

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 24 Απριλίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αριθμό 440/2020 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την εισαχθείσα ως προδικαστική προσφυγή με τίτλο «Ένσταση - Άρθρο 127 του ν. 4412/2016» με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 347/20-03-2020 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «», που εδρεύει στη, επί της οδού, αρ. εκπροσωπούμενης από τον

Κατά του, που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ.

και της παρεμβαίνουσας μονοπρόσωπης εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «», που εδρεύει στη, στη θέση, εκπροσωπούμενης από το

Με την κρινόμενη ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό Πράξη της^{ης} Συνεδρίασης της 09-03-2020 της Οικονομικής Επιτροπής του καθ' ου Δήμου, κατά το μέρος που, κατόπιν έγκρισης του ...^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών στο διαγωνισμό που ο Δήμος διενεργεί για την προμήθεια ελαιολιπαντικών για τις ανάγκες του κατά τα έτη 2020-2021, κατακυρώνει στην παρεμβαίνουσα εταιρεία «» τα με αριθμούς 1, 2, 4, 5 και 6 λιπαντικά της σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο (στο εξής καλούμενος στην παρούσα «Αναθέτουσα Αρχή» ή «») με τη με αριθμό πρωτοκόλλου διακήρυξή του, η οποία δημοσιεύθηκε νόμιμα και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), με ΑΔΑΜ στις 09-12-2019, προκήρυξε ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την επιλογή αναδόχου/ων προμήθειας ελαιολιπαντικών για τις ανάγκες του, κατά τα έτη 2020-2021 (εφεξής «διαγωνισμός»). Ο διαγωνισμός διεξάγεται ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) υπό το συστημικό αριθμό Σύμφωνα με το άρθρο 1.2 της διακήρυξης, με τίτλο «Στοιχεία Διαδικασίας – Χρηματοδότηση» η διακήρυξη αφορά τα μη κατακυρωθέντα άρθρα της ομάδας 4 της με ΑΔΑΜ διακήρυξης του, άνευ τροποποίησης όρων, τεχνικών προδιαγραφών και ενδεικτικού προϋπολογισμού. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της διακήρυξης, με τίτλο «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης», η σύμβαση αφορά στην προμήθεια των εξής κατά άρθρο ειδών: 1) 1850,00 λίτρων Αντιβακτηριακού πρόσθετου πετρελαίου, 2) 20.000,00 λίτρων Βελτιωτικού καύσης πετρελαιοκινητήρων Ενδεικτικού τύπου Adblue, 3) 100 λίτρων Λιπαντικού επεξεργασίας και κοπής μετάλλου, 4) 5,00 λίτρων Πρόσθετου αντικατάστασης μολύβδου, 5) 250,00 λίτρων Υγρών φρένων ενδ. Dot 4 και 6) 1.500,00 λίτρων Ελαίου οδοντωτών τροχών 75W-90, προσφορές δε μπορούσαν να υποβληθούν ανά άρθρο, για το σύνολο όμως των ποσοτήτων. Τέλος, στο εν λόγω άρθρο της διακήρυξης ορίζεται συνολικός ενδεικτικός προϋπολογισμός της σύμβασης ποσό 24.249,50€ χωρίς ΦΠΑ και ποσό 30.069,38€ με ΦΠΑ. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο διαγωνισμό ορίστηκε η 6^η Ιανουαρίου 2020, μετά το πέρας της οποίας διαπιστώθηκε ότι προσφορές υπέβαλαν μόνον η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, και οι δύο για το σύνολο των

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

άρθρων της σύμβασης. Μετά την αποσφράγιση και αξιολόγηση αρχικά των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων, ακολούθως δε και των οικονομικών τους προσφορών, η Οικονομική Επιτροπή του καθ' ου με τη με αριθμό 95/03-02-2020 Απόφασή της, κατόπιν έγκρισης των σχετικών με αριθμούς 1 και 2 πρακτικών της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού, έκανε αποδεκτές τις προσφορές και των δύο διαγωνιζομένων και ανέδειξε προσωρινούς αναδόχους της σύμβασης την προσφεύγουσα για το άρθρο 3 αυτής και την παρεμβαίνουσα για τα άρθρα 1, 2, 4, 5 και 6. Η απόφαση αυτή της Οικονομικής Επιτροπής του δεν προσβλήθηκε. Ακολούθως, οι προσωρινοί ανάδοχοι προσκλήθηκαν να υποβάλλουν δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου (κατακύρωσης) και η μεν προσφεύγουσα τα υπέβαλε στις 28-02-2020, η δε παρεμβαίνουσα στις 21-02-2020. Μετά την αποσφράγιση και την αξιολόγησή τους, η Οικονομική Επιτροπή του καθ' ου, κατόπιν έγκρισης του με αριθμό 3 πρακτικού της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο τα δικαιολογητικά και των δύο προσωρινών αναδόχων είναι σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 2.2.9.2. της διακήρυξης, με τη με αριθμό Πράξη της, της ...¹⁵ Συνεδρίασης της 09-03-2020, αποφάσισε την κατακύρωση στην προσφεύγουσα της προμήθειας των λιπαντικών του άρθρου με αριθμό 3 της σύμβασης, έναντι της από αυτήν προσφερθείσας συνολικής τιμής των 220,00€ πλέον ΦΠΑ και στην παρεμβαίνουσα της προμήθειας των λιπαντικών των άρθρων με αριθμούς 1, 2, 4, 5 και 6 της σύμβασης έναντι της από αυτήν προσφερθείσας συνολικής τιμής για τα άρθρα αυτά των 17.779,50€ πλέον ΦΠΑ. Κατά της τελευταίας αυτής πράξης της Οικονομικής Επιτροπής του καθ' ου (με αριθμό με αριθμόΠράξης της, της ...¹⁵ Συνεδρίασης της 09-03-2020) (στο εξής καλούμενη «προσβαλλόμενη πράξη» ή «προσβαλλόμενη απόφαση») η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 18-03-2020 την κρινόμενη, με τίτλο «Ένσταση - Άρθρο 127 του Ν. 4412/2016» την οποία απευθύνει στην Οικονομική Επιτροπή του καθ' ου και με την οποία επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης του,

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

κατά το μέρος της κατά το οποίο αποφασίζεται η κατακύρωση στην παρεμβαίνουσα της προμήθειας των λιπαντικών των άρθρων με αριθμούς 1, 2, 4, 5 και 6 της σύμβασης, για τους λόγους και κατά τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται σε αυτήν.

2. Επειδή, η κρινόμενη εισήχθη στην ΑΕΠΠ και καταχωρίστηκε με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 347/2020, κατόπιν κοινοποίησής της στην ΑΕΠΠ ως προδικαστικής προσφυγής από τον καθ' ου, ανατέθηκε δε προς εξέταση στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 20-03-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου του (προμήθεια) της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί (γενικές δημόσιες υπηρεσίες) και της νομικής της φύσης, ως, που ανήκει στη Γενική (Υποτομέα βαθμού), υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Κατά συνέπεια, από τις διατάξεις του νόμου αυτού διέπεται και η έννομη προστασία των ενδιαφερομένων να τους ανατεθεί η σύμβαση στην οποία ο διαγωνισμός κατατείνει.

4. Επειδή, σχετικά με την έννομη προστασία κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ο ν. 4412/2016, προβλέπει, μεταξύ άλλων, τα εξής: Στο άρθρο 346 με τίτλο «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων», ότι:

«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. 2. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει υποστεί ή

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

ενδέχεται να υποστεί ζημία από απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360, μπορεί να ασκήσει αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης και αίτηση για την ακύρωση της απόφασής της ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων, σύμφωνα με το άρθρο 372. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ δεχθεί την προδικαστική προσφυγή. 3. Διαφορές που προκύπτουν από την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου και αφορούν αξιώσεις αποζημίωσης εκδικάζονται από τα αρμόδια δικαστήρια, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 373», στο άρθρο 360, με τίτλο «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής», ότι: «1. 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. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1», στο άρθρο 345 με τίτλο «Πεδίο εφαρμογής», ότι: «1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους. 2. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου εφαρμόζονται και στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών-πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης και δυναμικών συστημάτων αγορών, καθώς των

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

τροποποιήσεων αυτών. 3. Ως «αναθέτουσες αρχές» κατά τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου νοούνται οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς της περίπτωσης 1 της παραγράφου 1 του άρθρου 2» και στο άρθρο 127 με τίτλο «Ενστάσεις που ασκούνται κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων με εκτιμώμενη αξία κατώτερη ή ίση των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.) – Παράβολο - Δικαστική Προστασία», ότι: «1. Για δημόσιες συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία κατώτερη ή ίση των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.), σε περίπτωση ένστασης κατά πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία άσκησης της είναι πέντε (5) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα ή από τη συντέλεση της παράλειψης. Η ένσταση κατά της διακήρυξης ή της πρόσκλησης υποβάλλεται σε προθεσμία που εκτείνεται μέχρι το ήμισυ του χρονικού διαστήματος από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ ή την αποστολή της πρόσκλησης, κατά περίπτωση, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. 2. Η ένσταση υποβάλλεται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, η οποία αποφασίζει, σύμφωνα με τα οριζόμενα και στο άρθρο 221, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της ένστασης η οποία μπορεί να γίνει και με ηλεκτρονικά μέσα σύμφωνα με το άρθρο 376 παράγραφος 11. Στην περίπτωση της ένστασης κατά της διακήρυξης ή της πρόσκλησης η ανάθετουσα αρχή αποφασίζει σε κάθε περίπτωση πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Με την άπρακτη πάροδο των ανωτέρω προθεσμιών τεκμαίρεται η απόρριψη της ένστασης. Για το παραδεκτό της άσκησης ένστασης, απαιτείται, με την κατάθεση της ένστασης, η καταβολή παραβόλου, υπέρ του Δημοσίου, ποσού ίσου με το ένα τοις εκατό (1%) επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Το παράβολο αυτό αποτελεί δημόσιο έσοδο. Το παράβολο επιστρέφεται με πράξη της αναθέτουσας αρχής, αν η ένσταση γίνει δεκτή ή μερικώς δεκτή από το αποφασίζον διοικητικό όργανο. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών επιστημονικών υπηρεσιών, για την ένσταση κατά της διακήρυξης ή της πρόσκλησης γνωμοδοτεί το αρμόδιο τεχνικό συμβούλιο. 3.

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Οικονομικών και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων μπορεί να αναπροσαρμόζεται το ύψος του ανωτέρω παραβόλου. 4. Η προθεσμία για την άσκηση ένστασης της παραγράφου 1 και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της ένστασης δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας. 5. Όποιος έχει έννομο συμφέρον, μπορεί να ζητήσει την αναστολή εκτέλεσης και την ακύρωση της πράξης ή της παράλειψης της Αναθέτουσας Αρχής που εκδίδεται ή συντελείται επί της ένστασης της προηγούμενης παραγράφου, ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, κατά τα οριζόμενα στο π.δ. 18/1989 (Α' 8). Η άσκηση της ένστασης της παραγράφου 1 αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων του παρόντος. Πέραν από την ενδικοφανή αυτή προσφυγή δεν χωρεί καμία άλλη τυχόν προβλεπόμενη από γενική διάταξη ενδικοφανής προσφυγή ή ειδική προσφυγή νομιμότητας. Το παράβολο για την άσκηση της αίτησης ακύρωσης και της αίτησης αναστολής υπολογίζεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο δεύτερο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 36 του π.δ. 18/1989 (Α' 8).»

5. Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του ν. 4412/2016, προκύπτει ότι για διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του νόμου αυτού, οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς για να ασκήσουν τα προβλεπόμενα στο νόμο ένδικα βοηθήματα ενώπιον των αρμοδίων Δικαστηρίων της χώρας, υποχρεούνται να υποβάλουν είτε ένσταση ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του άρθρου 127 του ν. 4412/2016 είτε προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του ίδιου νόμου, κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις των άρθρων 360 έως 371 του νόμου και του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών», το οποίο εκδόθηκε, δυνάμει της παρ. 7 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016. Η υποβολή ένστασης όμως ή προδικαστικής προσφυγής τελεί σε συνάρτηση με το ύψος της εκτιμώμενης αξίας, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ της προς ανάθεση σύμβασης, στο

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

πλαίσιο της οποίας προκύπτει η σχετική διαφορά. Για διαφορές κατά τη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων με εκτιμώμενη αξία κατώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000€) ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α., υποβάλλεται ένσταση ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 127 του Ν. 4412/2016. Αντιθέτως, για διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α., υποβάλλεται προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 360 έως 371 του νόμου και των διατάξεις του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, εξάλλου, σχετικά με τον τρόπο υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης που υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, το άρθρο 6 του νόμου αυτού με τίτλο «Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζει, μεταξύ άλλων, τα εξής: « 1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαιρέσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. ...2. [...] 3. Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου. Η σύμβαση δεν κατατέμνεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. 4. Η εκτιμωμένη αξία ισχύει τη στιγμή της αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού ή , στις περιπτώσεις όπου δεν προβλέπεται προκήρυξη διαγωνισμού, τη στιγμή που η αναθέτουσα αρχή εκκινεί τη διαδικασία σύναψης σύμβασης, για παράδειγμα ερχόμενη σε επαφή με οικονομικούς φορείς για τους σκοπούς της σύναψης της σύμβασης, όπου ενδείκνυται κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 61. 5. [...] 6. [...] 7. Όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις έργων, ... 8.

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

Όταν προτεινόμενο έργο ή προτεινόμενη παροχή υπηρεσιών μπορεί να οδηγήσει σε ανάθεση συμβάσεων υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων, λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων αυτών των τμημάτων. Όταν η συνολική αξία των τμημάτων ισούται ή υπερβαίνει το κατώτατο όριο που προβλέπεται στο άρθρο 5, το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) εφαρμόζεται στην ανάθεση κάθε τμήματος. 9. Όταν ένα σχέδιο αγοράς για την απόκτηση ομοιογενών αγαθών μπορεί να οδηγήσει σε ανάθεση συμβάσεων υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων, λαμβάνεται υπόψη κατά την εφαρμογή του άρθρου 5 περιπτώσεις β' και γ' η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων αυτών των τμημάτων. Όταν η συνολική αξία των τμημάτων ισούται ή υπερβαίνει το κατώτατο όριο που προβλέπεται στο άρθρο 5, το παρόν Βιβλίο εφαρμόζεται στην ανάθεση κάθε τμήματος. 10. Κατά παρέκκλιση από τα προβλεπόμενα στις παραγράφους 8 και 9, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν συμβάσεις για μεμονωμένα τμήματα κατά τις διατάξεις του παρόντος Βιβλίου, λαμβάνοντας υπόψη την εκτιμώμενη αξία μόνο του τμήματος, εφόσον αυτή, χωρίς ΦΠΑ, είναι μικρότερη από 80.000 ευρώ για προμήθειες ή υπηρεσίες ή από 1.000.000 ευρώ για έργα. Πάντως, η συνολική αξία των τμημάτων που ανατίθενται με αυτόν τον τρόπο, δεν υπερβαίνει το 20 % της συνολικής αξίας όλων των τμημάτων στις οποίες έχει διαιρεθεί το προτεινόμενο έργο, η προτεινόμενη απόκτηση ομοιογενών αγαθών ή η προτεινόμενη παροχή υπηρεσιών. 11. Όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών οι οποίες έχουν περιοδικό χαρακτήρα ή οι οποίες προβλέπεται να ανανεωθούν μέσα σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, λαμβάνεται ως βάση για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης: α) είτε η συνολική πραγματική αξία των διαδοχικών συμβάσεων του ίδιου τύπου οι οποίες συνήφθησαν κατά το προηγούμενο δωδεκάμηνο ή οικονομικό έτος, αναπροσαρμοσμένη, ει δυνατόν, προκειμένου να ληφθούν υπόψη ενδεχόμενες μεταβολές ως προς τις ποσότητες ή την αξία τους κατά τους δώδεκα μήνες που έπονται της αρχικής σύμβασης· β) είτε η εκτιμώμενη συνολική αξία των διαδοχικών συμβάσεων που συνήφθησαν κατά το δωδεκάμηνο που έπεται της πρώτης παράδοσης ή κατά τη διάρκεια του

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

οικονομικού έτους, εφόσον αυτό υπερβαίνει τους δώδεκα μήνες. 12. Όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών που έχουν ως αντικείμενο τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση προϊόντων, η αξία ...13. Όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, ...». Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών η εκτιμώμενη αξία μιας σύμβασης προμήθειας που υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης, όπως ορίζεται στην προκήρυξη της σύμβασης τη στιγμή που η αναθέτουσα αρχή την αποστέλλει για δημοσίευση. Όταν προκηρύσσεται σχέδιο αγοράς για την απόκτηση ομοιογενών αγαθών που μπορεί να οδηγήσει σε ανάθεση συμβάσεων υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων, τότε στο συνολικό πληρωτέο ποσό λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων αυτών των τμημάτων. Οι αναθέτουσες αρχές πάντως μπορούν να αναθέτουν συμβάσεις για μεμονωμένα τμήματα, λαμβάνοντας υπόψη την εκτιμώμενη αξία μόνο του τμήματος, εφόσον αυτή, χωρίς ΦΠΑ, είναι μικρότερη από 80.000 ευρώ για προμήθειες ή υπηρεσίες ή από 1.000.000 ευρώ για έργα. Τούτο όμως μόνον όταν η συνολική αξία των τμημάτων που ανατίθενται με αυτόν τον τρόπο δεν υπερβαίνει το 20% της συνολικής αξίας όλων των τμημάτων στις οποίες έχει διαιρεθεί το προτεινόμενο έργο, η προτεινόμενη απόκτηση ομοιογενών αγαθών ή η προτεινόμενη παροχή υπηρεσιών. Σε κάθε περίπτωση, η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης, ιδίως δε η κατάτμησή της σε τμήματα δεν γίνεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους.

7. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τους αναφερόμενους στην 1^η σκέψη της παρούσας όρους της διακήρυξης, ο συνολικός προϋπολογισμός της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 24.249,50€ χωρίς ΦΠΑ και των 30.069,38€ με ΦΠΑ. Κατά συνέπεια, η εκτιμώμενη αξία της επίμαχης σύμβασης είναι κατώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000€) ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α. Ενόψει δε των όσων γίνονται δεκτά στην 5^η

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

σκέψη της παρούσας, προς τον σκοπό ακύρωσης της πράξης του αρμοδίου οργάνου του καθ' ου με την οποία περατώνονται τα αποτελέσματα του επίμαχου διαγωνισμού χωρούσε ένσταση του άρθρου 127 του ν. 4412/2016 και όχι προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του ίδιου νόμου. Ο καθ' ου, αντιθέτως, με τις από 26-03-2020 απόψεις του επικαλείται την Απόφαση με αριθμό 165/2010 του 7^{ου} Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου και τη με αριθμό 159/2020 Απόφαση της ΑΕΠΠ και υπολαμβάνει ότι η επίμαχη σύμβαση αποτελεί τμήμα διαγωνισμού με συνολική εκτιμώμενη αξία που υπερβαίνει τις εξήντα χιλιάδες (60.000€) ευρώ. Και τούτο, επειδή η επίμαχη διακήρυξη αφορά τα μη κατακυρωθέντα άρθρα της ομάδας 4 της με ΑΔΑΜ: διακήρυξης του, η οποία αφορούσε την «Προμήθεια υγρών καυσίμων, φυσικού αερίου κίνησης και ελαιολιπαντικών», συνολικού προϋπολογισμού 8.753.895,34€ για τα οποία, μετά τη ματαίωση της διαδικασίας ως προς τα άρθρα αυτά, με την υπ' αρ./2019 Πράξη της Οικονομικής Επιτροπής του αποφασίστηκε η διενέργεια του επίμαχου διαγωνισμού άνευ τροποποίησης των όρων, τεχνικών προδιαγραφών και ενδεικτικού προϋπολογισμού της προηγούμενης διακήρυξης. Κατά συνέπεια, ο υποστηρίζει ότι κατά της προσβαλλόμενης απόφασης χωρούσε προδικαστική προσφυγή, η δε ένσταση που υποβλήθηκε πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, διότι δεν ασκήθηκε με τη χρήση του σχετικού τυποποιημένου εντύπου, το οποίο απαιτείται με την παρ. 2 του άρθρου 8 του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 του ν. 4412/2016 και διότι το ύψος του παραβόλου που εκδόθηκε σχετικά υπολείπεται του κατώτερου καταβαλλόμενου παραβόλου ύψους 600,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 363 του ν. 4412/2016. Ο καθ' ου, τέλος, επικαλείται τους όρους του άρθρου 3.4 της διακήρυξης, σύμφωνα με τους οποίους «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση 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, δικαιούται να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, προσδιορίζοντας ειδικώς τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά του. Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, κατά τα ειδικά οριζόμενα στο άρθρο 363 του ν. 4412/2016 στο άρθρο 19 παρ. 1.1 και στο άρθρο 7 της με αριθμ. Υ.Α. ... Οι αναθέτουσες αρχές μέσω της λειτουργίας της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ: • κοινοποιούν την προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην περ. α του πρώτου εδαφίου της παρ.1 του αρ. 365 του ν. 4412/2016. • διαβιβάζουν στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) τα προβλεπόμενα στην περ. β του πρώτου εδαφίου της παρ. 1 του αρ. 365 του ν. 4412/2016. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. Οι χρήστες - οικονομικοί φορείς ενημερώνονται για την αποδοχή ή την απόρριψη της προσφυγής από την ΑΕΠΠ. Η άσκηση της ως άνω προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης του άρθρου 372 του ν. 4412/2016 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. ...». Οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, ωστόσο, ερείδονται επί εσφαλμένης νομικής βάσης, είναι και αβάσιμοι. Και τούτο, διότι με τη με αριθμό 159/2020 Απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε ότι, επειδή δεν είναι νόμιμη χωριστή διαγωνιστική διαδικασία για την προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών, όταν από την αναθέτουσα αρχή έχει σχεδιαστεί η προμήθεια και των δύο αγαθών, γιατί έχει κριθεί ότι καύσιμα και λιπαντικά είναι ομοειδή αγαθά, η προμήθεια των οποίων δεν κατατέμνεται (βλ. 165/2010 Απόφαση του 7^{ου} Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου), για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης για τα λιπαντικά λαμβάνεται υπόψη η συνολική προϋπολογισθείσα

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

αξία και των δύο αγαθών, τα οποία με χωριστές διαδικασίες από την αρχή επεχείρησε η αναθέτουσα αρχή να προμηθευτεί. Στην προκειμένη περίπτωση, όμως, δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή σχεδίασε και επεχείρησε την προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών, με χωριστή διαδικασία. Αντιθέτως, προκύπτει ότι ο, αφού προκήρυξε ενιαία διαγωνιστική διαδικασία για την «Προμήθεια υγρών καυσίμων, φυσικού αερίου κίνησης και ελαιολιπαντικών», για τις ανάγκες του κατά τα έτη 2020-2021, λόγω μη υποβολής προσφορών για ορισμένα άρθρα (υποτμήματα) της ομάδας των ελαιολιπαντικών και συγκεκριμένα για τα άρθρα με αριθμούς 4.1, 4.3, 4.7, 4.10, 4.12 και 4.14 της οικείας ομάδας του προϋπολογισμού της διαδικασίας αυτής, με τη με αριθμό/11-11-2019 Πράξη της Οικονομικής του Επιτροπής του περάτωσε τη διαδικασία με κατακύρωση για τα άρθρα (τμήματα) των καυσίμων και των λιπαντικών για τα οποία υποβλήθηκαν προσφορές και ο διαγωνισμός ολοκληρώθηκε, αποφάσισε δε τη ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του για ορισμένα άρθρα των λιπαντικών και μόνο για τα οποία και δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά. Κατά συνέπεια, εφόσον η προμήθεια των καυσίμων κατά την αρχική διαδικασία κατακυρώθηκε, με την επίμαχη διακήρυξη προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει την προμήθεια ελαιολιπαντικών και μόνο και μάλιστα μόνο των ειδών αυτών για τα οποία η αρχική διαδικασία ματαιώθηκε. Ούτε, άλλωστε, κατά τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ασκεί καμία επιρροή το γεγονός ότι στη νέα διακήρυξη δεν τροποποιήθηκαν οι όροι, οι τεχνικές προδιαγραφές και ο ενδεικτικός προϋπολογισμός των υπό δημοπράτηση άρθρων λιπαντικών της προηγούμενης διακήρυξης. Τούτο δε διότι, κρίσιμος όρος ως προς τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης είναι αυτός περί του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου του διαγωνισμού, ο οποίος τροποποιήθηκε (περιορίστηκε στον προϋπολογισμό των υπό δημοπράτηση άρθρων λιπαντικών μόνο), έχει δε κριθεί ότι επαναπροκηρυχθείς με βάση τροποποιημένη διακήρυξη διαγωνισμός συνιστά νέο, αυτοτελή διαγωνισμό (πρβλ. ΔΕφΘεσσ. Γ - Ακυρ. 57/2018). Ούτε τέλος ασκούν καμία επιρροή οι όροι του άρθρου 3.4 της διακήρυξης, οι οποίοι

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

αναφέρονται στο καθεστώς έννομης προστασίας των διαγωνιζομένων, στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού. Και τούτο, διότι το προβλεπόμενο καθεστώς κατά τα ανωτέρω γενόμενα δεκτά δεν είναι το νόμιμο, έχει δε κριθεί ότι δεν επιτρέπεται με τη διακήρυξη επιλογή δικονομικού καθεστώτος επίλυσης διαφορών διαφορετικού από το νόμιμο (πρβλ. ΕΑ 754/04 κ.ά.). Άλλωστε, οι διατάξεις των άρθρων 127 και 360 έως 371 του ν. 4412/2016 σχετικά με την έννομη προστασία διαγωνιζομένων σε δημόσιους διαγωνισμούς απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου, ως εκ τούτου τυγχάνουν άμεσης εφαρμογής ανεξαρτήτως σχετικής ενημέρωσης από την αρμόδια αρχή (βλ. σχετ. ΣΤΕ Ολ 876/2013).

8. Επειδή, άλλωστε, από το σύνολο των εγγράφων της υπόθεσης δεν προκύπτει ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε την κρινόμενη ως προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 ή ότι επιθυμεί να εξεταστεί ως τέτοια και ότι εκ παραδρομής έθεσε σε αυτήν τον τίτλο «Ένσταση του άρθρου 127 του ν. 4412/2016» ή ότι εκ παραδρομής δεν τη συνέταξε με τη χρήση του σχετικού τυποποιημένου εντύπου, το οποίο απαιτείται με την παρ. 2 του άρθρου 8 του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 του ν. 4412/2016 ή ότι το ύψος του παραβόλου που εκδόθηκε εκ παραδρομής υπολείπεται του κατώτερου καταβαλλόμενου παραβόλου, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 363 του ν. 4412/2016. Αντιθέτως, η προσφεύγουσα υπέβαλε την κρινόμενη ενώπιον της αναθέτουσας αρχής και όχι της ΑΕΠΠ, εντός πέντε (5) και όχι εντός (10) ημερών από της κοινοποίησης σε αυτήν της προσβαλλόμενης πράξης, επισύναψε δε σε αυτήν έγχαρτο και όχι ηλεκτρονικό παράβολο ύψους 1% της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και όχι 0,5% αυτής. Δεν προκύπτει δηλαδή καμία ένδειξη ότι η προσφεύγουσα δεν επιδίωκε να υποβάλει ένσταση του άρθρου 127 του ν. 4412/2016, αλλά προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του ίδιου νόμου. Η πρόθεση της προσφεύγουσας, τέλος, η κρινομένη να εξεταστεί ως ένσταση του άρθρου 127 του ν. 4412/2016 προκύπτει και από την απάντησή της στην από 18-03-2020 υπόμνηση από την αναθέτουσα αρχή για τους όρους του

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

άρθρου 3.4 της διακήρυξης σχετικά με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής και όχι ένστασης κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, που αναρτήθηκε την ίδια μέρα στην επικοινωνία του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (α/α ΕΣΗΔΗΣ) και είχε ως εξής: «Η ένσταση κατατέθηκε σύμφωνα με το άρθρο 1 του π.δ. 39/2017 και του άρθρου 345, παρ. 1 του ν. 4412/16, καθόσον αφορά προμήθεια μικρότερη των 60.000 ευρώ, προ ΦΠΑ. Παρακαλούμε να επικοινωνήσετε με την νομική σας υπηρεσία.». Έκτοτε δε και μέσα στην προθεσμία για την άσκηση προσφυγής του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 που δεν είχε ακόμη λήξει, η προσφεύγουσα ουδέν έτερο έπραξε. Αλλά και η παρεμβαίνουσα, με την αναρτηθείσα στις 24-03-2020 στην επικοινωνία του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού από ίδιας ημερομηνίας ενώπιον της αναθέτουσας αρχής παρέμβασή της, αντικρούει την κρινόμενη στην ουσία της, δεν προβάλλει όμως κανέναν ισχυρισμό σχετικά με το αν έπρεπε αντί ένστασης να κατατεθεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ ούτε σχετικά με το απαράδεκτό της ως προδικαστικής προσφυγής, λόγω παράλειψης χρήσης του τυποποιημένου εντύπου της παρ. 2 του άρθρου 8 του π.δ. 39/2017 και του άρθρου 361 του ν. 4412/2016, ούτε λόγω ελλιπούς παραβόλου, κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 363 του ν. 4412/2016.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη είναι ένσταση του άρθρου 127 του ν. 4412/2016 και μη νόμιμα κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή και εισήχθη στην ΑΕΠΠ ως προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, η δε ΑΕΠΠ είναι αναρμόδια να την εξετάσει.

10. Επειδή, ενόψει των οριζομένων στις διατάξεις του άρθρου 367 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τις οποίες η ΑΕΠΠ επιλαμβανόμενη μίας προσφυγής, είτε αποδέχεται αυτήν και ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη είτε απορρίπτει αυτήν, η κρινόμενη ως προδικαστική προσφυγή, μη νομίμως κοινοποιηθείσα και εισαχθείσα στην ΑΕΠΠ πρέπει να απορριφθεί, σύμφωνα με το σκεπτικό. Ομοίως πρέπει να απορριφθεί και η παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 535 / 2020

Απορρίπτει την προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Αναπέμπει την υπόθεση στο προκειμένου να εξετάσει σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 127 του ν. 4412/2016 την από 18-03-2020 ένσταση της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «» κατά της με αριθμό Πράξης της ...^{ης} Συνεδρίασης της 09-03-2020 της Οικονομικής Επιτροπής του για τους λόγους και κατά τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται σε αυτήν.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 24 Απριλίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 11 Μαΐου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κων/νος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Γιάννακα