιολογητικά βάσει των οποίων να αποδεικνύουν ότι κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς οι μάγειρες που θα διαθέσουν διαθέτουν τα προσόντα που αναφέρονται στην διακήρυξη του διαγωνισμού και ειδικότερα στο Παράρτημα II ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι δεν κατέθεσαν στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύεται ότι οι μάγειρες θα έχουν Ελληνική καταγωγή ή κατάγονται από χώρα της Ευρωπαϊκής Ένωσης ,αλλά να γνωρίζουν πολύ καλά την ελληνική γλώσσα (γραφή και ανάγνωση), για να χρησιμοποιούν σωστά τις γραπτές οδηγίες για τις δίαιτες των ασθενών, πτυχίο μαγειρικής τέχνης (απόφοιτοι ΣΤΕ ή απόφοιτοι ιδιωτικής αναγνωρισμένης σχολής με παράλληλη κρατική πιστοποίηση σπουδών), στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύεται ότι οι μάγειρες διαθέτουν τουλάχιστον εξαετή (6 ετή) επαγγελματική εμπειρία σε χώρους (μαζικής) εστίασης νοσοκομείων (δηλαδή σε κουζίνες νοσοκομείων), δημόσιων ή ιδιωτικών, απόσπασμα ποινικού μητρώου, βιογραφικό σημείωμα, στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύεται ότι οι μάγειρες γνωρίζουν τις ορθές πρακτικές υγιεινής και ασφάλειας κατά την παραγωγή και διανομή των τροφίμων, πιστοποιητικό Υγείας σε ισχύ και πιστοποιητικό εμβολιασμού για COVID-19.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Στο άρθρο 2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής της Διακήρυξης ορίζεται ότι οι διαγωνιζόμενοι κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών πρέπει να καταθέσουν: *«Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α και β στοιχεία:*

α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), όπως προβλέπεται στις παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και τη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση με την οποία ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις πληροφορίες που παρέχει με το ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 9 του ίδιου άρθρου, β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης...». Όσον αφορά την τεχνική προσφορά το άρθρο 2.4.3.2 της Διακήρυξης ορίζει ότι

Αριθμός απόφασης: 1567 /2022

«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II 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 υπηρεσιών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο Παράρτημα II. Επιπλέον, η τεχνική προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει ψηφιακά υπογεγραμμένο και το Φύλλο Συμμόρφωσης του Παραρτήματος III.».

Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι στο στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών ισχύει ο κανόνας της προαπόδειξης μέσω συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ. Η παρεμβαίνουσα και η εταιρεία κατέθεσαν νομίμως τα απαιτούμενα έγγραφα τα οποία όφειλαν να καταθέσουν με τα δικαιολογητικά συμμετοχής και την τεχνική προσφορά, μεταξύ των οποίων το ΕΕΕΣ, χωρίς να έχουν υποχρέωση επί ποινή αποκλεισμού να υποβάλουν περισσότερα στοιχεία σχετικά με την πλήρωση των τεχνικών απαιτήσεων, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Για τα σχετικά αποδεικτικά έγγραφα της κάλυψης των τεχνικών απαιτήσεων, τα οποία αναφέρει η προσφεύγουσα στον υπό κρίση λόγο, έχει υποχρέωση υποβολής ο προσωρινός ανάδοχος στο στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ως εκ τούτου προκύπτει ότι οι προσφορές της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας ήταν νόμιμες και ο πρώτος λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Μειοψήφισε το μέλος Χ. Ζαράρη και τούτο διότι «Όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων κατά τη ρητή διατύπωση του άρθρου 2.4.3.2 της διακήρυξης, η υποβαλλόμενη τεχνική προσφορά εκάστου διαγωνιζομένου οικονομικού φορέα, θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο «Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές» του Παραρτήματος II της διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πως οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται και συμπεριλαμβάνοντας ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων από αυτούς, υπηρεσιών. Επομένως, καθίσταται σαφές ότι ουδόλως ισχύει προαπόδειξη για την τεχνική προσφορά η οποία ρητά και σαφώς διακρίνεται από τα δικαιολογητικά συμμετοχής, στοιχείο που επιβεβαιώνεται και από τον πίνακα συμμόρφωσης

όπου δίπλα στην απαίτηση, υπάρχει η στήλη παραπομπή η οποία προφανώς αφορά στα δικαιολογητικά και έγγραφα προς τεκμηρίωση πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος, άλλωστε το γεγονός ότι κατέθεσε σχετικά βιογραφικά, ουδόλως καλύπτει την μη κατάθεση των έτερων επίμαχων εγγράφων που επικαλείται ο προσφεύγων, εξάλλου ζητούνται σωρευτικά από το Παράρτημα II (βλ. και επί των πιστοποιητικών υγείας *ad hoc* Δεφ Θεσ/κης 12/2021). Σε περίπτωση δε έλλειψης κατάθεσης των επίμαχων εγγράφων η προσφορά χρήζει απόρριψης καθόσον αφορά σε απαίτηση τεθείσα επί ποινή αποκλεισμού (βλ. αρ. 2.4.3.2 σε συνδυασμό με το αρ. 2.4.6 της διακήρυξης), μη δυνάμενης της αναθέτουσας αρχής να εφαρμόσει το αρ. 102 ν. 4412/2016 καθόσον μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη κατάθεσης εγγράφων τα οποία είχαν τεθεί επί ποινή απόρριψης (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 1878/2021 σκ. 18)».

10. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί διότι δεν πληροί το κριτήριο επιλογής 2.2.6 Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα της Διακήρυξης, καθόσον στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε δήλωσε ότι θα απασχοληθεί προσωπικό με τα απαραίτητα προσόντα χωρίς όμως να διαθέτει το προσωπικό με τα προσόντα αυτά κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς αλλά ούτε κατά την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι η ως άνω εταιρεία υπέβαλλε πτυχία, βιογραφικά και αποδεικτικά προϋπηρεσίας για τους κκ., και χωρίς να συνυποβάλλει καταστάσεις προσωπικού που να αποδεικνύουν την εμπειρία του προσωπικού αυτού, το οποίο μάλιστα ανήκει στο εργατικό δυναμικό της ίδιας.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο υπό κρίση λόγο: Στο άρθρο 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της διακήρυξης ορίζεται ότι «Όσον αφορά στην τεχνική καί επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) να διαθέτουν προσωπικό κατ'ελάχιστον τριών (3) μαγείρων με πτυχίο μαγειρικής τέχνης (απόφοιτοι ΣΤΕ ή απόφοιτοι ιδιωτικής αναγνωρισμένης σχολής με παράλληλη κρατική πιστοποίηση σπουδών) με τουλάχιστον εξαετή (θετή) επαγγελματική

εμπειρία σε χώρους (μαζικής) εστίασης νοσοκομείων (δηλαδή σε κουζίνες νοσοκομείων) είτε δημόσιων είτε ιδιωτικών». Επίσης στο άρθρο 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα παρ. Β.3. ορίζεται ότι «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: Τις καταστάσεις προσωπικού που θα αποδεικνύουν την εμπειρία του προτεινόμενου προσωπικού ή/και βιογραφικά σημειώματα συνοδευόμενα από τα αντίστοιχα αποδεικτικά στοιχεία εμπειρίας...».

Όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και συνομολογεί η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, η οριστική ανάδοχος εταιρεία, υπέβαλλε πτυχία, βιογραφικά και αποδεικτικά προϋπηρεσίας για τους μάγειρες κκ., και, οι οποίοι όμως τόσο κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς όσο και κατά την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης ανήκουν στο ενεργό απασχολούμενο προσωπικό μόνο της προσφεύγουσας. Κατόπιν αυτού συνάγεται ότι η εταιρεία δεν πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης και ως εκ τούτου η προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί, γενομένου δεκτού ως βάσιμου του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προσφυγής.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή κατά πλειοψηφία.

13. 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 εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρείας, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Οκτωβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 8 Νοεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ