

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 16.07.2018, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου -Εισηγήτρια- και Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18.06.2018 (ημερομηνία αποστολής προς την Α.Ε.Π.Π.) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 557/19.06.2018 της εταιρίας με την επωνυμία {...}, με δ.τ. {...} που εδρεύει στον {...}, οδός {...}, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθ. 34502/06.06.2018 Απόφασης του {...}/ Κατάστημα Κράτησης {...} περί εγκρίσεως του με αριθ. 15/04.06.2018 Πρακτικού σχετικά με την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων και την κατακύρωση της σύμβασης στη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία {...} για το Τμήμα Α' της Διακήρυξης με αριθ. 4/2018 για τη διενέργεια συνοπτικού διαγωνισμού ίδιας δαπάνης των κρατουμένων του Καταστήματος Κράτησης Κορυδαλλού, με αντικείμενο την προμήθεια ειδών διατροφής, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 800.000,00 ευρώ (Τμήμα Α : Είδη διατροφής 600.000,00 ευρώ και Τμήμα Β : Αναψυκτικά/Χυμοί/Εμφιαλωμένο Νερό 200.000,00 ευρώ), με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή.

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας με την επωνυμία {...} και με δ.τ. {...}, η οποία εδρεύει στο {...}, οδός {...}, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση, άλλως τροποποίηση, της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτή, κατόπιν αξιολόγησης των προσφορών των διαγωνιζομένων για το Τμήμα Α' της υπό ανάθεση σύμβασης, έγινε αποδεκτή η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας {...} και εν τέλει αυτή αναδείχθηκε ανάδοχος του ως

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

άνω Τμήματος, αφού -ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται- η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης, και δη παρεμβαίνουσας εταιρίας, υποβλήθηκε κατά παράβαση των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, αντίστοιχα δε και των επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενων όρων της διακήρυξης, πλημμέλειες οι οποίες αφορούν στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής και στο φάκελο της οικονομικής της προσφοράς, όπως αναλυτικά εκτίθεται με τους αναφερόμενους στην υπό εξέταση Προσφυγή της λόγους.

Με την ανωτέρω Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής, η οποία, κατά τους ισχυρισμούς της, απαραδέκτως φέρεται ενώπιον της ΑΕΠΠ, σε κάθε δε περίπτωση τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτήν, κατ'ορθή εφαρμογή των οικείων διατάξεων και των όρων της διακήρυξης, αναδείχθηκε ανάδοχος για το Τμήμα Α' της υπόψη σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 4/2018 Διακήρυξη προκηρύχθηκε συνοπτικός διαγωνισμός ίδιας δαπάνης των κρατουμένων του Καταστήματος Κράτησης {...}, με αντικείμενο την προμήθεια ειδών διατροφής, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 800.000,00 ευρώ (Τμήμα Α' : Είδη διατροφής 600.000,00 ευρώ και Τμήμα Β' : Αναψυκτικά/Χυμοί/Εμφιαλωμένο Νερό 200.000,00 ευρώ), με δικαίωμα υποβολής προσφοράς μόνο για ένα ή και για τα δύο τμήματα, σε κάθε περίπτωση για όλα τα είδη που περιλαμβάνονται σε κάθε τμήμα, και με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή, ο οποίος διαγωνισμός έχει καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 29.05.2018, ημέρα Τρίτη και ώρα 10.00 π.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών την 29.05.2018, ημέρα Τρίτη και ώρα 10.30 π.μ.. Ο εν λόγω διαγωνισμός, ο οποίος ως αναγράφεται στο προοίμιο και στο σώμα της με αριθ.

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

4/2018 Διακήρυξης, διενεργείται σύμφωνα με : α) την αριθ. 91317/εγκ. 57/28.08.1957 «Περί του τρόπου της υπό των κρατουμένων προμήθειας τροφίμων και άλλων ειδών», β) τις αριθ. 29160/10.03.67 και 30945/26.4.67 του Υπουργείου Δικαιοσύνης «Οργάνωση πρατηρίου και τρόπος προμήθειας ειδών πρατηρίου», γ) την αριθ. 56483/οικ./29.05.95 διαταγή του Υπουργείου Δικαιοσύνης για τη διενέργεια διαγωνισμού στις προμήθειες του πρατηρίου και δ) την αριθ. 61326/εγκ./ 35/11.05.54 «Περί του τρόπου προμήθειας συμπληρωματικής τροφής και άλλων ειδών από τους κρατούμενους με δαπάνη των ιδίων», διεξάγεται χωρίς χρήση της διαδικτυακής πύλης του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., γεγονός για το οποίο ουδεμία αντίρρηση προβάλλεται από την προσφεύγουσα, και συνεπώς δε μπορεί να κριθεί αυτεπαγγέλτως από την Α.Ε.Π.Π., η οποία δεσμεύεται από την προσφυγή, ως αυτή οριοθετείται από τις πραγματικές και νομικές αιτιάσεις της και το συγκεκριμένο αίτημά της.

2. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 345 παρ. 1 του Βιβλίου IV με τίτλο «Έννομη προστασία κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων» του Ν. 4412/2016 ορίζεται το πεδίο εφαρμογής των δικονομικών διατάξεων του ως άνω νόμου ως εξής : *«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. .... 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».*

3. Επειδή, με την Οδηγία 2014/24 ΕΕ «σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ», η οποία μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016, ορίζονται στο άρθρο 2 αυτής με τίτλο «Ορισμοί» ότι : *« 1. Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας, ισχύουν οι ακόλουθοι ορισμοί: 1) ως "αναθέτουσες αρχές" νοούνται το κράτος, οι περιφερειακές ή οι τοπικές αρχές, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου ή οι ενώσεις*

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

μιας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, .....5) ως "δημόσιες συμβάσεις" νοούνται οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών, ..... 8) ως "δημόσιες συμβάσεις αγαθών" νοούνται οι δημόσιες συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων. Μια δημόσια σύμβαση αγαθών μπορεί να περιλαμβάνει, παρεμπιπτόντως, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης .....», στο άρθρο 18 αυτής με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις προμήθειες» ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο. Ο σχεδιασμός των προμηθειών δεν γίνεται με σκοπό τον αποκλεισμό της από το πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας ή τον τεχνητό περιορισμό του διαγωνισμού. Ο διαγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι προμήθειες έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων», ενώ στο Τμήμα ΙΙΙ του Τίτλου Ι, Κεφάλαιο Ι της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ, άρθρα 7 – 12 ορίζονται οι περιπτώσεις συμβάσεων που εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας, και δη στο άρθρο 7 αυτής οι συμβάσεις στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, στο άρθρο 8 αυτής οι συμβάσεις στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, στο άρθρο 9 αυτής οι συμβάσεις που ανατίθενται και οι διαγωνισμοί μελετών που διοργανώνονται βάσει διεθνών κανόνων, στο άρθρο 10 αυτής ειδικές εξαιρέσεις για συμβάσεις υπηρεσιών, στο άρθρο 11 αυτής συμβάσεις υπηρεσιών που ανατίθενται βάσει αποκλειστικού δικαιώματος και στο άρθρο 12 αυτής δημόσιες συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ φορέων του δημοσίου τομέα. Αντίστοιχο περιεχομένου είναι και οι ρυθμίσεις των άρθρων 2 παρ. 1 στοιχ. 1) 5) και 8), 18 και 7 έως 12 του Ν. 4412/2016.

#### **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

4. Επειδή, από τις αναφερόμενες ως άνω διατάξεις της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ, συνάγεται ότι η, κατά το άρθρο 2 παρ. 1 στοιχ. 5) και 8) της Οδηγίας (και αντίστοιχα 2 παρ. 1 στοιχ. 5 και 8 του Ν. 4412/2016), εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση που συνάπτεται εγγράφως μεταξύ μιας αναθέτουσας αρχής και ενός οικονομικού φορέα με αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων της οδηγίας αυτής συνιστά «δημόσια σύμβαση προμήθειας», εφόσον δε η εκτιμώμενη αξία της εν λόγω σύμβασης δεν υπολείπεται του κατωτέρου ορίου που ορίζεται στο άρθρο 4 στοιχείο β' αυτής (και αντίστοιχα στο άρθρο 5 στοιχ. β' του Ν. 4412/2016), ως ισχύει, διέπεται από τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων που ορίζει η εν λόγω οδηγία (βλ. C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce κ.λπ., σκ. 25). Δεδομένου δε ότι ο ορισμός μια σύμβασης ως «δημόσιας σύμβασης» ανάγεται στο ενωσιακό δίκαιο, δεν ασκεί επιρροή ο χαρακτηρισμός της από το εθνικό δίκαιο για να κριθεί αν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24 ΕΕ (βλ. C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 30, C-536/07, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκ. 54), αλλά ούτε και ο προσδιδόμενος από τα αντισυμβαλλόμενα μέρη νομικός χαρακτηρισμός (βλ. C-536/07, σκ. 54). Ενόψει των ανωτέρω, ως γίνεται δεκτό εν προκειμένω, το Κατάστημα Κράτησης {...} εμπίπτει στην έννοια της κλασσικής αναθέτουσας αρχής καθότι συνιστά υπηρεσία που εμπίπτει στο εν στενή έννοια κράτος, ασκώντας δραστηριότητα που υπάγεται στη θεσμική αρμοδιότητα του κράτους, και η οποία, ως συνδέεται με το αντικείμενο της υπόψη διακήρυξης (διατροφή των κρατουμένων), εμπίπτει, κατ' άρθρο 32 παρ. 1 και 5 του Σωφρονιστικού Κώδικα (Ν. 2776/1999), στις υποχρεώσεις του κράτους. Περαιτέρω, όπως προκύπτει και από τους όρους της υπόψη διακήρυξης, αυτή κατατείνει στη σύναψη έγγραφης σύμβασης μεταξύ αφενός της αναθέτουσας αρχής και αφετέρου ενός οικονομικού φορέα (προμηθευτή), σε κάθε δε περίπτωση συνάπτεται εξ'επαχθούς αιτίας, καθώς τα δύο ως άνω συμβαλλόμενα πρόσωπα συνδέονται με μια αμοτεροβαρή σχέση, υπό τη μορφή ανταλλαγής υλικών παροχών. Ως εκ τούτου, στην υπό κρίση περίπτωση πληρούνται τα κύρια κριτήρια για το χαρακτηρισμό της υπόψη σύμβασης ως

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

δημόσιας σύμβασης προμήθειας, ανεξαρτήτως του ότι η προϋπολογισθείσα αξία της προέρχεται από ίδια δαπάνη των κρατουμένων.

5. Επειδή, ο κύριος σκοπός των κανόνων του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων είναι το άνοιγμα των τομέων της εκτελέσεως έργων, της προμήθειας προϊόντων και της παροχής υπηρεσιών στον ανόθευτο ανταγωνισμό εντός όλων των κρατών μελών. Ο σκοπός αυτός συνεπάγεται την υποχρέωση κάθε αναθέτουσας αρχής να εφαρμόζει τους σχετικούς κανόνες δικαίου της Ένωσης, εφόσον πληρούνται οι προβλεπόμενες από τους κανόνες αυτούς προϋποθέσεις, κάθε δε εξαίρεση από την εφαρμογή της υποχρέωσης αυτής πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικά (βλ. C-15/13, Daten-lotsen Informations systeme σκ. 22- 23, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, σκ. 44,46). Για την εφαρμογή των προβλεπόμενων από την οδηγία 2014/24 ΕΕ διαδικασιών ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων, αρκεί κατ' αρχήν, κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχ. 5 της οδηγίας αυτής, να έχει συναφθεί εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μεταξύ, αφενός, μιας αναθέτουσας αρχής και, αφετέρου, ενός οικονομικού φορέα, ο οποίος από νομικής απόψεως να είναι διακριτός από την αρχή αυτή (βλ., C-15/13, Datenlotsen Informations systeme σκ. 24, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, σκ. 47, C-107/98, Teckal, σκ. 50,51). Ωστόσο, μια δημόσια αρχή, η οποία είναι αναθέτουσα αρχή, έχει τη δυνατότητα να εκπληρώνει τα καθήκοντα δημοσίου συμφέροντος τα οποία υπέχει με τα δικά της διοικητικά, τεχνικά και λοιπά μέσα, χωρίς να είναι υποχρεωμένη να απευθύνεται σε εξωτερικούς φορείς που δεν ανήκουν στις υπηρεσίες της. Σε μια τέτοια περίπτωση, δεν τίθεται θέμα συμβάσεως εξ επαχθούς αιτίας συναπτομένης με νομικώς διακεκριμένο από την αναθέτουσα αρχή οικονομικό φορέα και, συνεπώς, δεν υπάρχει λόγος να εφαρμοσθούν οι ενωσιακοί κανόνες στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (βλ. C-15/13, Datenlotsen Informationssysteme σκ. 25, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, σκ. 48). Επίσης, όπως έχει γίνει δεκτό δεν αποκλείονται και άλλες περιστάσεις υπό τις οποίες η αναθέτουσα αρχή απαλλάσσεται από την υποχρέωση προκήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ακόμη και αν ο αντισυμβαλλόμενος αποτελεί οργανισμό (νομικό πρόσωπο) νομικώς

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

διακεκριμένο από την αναθέτουσα αρχή. Τούτο συμβαίνει, πρώτον, όταν η δημόσια αρχή, που αποτελεί την αναθέτουσα αρχή, ασκεί επί του διακριτού αυτού αντισυμβαλλόμενου οργανισμού έλεγχο ανάλογο με αυτόν που ασκεί στις δικές της υπηρεσίες και εφόσον ο οργανισμός αυτός ασκεί το ουσιώδες τμήμα της δραστηριότητάς του με την δημόσια αρχή ή τις δημόσιες αρχές που τον ελέγχουν (βλ. C-15/13, Datenlotsen Informationssysteme, σκ. 25, C- 386/11, Piepenbrock, σκ. 34, C-159/2011, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce κ.λπ., σκ. 32, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, σκ. 49, C-107/98, Teckal, σκ. 50). Στην περίπτωση αυτή, μπορεί να γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί «ίδια μέσα» (C- 15/13, Datenlotsen Informationssysteme, σκ. 25) και ότι η συναπτόμενη σύμβαση καταρτίζεται, κατ' ουσίαν, υπό τη μορφή «εσωτερικής» («in house») αναθέσεως. Δεύτερον, πρόκειται για τις συμβάσεις που καθιερώνουν συνεργασία μεταξύ φορέων του δημόσιου τομέα, με σκοπό τη διασφάλιση της εκτέλεσης ορισμένου έργου δημόσιας υπηρεσίας, το οποίο οφείλουν να επιτελούν όλοι οι μετέχοντες φορείς (βλ. C- 386/11, Piepenbrock, σκ. 36, C-159/2011, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce κ.λπ., σκέψη 34). Ήδη δε το άρθρο 12 της νέας οδηγίας 2014/24 συστηματοποιεί και αποσαφηνίζει, βάσει των αρχών που έχει διαπλάσσει με τη νομολογία του το Δ.Ε.Ε., τους όρους και τις προϋποθέσεις, υπό τις οποίες συμβάσεις που συνάπτονται με διακεκριμένο νομικό πρόσωπο, δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, εντός του δημόσιου τομέα, δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κανόνων αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. σχετικώς 31η αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/24).

6. Επειδή, εν προκειμένω, δεν συντρέχει καμία από τις ανωτέρω εξαιρετικές περιπτώσεις καθότι η υπό ανάθεση σύμβαση δεν συνάπτεται στο πλαίσιο συνεργασίας δημοσίων αρχών, ή με νομικά πρόσωπα ελεγχόμενα από την αναθέτουσα αρχή, ούτε, όμως, ανατίθεται σε υπηρεσία εντός του Καταστήματος Κράτησης, ώστε να δύναται να γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή εκπληρώνει τη δημοσίου συμφέροντος αποστολή της διασφάλισης της προμήθειας συμπληρωματικών τροφίμων και άλλων ειδών των κρατουμένων με «ίδια μέσα».

## Αριθμός απόφασης: 593/2018

7. Επειδή, με το άρθρο 32 του ν. 2776/1999 (Σωφρονιστικός Κώδικας) ορίζεται ότι : «1. Η κατάλληλη Διατροφή των κρατουμένων είναι υποχρέωση του Κράτους. Η διαμόρφωση εναλλασσόμενων εβδομαδιαίων προγραμμάτων συσσιτίου των κρατουμένων γίνεται από τον ιατρό του καταστήματος σε συνεργασία με το Συμβούλιο Φυλακής, με βάση τα πρότυπα που θέτουν οι υγειονομικές αρχές ή υγειονομικές σχολές ή Τμήματα Διαιτολογίας Α.Ε.Ι. ή Τ.Ε.Ι.. 2. Η ποιότητα και η γενική κατάσταση του παρασκευαζόμενου κατά την προηγούμενη παράγραφο συσσιτίου στα καταστήματα κράτησης ελέγχεται και παρακολουθείται καθημερινά από τον διευθυντή. Κατά τον έλεγχο μπορεί να παρίσταται ιατρός οριζόμενος κατά περίπτωση από τον τοπικό ιατρικό σύλλογο. Η διανομή του συσσιτίου γίνεται σύμφωνα με το ημερήσιο πρόγραμμα του καταστήματος. 3....., 4. ...., 5. Επιτρέπεται στον κρατούμενο να προμηθεύεται με δική του δαπάνη πρόσθετα τρόφιμα ή αγαθά για την ικανοποίηση ατομικών του αναγκών με μεσολάβηση των υπηρεσιών του καταστήματος κράτησης. Η παρασκευή φαγητού στο χώρο του καταστήματος από τον ίδιο τον κρατούμενο επιτρέπεται μόνο για λόγους υγείας με απόφαση του διευθυντή, ύστερα από σύμφωνη γνώμη του ιατρού του καταστήματος, λαμβανομένων υπόψη κατά περίπτωση των πραγματικών συνθηκών που επικρατούν σε αυτό .....». Περαιτέρω, με το άρθρο 14 του Εσωτερικού Κανονισμού Λειτουργίας Φυλακών Α' και Β' τύπου (ΥΑ 58819/07.04.03 (ΦΕΚ Β 463/03) ορίζεται ότι :«1. Η διατροφή των κρατουμένων είναι υποχρέωση της πολιτείας. 2. Σε όλους τους κρατουμένους παρέχεται καθημερινά πρωινό, γεύμα και δείπνο σύμφωνα με το ημερήσιο πρόγραμμα λειτουργίας του καταστήματος κατά τις ακόλουθες ώρες: 07.30, 12.00 μεσημβρινή και μισή ώρα πριν από τη δύση του ηλίου. 3. Τα προγράμματα του συσσιτίου καταρτίζονται στο τέλος κάθε εβδομάδας με μέριμνα του τμήματος οικονομικού με βάση γνωστά πρότυπα διαιτολογίας, είναι εναλλασσόμενα και υπογράφονται από τον ιατρό και τα μέλη του Συμβουλίου Φυλακής. Η τήρηση του προγράμματος και η ποιότητα του συσσιτίου παρακολουθούνται καθημερινά από τον ιατρό και τον διευθυντή του καταστήματος. 4. ...., 5. Επιτρέπεται η προμήθεια τροφίμων και άλλων ειδών που γίνεται με δαπάνη των κρατουμένων είτε από το πρατήριο καντίνα /



## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

κυλικείο που λειτουργεί στο κατάστημα είτε μέσω προμηθευτή που αναδεικνύεται με διαγωνισμό είτε, τέλος από το ελεύθερο εμπόριο με μέριμνα της υπηρεσίας. Η προμήθεια περιορίζεται σε ποσότητες επαρκείς για την κάλυψη των αναγκών ενός ατόμου. Με απόφαση του Συμβουλίου Φυλακής μπορεί να επιτραπεί το πολύ μέχρι δύο φορές το μήνα κατά το επισκεπτήριο η παράδοση φαγητών και τροφίμων τα οποία είναι δυνατό να ελεγχθούν με ευχέρεια από το προσωπικό του καταστήματος κράτησης. 10. Η πληρωμή στο πρατήριο καντίνα ή κυλικείο του καταστήματος διενεργείται με μάρκες ή κουπόνια συμψηφιστικό με τη χρήση ατομικών βιβλιαρίων ή καρτελών σύμφωνα με το άρθρο 13 παρ. 4 του παρόντος. Η αγορά ειδών επί πιστώσει απαγορεύεται», ενώ στο άρθρο 13 ορίζεται ότι : «1. Ο ατομικός χρηματικός λογαριασμός του κρατουμένου (χρημάτιο) αποτελείται από χρήματα που φέρει ο ίδιος κατά την είσοδό του στο κατάστημα, εμβάσματα από επισκεπτήρια ή επιταγές από συγγενείς ή τρίτους προς αυτόν, τα οποία δεν επιτρέπεται να υπερβαίνουν συνολικά το ποσό που ορίζεται κάθε φορά με Υπουργική Απόφαση ,τα προϊόντα της εργασίας του, αμοιβές για την εργασία ή τις συναφείς με την εργασία ασφαλιστικές παροχές σε χρήμα ή έπαθλα που απονέμονται ως χρηματικά βραβεία. 2. Ο ατομικός χρηματικός λογαριασμός των κρατουμένων (χρημάτιο) τηρείται, χρεώνεται και πιστώνεται σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις και τις σχετικές αποφάσεις του Υπουργού Δικαιοσύνης. 3. Με απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης ορίζεται το ανώτατο ποσό του χρηματίου, το οποίο ποσό αποτελεί τρεχούμενο λογαριασμό (διαθέσιμο) για την αντιμετώπιση των αναγκών του κρατουμένου και κατατίθεται στο λογιστήριο του καταστήματος. Το τυχόν υπόλοιπο κατατίθεται σε έντοκο λογαριασμό ταμειευτηρίου. Σε περίπτωση που δεν είναι δυνατή η κατάθεση αδιάθετου ποσού σε έντοκο λογαριασμό στο όνομα του κρατουμένου, ο διαχειριστής καταθέτει το σχετικό ποσό στην Τράπεζα της Ελλάδος. 4. Ένα μέρος από το διαθέσιμο υπόλοιπο του χρηματίου των κρατουμένων, είναι δυνατό να διατίθεται σε μάρκες ή κουπόνια για διευκόλυνση των συναλλαγών τους με το πρατήριο καντίνα και το κυλικείο του κατά Τμήματος αποκλειστικά για αγορές γλυκισμάτων, παγωτών και αναψυκτικών. Δεν επιτρέπεται το ποσόν αυτό να υπερβαίνει τα 40 € εβδομαδιαίως. Παραγγελίες των κρατουμένων από

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

*τους συμβεβλημένους προμηθευτές του καταστήματος κράτησης ελέγχονται οικονομικά από υπάλληλο του λογιστηρίου και για λόγους ασφαλείας από το προσωπικό του τμήματος φύλαξης .....». Από το περιεχόμενο των ως άνω διατάξεων συνάγεται ότι, στο πλαίσιο της υποχρέωσης μέριμνας του κράτους για την κατάλληλη διατροφή των κρατουμένων στα καταστήματα κράτησης εντάσσεται και η δυνατότητα που παρέχεται στους κρατούμενους να προμηθεύονται με δική τους δαπάνη πρόσθετα τρόφιμα ή αγαθά για την ικανοποίηση ατομικών τους αναγκών, η οποία ανάγκη εξυπηρετείται με τη μεσολάβηση των υπηρεσιών του καταστήματος κράτησης. Μάλιστα, όπως ρητά διατυπώνεται στη διάταξη του άρθρου 14 παρ. 5 της ΥΑ 58819/7.4.2003 - Εσωτερικός Κανονισμός Λειτουργίας Γενικών Καταστημάτων Κράτησης τύπου Α' και Β', εφόσον η προμήθεια τροφίμων και άλλων ειδών με ίδια δαπάνη των κρατουμένων και με τη μεσολάβηση του καταστήματος κράτησης, πραγματοποιείται μέσω προμηθευτή (και όχι από το κυλικείο του καταστήματος κράτησης ή από το ελεύθερο εμπόριο), αυτός αναδεικνύεται με τη διενέργεια δημόσιου διαγωνισμού. Με άλλα λόγια, δύναται η αρμόδια υπηρεσία του Καταστήματος Κράτησης, ενεργώντας ως αναθέτουσα αρχή να προκηρύσσει διαγωνισμό, με σκοπό τη διασφάλιση των συμφερόντων των κρατουμένων και την ανάδειξη του καταλληλότερου οικονομικού φορέα για την προμήθεια τροφίμων και άλλων αγαθών προς ικανοποίηση του προβλεπόμενου εκ του νόμου σχετικού δικαιώματος των κρατουμένων, με συνέπεια εκ των ως άνω περιστάσεων να προκύπτει ότι εν προκειμένω πληρούνται τα αναγκαία χαρακτηριστικά για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης (όμοια έχει κρίνει η ΑΕΠΠ 226/2018).*

8. Επειδή, άλλωστε, από το με αριθ. πρωτ. 98240/25.6.2009 απαντητικό έγγραφο του Υπουργείου Δικαιοσύνης – Γενική Διεύθυνση Σωφρονιστικής Πολιτικής, το οποίο έχει περιέλθει σε γνώση της Αρχής κατά την εξέταση συναφούς με την παρούσα υπόθεσης, αναφέρεται ότι «.....η εν λόγω διαδικασία προβλέπεται από το άρθρο 32 παρ. 5 του Σωφρονιστικού Κώδικα και ο τρόπος που αυτή πραγματοποιείται καθορίζεται βάσει των διατάξεων : α) του Εσωτερικού Κανονισμού Λειτουργίας Γενικών Καταστημάτων Κράτησης τύπου Α

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

και Β (ΥΑ 58819/7.4.2003 ΦΕΚ Β 463/17.4.2003), β) του Κανονισμού Προμηθειών του Δημοσίου (ΠΔ 118 ΦΕΚ Α 150/10.7.2007) και γ) του Νόμου «Περί Δημοσίου Λογιστικού, ελέγχου των δαπανών του Κράτους και άλλες διατάξεις (Ν. 2362/1995)». Ήτοι, από το ως άνω έγγραφο συνάγεται ότι αναφορικά με τη δυνατότητα που παρέχεται, κατ' άρθρο 32 παρ. 5 του Σωφρονιστικού Κώδικα, στους κρατούμενους να προμηθεύονται με δική τους δαπάνη πρόσθετα τρόφιμα ή αγαθά για την ικανοποίηση ατομικών τους αναγκών και με μεσολάβηση των υπηρεσιών του καταστήματος κράτησης, ως η αρμόδια διεύθυνση του υπουργείου καταδεικνύει, η εν λόγω διαδικασία πραγματοποιείται κατ' εφαρμογή, μεταξύ άλλων, και του Κανονισμού Προμηθειών του Δημοσίου (π.δ. 118/07), στοιχείο εκ του οποίου εμμέσως συνάγεται ότι η διαδικασία αυτή διέπεται από τις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις περί σύναψης δημόσιας σύμβασης προμήθειας (όμοια έχει κρίνει και η ΑΕΠΠ 226/2018).

9. Επειδή, εξάλλου από το περιεχόμενο των α) με αριθ. 91317/εγκ. 57/28.08.1957 «Περί του τρόπου της υπό των κρατουμένων προμήθειας τροφίμων και άλλων ειδών» και β) με αριθ. 56483/οικ./29.05.95 διαταγή του Υπουργείου Δικαιοσύνης για τη διενέργεια διαγωνισμού στις προμήθειες τροφίμων των κρατουμένων καθορίζουν τον τρόπο διεξαγωγής της σχετικής διαγωνιστικής διαδικασίας, όπου παραπέμπει με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή για τη ρύθμιση των κανόνων της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, συνάγεται ότι η προμήθεια συμπληρωματικών τροφίμων και άλλων ειδών με ίδια δαπάνη των κρατουμένων ενεργείται μέσω δημόσιου διαγωνισμού, με την κατάθεση εγγραφών προσφορών, με τις οποίες προσφορές τους οι διαγωνιζόμενοι υποβάλλουν τα εκάστοτε απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής και στοιχεία της τεχνικής προσφοράς τους όπως και την οικονομική τους προσφορά, η οποία αφορά σε ποσοστό έκπτωσης επί των τιμών που βεβαιώνονται από τις αρμόδιες κατά τόπους αρχές, οι οποίες προσφορές αξιολογούνται από την αρμόδια επιτροπή για την ανάδειξη του προμηθευτή που θα παρέχει την περισσότερο συμφέρουσα τιμή προσφοράς με την κατά το δυνατόν ανώτερη ποιότητα του είδους της προμήθειας. Ως εκ τούτου, και εκ του

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

περιεχομένου των ως άνω εγγράφων συνάγονται τα δομικά εκείνα στοιχεία της διαδικασίας διενέργειας ενός δημόσιου διαγωνισμού και επαληθεύεται και υπό αυτή την έννοια ότι σκοπός της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η σύναψη δημόσιας σύμβασης. Άλλωστε, όμοιοι κανόνες περιέχονται και στη με αριθ. 4/2018 Διακήρυξη, όπου γίνεται αναφορά στα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής (άρθρο 1), στην κατάρτιση, υποβολή, αξιολόγησης της προσφοράς και στο χρόνο ισχύος αυτής (άρθρο 2), στα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς (άρθρο 3), στις απαιτούμενες εγγυήσεις (άρθρο 4), στη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών (άρθρα 6-7), στην κατακύρωση της σύμβασης, τη ματαίωση του διαγωνισμού και τις κυρώσεις κατά την εκτέλεσή της (άρθρο 8), στη διάρκεια-διακοπή της σύμβασης (άρθρο 9), στην παράδοση-παραλαβή των υπό προμήθεια ειδών (άρθρο 10) και στην πληρωμή του αναδόχου (άρθρο 11), όροι εκ των οποίων επαληθεύεται ότι εν προκειμένω το κατάστημα κράτησης ενεργεί ως αναθέτουσα αρχή με σκοπό τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας.

10. Επειδή, όπως ορίζεται με τη διάταξη του άρθρου 377 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, από την έναρξη ισχύος αυτού *«Καταργείται κάθε γενική ή ειδική διάταξη που είναι αντίθετη με τις διατάξεις του παρόντος ή ρυθμίζει τα θέματα αυτά με άλλον τρόπο»*. Περαιτέρω, όπως ορίζεται με τη διάταξη του άρθρου 379 παρ. 7 του ίδιου νόμου, ως ισχύει *«7. Οι διατάξεις του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374) διέπουν τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές/ αναθέτοντες φορείς, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 61, 120, 290 και 330 του παρόντος: α) για τις δημόσιες συμβάσεις γενικών υπηρεσιών και τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, μετά την 26η Ιουνίου 2017»*. Από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγεται αφενός μεν ότι, από την έναρξη ισχύος του Ν. 4412/2016 καταργείται κάθε άλλη κανονιστική διάταξη που ρυθμίζει με άλλο τρόπο ζητήματα που άπτονται της ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, αφετέρου δε ότι, ειδικά ως προς τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, οι οποίες διέπουν την επίλυση διαφορών που ανακύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων προμηθειών που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ως άνω

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

νόμου, αξίας ανώτερης των 60.000 ευρώ, η ισχύς αυτών ενεργοποιείται μετά την 26.6.2017, οπότε και καταργείται κάθε άλλη αντίθετη διάταξη. Ως εκ τούτου, συνάγεται ότι το δικονομικό πλαίσιο επίλυσης των διαφορών που ανακύπτουν από την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων προμηθειών αξίας ανώτερης των 60.000 ευρώ, ρυθμίζεται αποκλειστικά και μόνον από τις διατάξεις των άρθρων 345-373 του ν. 4412/2016, αποκλειόμενης, όπως ρητά ορίζεται στη διάταξη του άρθρου 360 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, κάθε άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

11. Επειδή, τα οριζόμενα στο άρθρο 5 της με αριθ. 4/2018 Διακήρυξης σχετικά με την υποβολή ενστάσεων κατά των πράξεων της αναθέτουσας αρχής που εκδίδονται κατά τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης δεν ασκούν, σε κάθε περίπτωση, επιρροή, δοθέντος ότι, ως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, με την προκήρυξη δημόσιου διαγωνισμού τίθεται το κανονιστικό πλαίσιο αυτού, όχι όμως και το δικονομικό πλαίσιο επίλυσης των αναφυομένων κατά τη διαδικασία του διαφορών (ΣτΕ 1765/2010, Ε.Α. 908, 1188, 1284/2009 κ.α.), η οποία ως προς τούτο διέπεται από τις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις, και δη τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 (άρθρα 345-373).

12. Επειδή, ενόψει όσων αναλυτικά εκτίθενται στις σκέψεις 2-11 της παρούσας, ο υπόψη διαγωνισμός κατατείνει στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας, η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, και ως εκ τούτου και στην καθ'ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, με συνέπεια παραδεκτώς να φέρεται κατά τούτο ενώπιόν της η υπό κρίση προσφυγή.

13. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής και λόγω ποσού. Ειδικότερα, στην υπόψη διακήρυξη αναφέρεται ως προϋπολογισμός το ποσό των 800.000,00 ευρώ, το οποίο διαιρείται σε 600.000,00 ευρώ για το Τμήμα Α' : Είδη διατροφής (π.χ. γάλα, λάδι, τυριά, γιαούρτια ...) και Προσωπικής Υγιεινής (π.χ. σαμπουάν, αφρόλουτρα, οδοντόκρεμες ....) και 200.000,00 ευρώ για το Τμήμα Β' : Αναψυκτικά – Χυμοί –

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

Εμφιαλωμένο νερό, χωρίς να διευκρινίζεται εάν στα ποσά αυτά συμπεριλαμβάνεται ΦΠΑ ή όχι, και, περαιτέρω, εάν πρόκειται για ποσά που περιλαμβάνουν ΦΠΑ, εάν έχουν υπολογιστεί με συντελεστή ΦΠΑ 24% ή με μειωμένο συντελεστή 13%, και τούτο διότι από τη διακήρυξη δεν προκύπτει με σαφήνεια και αναλυτικά το είδος των ζητούμενων ειδών, ούτε με ποιον συντελεστή ΦΠΑ έχουν υπολογιστεί τα ανωτέρω ποσά. Σε κάθε όμως περίπτωση η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια και λόγω ποσού, είτε η συνολική προϋπολογισθείσα αξία της υπόψη διακήρυξης 800.000,00 ευρώ δεν περιλαμβάνει ΦΠΑ, οπότε ανέρχεται σε ποσό άνω των 60.000 ευρώ, είτε περιλαμβάνει ΦΠΑ 13% ή 24%, οπότε το ποσό της προϋπολογισθείσας αξίας της διακήρυξης χωρίς ΦΠΑ δε μπορεί να είναι κατώτερο από 645.161,29 ευρώ, οπότε και πάλι ανέρχεται σε ποσό άνω των 60.000 ευρώ. Και τούτο διότι στην περίπτωση που ο συντελεστής ΦΠΑ είναι για όλα τα υπό προμήθεια είδη μειωμένος κι ανέρχεται σε ποσοστό 13%, το ποσό της δαπάνης ανέρχεται σε 707.964,60 ευρώ χωρίς ΦΠΑ ( $800.000 / 1,13$ ) αλλά και στην περίπτωση που ο ΦΠΑ υπολογίζεται σε ποσοστό 24%, το ποσό της δαπάνης ανέρχεται σε 645.161,29 ευρώ χωρίς ΦΠΑ ( $800.000 / 1,24$ ).

14. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί, κατά το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 219429530958 0817 0016 ποσού 3.000,00€, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 600.000,00 ευρώ του Τμήματος Α' της υπόψη σύμβασης, στο οποίο αφορά η υπό κρίση Προσφυγή, χωρίς να προκύπτει με σαφήνεια από τη διακήρυξη/έγγραφο της σύμβασης εάν στην αξία αυτή περιλαμβάνεται ΦΠΑ ή όχι. Ειδικότερα, στην περίπτωση που στο ποσό των 600.000 ευρώ δεν περιλαμβάνεται ΦΠΑ, το παράβολο ανέρχεται στο ποσό των 3.000 ευρώ ( $600.000 \times 0,5\%$ ), στην περίπτωση που στην ως άνω αξία περιλαμβάνεται ΦΠΑ 13%, λαμβάνοντας υπόψη ότι άνευ ΦΠΑ 13% η αξία του Τμήματος Α της σύμβασης ανέρχεται σε 530.973,45 ευρώ ( $600.000 / 1,13$ ), το παράβολο ανέρχεται στο ποσό των 2.654,86 ευρώ ( $530.973,45 \times 0,5\%$ ) και στην περίπτωση που στην ως άνω αξία περιλαμβάνεται ΦΠΑ 24%,

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

λαμβάνοντας υπόψη ότι άνευ ΦΠΑ 24% η αξία του Τμήματος Α' της σύμβασης ανέρχεται σε 483.870,96 ευρώ (600.000 / 1,24), το παράβολο ανέρχεται στο ποσό των 2.419,35 ευρώ (483.870,96 x 0,5%).

15. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017

16. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι ως αποδεικνύεται από το σχετικό μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της αναθέτουσας αρχής, η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 06.06.2018, οπότε και η τελευταία έλαβε γνώση αυτής, και η προσφεύγουσα υπέβαλε την προσφυγή της ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. στις 18.06.2018, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας, η οποία, δεδομένου ότι έληγε την 16.06.2018 ημέρα Σάββατο, ήτοι ημέρα μη εργάσιμη, παρεκτείνεται για την επόμενη εργάσιμη ημέρα (ΔΕφΠατρ 39/2017).

17. Επειδή, από την επισκόπηση της υπό κρίση προσφυγής προκύπτει ότι αυτή δε φέρει ορατή κρυπτογραφημένη ψηφιακή υπογραφή σκληρής αποθήκευσης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 22, 36, 37 του Ν. 4412/2016 και την ΥΑ 56902/215/2.6.17 (ΦΕΚ 1924/Β'/2 Ιουνίου 2017) «Τεχνικές Λεπτομέρειες και Διαδικασίες Λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ», που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του Ν. 4412/2016, πλην όμως, στην προκείμενη περίπτωση τούτο δεν απαιτούνταν από τη διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ούτε από τη συγκεκριμένη διαδικασία, η οποία διεξάγεται μεν στο πλαίσιο του Ν. 4412/2016, εκτός όμως ΕΣΗΔΗΣ, κι επομένως προκύπτει ότι παραδεκτά άγεται η παρούσα ενώπιον της ΑΕΠΠ, φέρουσα μόνο υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου της προσφεύγουσας και σφραγίδα αυτής επί του τυποποιημένου εντύπου.

18. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 34502/06.06.2018 Απόφασης του {...}/ Κατάστημα Κράτησης {...} με την οποία

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

εγκρίθηκε το με αριθ. 15/04.06.2018 Πρακτικό σχετικά με την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων και την κατακύρωση της σύμβασης στη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία {...} για το Τμήμα Α' της υπό ανάθεση σύμβασης, για το λόγο ότι -ως η αρμόδια επιτροπή έκρινε- η τελευταία υπέβαλε οικονομική προσφορά με το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί των προσφερόμενων ειδών και ως εκ τούτου με τη χαμηλότερη τιμή, έναντι της προσφοράς της προσφεύγουσας. Άλλωστε, σύμφωνα με τους όρους της υπόψη διακήρυξης και την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, η ως άνω προσβαλλόμενη συνιστά τη μόνη εκτελεστή απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε αφού, αρχικά με το με αριθ. 14/29.05.2018 Πρακτικό η Επιτροπή του Διαγωνισμού έκρινε ότι οι φάκελοι των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών των διαγωνιζόμενων εταιριών για το Τμήμα Α' της υπόψη σύμβασης –ήτοι της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας- ήταν σύμφωνοι με τους όρους της διακήρυξης, εν συνεχεία διενήργησε σε τυχαία ημέρα και κατόπιν σχετικής πρόσκλησης δειγματοληπτική τιμοληψία επί των υπό προμήθεια ειδών εντός των καταστημάτων των διαγωνιζομένων, έπειτα προέβη με το με αριθ. 15/04.06.2018 Πρακτικό στην αποσφράγιση και αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, υπολογίζοντας το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης επί των τιμών της δειγματοληψίας και κρίνοντας ως συμφερότερη βάσει τιμής την προσφορά της παρεμβαίνουσας για το Τμήμα Α' της σύμβασης, κρίση η οποία οδήγησε στην προσβαλλόμενη απόφαση κατακύρωσης με την οποία η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος για το Τμήμα Α' της σύμβασης. Ως εκ τούτου, με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα θεμελιώνει κατ'αρχήν το παραδεκτό άσκησης αυτής κατά τις διατάξεις του π.δ. 39/2017 και του ν. 4412/2016, επικαλούμενη ότι, όπως προκύπτει από το άρθρο 32 παρ. 5 του Σωφρονιστικού Κώδικα σε συνδυασμό με το άρθρο 14 παρ. 5 της ΥΑ 588197/7.4.2003 - Εσωτερικός Κανονισμός Λειτουργίας Γενικών Καταστημάτων Κράτησης τύπου Α' και Β', η προμήθεια τροφίμων και άλλων ειδών που γίνεται με δαπάνη των κρατουμένων πραγματοποιείται με τη μεσολάβηση των υπηρεσιών του καταστήματος κράτησης κι, εφόσον πραγματοποιείται μέσω προμηθευτή, αυτός



## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

αναδεικνύεται μέσω διαγωνιστικής διαδικασίας. Επιπλέον, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι σύμφωνα με τους όρους της υπόψη διακήρυξης προκύπτει ότι αυτή κατατείνει στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 2 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, ότι το Κατάστημα Κράτησης Κορυδαλλού λειτουργεί ως αναθέτουσα αρχή, και ότι σε κάθε περίπτωση στο σώμα της διακήρυξης γίνονται αναφορές σε εφαρμογή του Ν. 4412/2016, ο οποίος σε κάθε περίπτωση δεν προβλέπει εξαίρεση της ανωτέρω διαδικασίας από το πεδίο εφαρμογής του (Τμήμα ΙΙΙ, εξαιρέσεις Ν. 4412/2016), με αποτέλεσμα και το δικονομικό πλαίσιο του υπόψη διαγωνισμού να διέπεται από τις διατάξεις των άρθρων 345 επ. του Ν. 4412/2016. Ακολούθως, και δη αναφορικά με τις πλημμέλειες της προσβαλλόμενης απόφασης και δη της κρίσης της αναθέτουσας αρχής να αναδείξει ως ανάδοχο για το Τμήμα Α' της σύμβασης την παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας υποβλήθηκε κατά παράβαση των επί ποινή αποκλεισμού όρων της διακήρυξης διότι : α) η παρεμβαίνουσα δεν υπέβαλε ως όφειλε μαζί με την προσφορά της και εντός του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της πιστοποιητικό καταβολής εισφορών επικουρικής ασφάλισης στο Ταμείο Επαγγελματικής Ασφάλισης Υπαλλήλων Εμπορίου Τροφίμων ΝΠΙΔ (Τ.Ε.Α.Υ.Ε.Τ. – ΝΠΙΔ) στο οποίο υπάγεται υποχρεωτικά κατά την ισχύουσα νομοθεσία β) η παρεμβαίνουσα δεν υπέβαλε ως όφειλε μαζί με την προσφορά της και εντός του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επιμελητηρίου με το οποίο να πιστοποιείται η εγγραφή της σε αυτό και το ειδικό επάγγελμά της κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της, και συγκεκριμένα κατά το έτος 2018, οπότε και διενεργείται ο υπόψη διαγωνισμός προκειμένου να αποδείξει την καταλληλότητά της για την άσκηση της επαγγελματικής της δραστηριότητας γ) το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης υπολογίστηκε επί τιμών οι οποίες, κατά το χρόνο διενέργειας της δειγματοληψίας, ήταν ήδη για τα προϊόντα που δειγματίστηκαν στο κατάστημα της παρεμβαίνουσας εκπτωτικές τιμές (τιμές προσφοράς) που ίσχυαν για λίγες μόνο ημέρες, και όχι οι τιμές πώλησης που θα δέσμευαν τον προσφέροντα καθ' όλο το χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης (15 μήνες), ήτοι οι τιμές αναφοράς δεν

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

ήταν οι λιανικές τιμές πώλησης των προϊόντων αλλά πρόσκαιρα ισχύουσας εκπτώτικες τιμές πώλησης, τακτική η οποία είχε ως αποτέλεσμα τη νόθευση του ανταγωνισμού σε βάρος της προσφεύγουσας. Για τους λόγους αυτούς, η προσφεύγουσα επιδιώκει με την υπό κρίση προσφυγή της την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που η έτερη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία {...} αναδείχθηκε ανάδοχος για το Τμήμα Α' της υπό ανάθεση σύμβασης.

19. Επειδή, εν προκειμένω, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται εκ του γεγονότος ότι έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της, η οποία έχει γίνει δεκτή κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς, και η οποία αφορά σε σημαντικό ποσοστό έκπτωσης επί της λιανικής τιμής των υπό προμήθεια ειδών για όλη τη διάρκεια της σύμβασης, με αποτέλεσμα εύλογα να προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση για το Τμήμα Α' για το οποίο υπέβαλε την προσφορά της, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας, έκρινε ως αποδεκτή κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς την προσφορά της μοναδικής συνδιαγωνιζόμενης της εταιρίας, και ως εκ τούτου εν συνεχεία προέκρινε αυτήν ως την προσφορά με τη χαμηλότερη τιμή, ανακηρύσσοντας τη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία {...} ως ανάδοχο του Τμήματος Α' της υπόψη σύμβασης.

20. Επειδή, παρεμβαίνει η εταιρία με την επωνυμία {...} η οποία Παρέμβαση, ασκείται εν γένει παραδεκτώς και στη νόμιμη προθεσμία, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, αφού, όπως αποδεικνύεται από το μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου που προσκομίζει η παρεμβαίνουσα και αντίστοιχα δηλώνεται στο με αριθ. 9 στοιχ. Δ πεδίο του εντύπου της παρέμβασής της, η εν λόγω Προσφυγή κοινοποιήθηκε σε αυτήν στις 18.06.2018, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η παρεμβαίνουσα, και

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

η Παρέμβαση κατατέθηκε στις 28.06.2018, ήτοι εντός της σχετικής 10ήμερης προθεσμίας προς άσκηση παρέμβασης, η δε παρεμβαίνουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία αναδείχθηκε ως ανάδοχος για το Τμήμα Α' της υπόψη διακήρυξης. Ειδικότερα, με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται κατ'αρχήν ότι απαράδεκτα η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή φέρεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ καθώς δεν εμπίπτει στην καθ'ύλην αρμοδιότητα αυτής. Και τούτο διότι, όπως αναλυτικά εκθέτει η παρεμβαίνουσα, η υπόψη διακήρυξη αφορά σε διαγωνισμό που ενεργείται με ίδια δαπάνη των κρατούμενων και όχι με χρήματα του Δημοσίου, το οποίο μόνον μεσολαβεί, κατ' ουσία διευκολύνοντας και προσφέροντας τα εχέγγυα για τη διενέργεια της διαδικασίας εξεύρεσης της συμφερότερης για αυτούς προσφοράς. Η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι, όπως προκύπτει από το Παράρτημα Γ – άρθρο 3 της διακήρυξης αλλά και από το Σχέδιο Σύμβασης – Παράρτημα Ε – άρθρο 4 αυτής, εν προκειμένω οι πραγματικοί εντολείς και συμβαλλόμενοι είναι οι κρατούμενοι, οι οποίοι ονομαστικά παραγγέλνουν, πληρώνουν και παραλαμβάνουν τις παραγγελίες τους, ενώ το αρμόδιο κατάστημα κράτησης λειτουργεί ως αναθέτουσα αρχή η οποία διενεργεί την υπόψη διαγωνιστική διαδικασία ως τοποτηρητής, εγγυητής και διαμεσολαβητής μεταξύ αγοραστών-κρατούμενων και πωλητών-προμηθευτών, λόγος για τον οποίο άλλωστε έχει την ευχέρεια να επιλέγει τους γενικούς και ειδικούς όρους που κρίνει αναγκαίους και εξυπηρετούν καλύτερα τη συγκεκριμένη σύμβαση, διαφοροποιούμενη ενίοτε από το αυστηρό νομικό πλαίσιο των δημόσιων προμηθειών. Ήτοι, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή ενέταξε την υπόψη σύμβαση στις συμβάσεις κάτω των ορίων και αντιμετώπισε το διαγωνισμό ως συνοπτικό, και όχι βάσει του ενδεικτικά αναφερόμενο προϋπολογισμού, ο οποίος δεν προέρχεται από δημόσιο χρήμα. Τέλος, αναφορικά με το απαράδεκτο της υπό κρίση προσφυγής, ως η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται, λαμβάνοντας υπόψη ότι η προσφεύγουσα δια υπεύθυνης δήλωσης έχει αποδεχτεί πλήρως και ανεπιφύλακτα τους όρους της υπόψη διακήρυξης, μεταξύ των οποίων και τους όρους που αφορούν στην προσβολή των πράξεων

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

της αναθέτουσας αρχής με ένσταση ενώπιόν της εντός προθεσμίας πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, εν προκειμένω αφενός έχει απωλέσει το δικαίωμά της να προσβάλλει την ως άνω απόφαση εντός προθεσμίας πέντε ημερών από την κοινοποίησή της ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, αφετέρου η υπό κρίση προσφυγή ασκείται ανεπίκαιρα στο μέτρο που δια αυτής η προσφεύγουσα μεταθέτει το βάρος της υπόθεσης στο κανονιστικό πλαίσιο του διέπει την υπόψη διακήρυξη, το οποίο μπορεί να κριθεί μόνο με ένσταση (ή προσφυγή) κατά της διακήρυξης και εντός των προθεσμιών που ο νόμος ή η διακήρυξη θέτει, οι οποίες ξεκινούν σε κάθε περίπτωση από τη δημοσίευση της διακήρυξης ή τη γνώση αυτής από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, και πάντως όχι στο στάδιο που έχει αναδειχθεί ο προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης. Προς επίρρωση του ισχυρισμού της η παρεμβαίνουσα αντικρούει ότι η με αριθ. Α.Ε.Π.Π. 226/2018, την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα, έκρινε επί προσφυγής κατά όρων διακήρυξης με αντικείμενο την προμήθεια τροφίμων ίδιας δαπάνης των κρατουμένων και όχι κατά απόφασης κατακύρωσης, στην οποία διακήρυξη αναφερόταν -και στο θεσμικό της πλαίσιο και στο σώμα της- ότι ο διαγωνισμός διεξάγεται με το Ν. 4412/2016. Ακολούθως, και ως προς την ουσία των λόγων που προβάλλει η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα αντικρούει προβάλλοντας ότι προς απόδειξη του ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερη προσκόμισε εντός του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της πιστοποιητικό περί μη οφειλής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, κύριας και επικουρικής, του ΕΦΚΑ, τ. ΙΚΑ-ΕΤΑΜ, στο οποίο ενεγράφη μόλις ξεκίνησε την επιχείρησή της, στις εισφορές του οποίου συμπεριλαμβάνεται και η εισφορά προς Ε.Τ.Ε.Ε. (Ενιαίο Ταμείο Επικουρικής Ασφάλισης) την οποία πληρώνει ανελλιπώς, ενώ σχετικά με την υποχρέωση ασφάλισής της στο φορέα επικουρικής ασφάλισης του Ταμείου Επικουρικής Ασφάλισης Υπαλλήλων Εμπορίου Τροφίμων (Τ.Ε.Α.Υ.Ε.Τ.), η ίδια δηλώνει πλήρη άγνοια καθώς ο ΕΦΚΑ την ενέταξε στους υπόχρεους έναντι αυτού για τις εισφορές κύριας και επικουρικής ασφάλισης, γι' αυτό και, ως ενημερώθηκε, αν επιθυμεί εφεξής να μεταβεί σε άλλο φορέα επικουρικής ασφάλισης, δεν οφείλει σε αυτόν ουδέν

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

ποσό αναδρομικά για επικουρική ασφάλιση, αφού έχει καταβάλλει την αναλογία της επικουρικής ασφάλισης στον ΕΦΚΑ. Περαιτέρω, αναφορικά με την καταλληλότητά της για την άσκηση της επαγγελματικής της δραστηριότητας, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι εκ του προσκομισθέντος από 18.12.2017 πιστοποιητικού του Γενικού Εμπορικού Μητρώου (εφεξής Γ.Ε.ΜΗ.) του Εμπορικού & Βιομηχανικού Επιμελητηρίου Αθηνών (εφεξής Ε.Β.Ε.Α.) προκύπτει η εγγραφή της σε αυτό και το ειδικό επάγγελμά της, και συνεπώς καλύπτεται ο όρος της διακήρυξης κατά τον οποίο απαιτείται ο προσφέρων να υποβάλλει μαζί με την προσφορά του πιστοποιητικό/βεβαίωση που να αποδεικνύει την εγγραφή του στο οικείο επαγγελματικό μητρώο και το ειδικό επάγγελμά του, διότι με τον όρο αυτόν δεν απαιτείται πιστοποιητικό του έτους 2018 ή σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, σε κάθε δε περίπτωση ότι εντός του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της έχει υποβάλλει την από 14.05.2018 αίτηση προς το Γ.Ε.ΜΗ. του Ε.Β.Ε.Α. για έκδοση νέου πιστοποιητικού και την από 16.05.2018 απόδειξη πληρωμής του σχετικού κόστους έκδοσής του, το οποίο πιστοποιητικό εν τέλει εκδόθηκε στις 20.06.2018, ως προσκομίζεται με την παρέμβασή της. Αναφορικά με τον τρίτο λόγο προσφυγής, η παρεμβαίνουσα αντικρούει ότι, το κατάστημά της λειτουργεί ως franchise κατάστημα της αλυσίδας AB Βασιλόπουλος, με αποτέλεσμα οι τιμές, οι εκπτώσεις και οι προσφορές να αλλάζουν καθημερινά, γεγονός που εντάσσεται στην ευρύτερη πολιτική της αλυσίδας AB Βασιλόπουλος, γι' αυτό και η ίδια δε μπορεί να καθορίσει τις τιμές, αλλά ούτε να παρέμβει σε αυτές κατά την τυχαία ημέρα της τιμοληψίας, σε κάθε δε περίπτωση οι τιμές αυτές είναι τιμές ραφιού και συνιστούν τιμές λιανικής πώλησης. Προς τούτο άλλωστε, στην προσφορά της ανέφερε ότι σε περίπτωση που η προωθητική προσφορά του καταστήματος υπερτερεί της τιμής έκπτωσης που θα προσφέρει η ίδια, η πρώτη υπερτερεί εφόσον είναι χαμηλότερη. Λαμβάνοντας δε υπόψη ότι, κατά το χρόνο του συγκεκριμένου ελέγχου οι τιμές ραφιού ήταν αυτές που ελέγχθηκαν, αναγράφηκαν στο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού και περιλήφθηκαν στην απόφαση κατακύρωσης, όπως και ότι η τιμοληψία έγινε πρώτα στο κατάστημα της προσφεύγουσας και έπειτα στο κατάστημα της παρεμβαίνουσας,

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

με αποτέλεσμα τα υπό σύγκριση προϊόντα να έχουν καθοριστεί ήδη από την πρώτη τιμοληψία, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η διαδικασία διεξήχθη νομίμως και σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη, ενώ ουδέν ψήγμα αδικίας υπάρχει σε βάρος της προσφεύγουσας.

21. Επειδή, με τα με αριθ. πρωτ. 38592/20.06.2018 και 38464/21.06.2018 έγγραφα της αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της υπόψη προσφυγής. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι η υπόψη διαγωνιστική διαδικασία προμήθειας τροφίμων και άλλων ειδών πραγματοποιείται με δαπάνη των κρατουμένων και ουδεμία επιβάρυνση υφίσταται για το Δημόσιο, το οποίο αναλαμβάνει ρόλο διαμεσολαβητή ανάμεσα στον κρατούμενο και τον προμηθευτή, με αποκλειστικό στόχο τη διασφάλιση των συμφερόντων των κρατουμένων και την ικανοποίηση της δυνατότητάς τους να προμηθεύονται τρόφιμα και άλλα είδη σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 5 του Σωφρονιστικού Κώδικα. Κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής, αποτέλεσμα τούτου είναι ο διαγωνισμός αυτός να μην εμπίπτει στο δικονομικό πλαίσιο του ν. 4412/2016, παρά μόνον η αναφορά στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 να έχει «βοηθητικό – επεξηγηματικό χαρακτήρα». Γι' αυτό και η κατάθεση της υπόψη προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους της προσφεύγουσας, κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής, αντιβαίνει στην υπεύθυνη δήλωση που κατέθεσε περί πλήρους και ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων της υπόψη διακήρυξης. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι οι α) με αριθ. 91317/εγκ. 57/28.08.1957 «Περί του τρόπου της υπό των κρατουμένων προμήθειας τροφίμων και άλλων ειδών», β) με αριθ. 56483/οικ./29.05.95 διαταγή του Υπουργείου Δικαιοσύνης για τη διενέργεια διαγωνισμού στις προμήθειες τροφίμων των κρατουμένων καθορίζουν τον τρόπο διεξαγωγής της σχετικής διαγωνιστικής διαδικασίας και δεν έχουν ακόμα ανακληθεί.

22. Επειδή, κατά τα ήδη διαλαμβανόμενα ως άνω (σκέψεις 2-11), προκύπτει ότι στο πλαίσιο αυτεπάγγελτου ελέγχου της δικαιοδοσίας και αρμοδιότητάς της, η Α.Ε.Π.Π. (υπό τη σύνθεση του παρόντος Κλιμακίου) κρίνει ότι η εξέταση της υπόψη προσφυγής εμπίπτει στην καθ'ύλην και κατά χρόνο

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

αρμοδιότητα αυτής, σε κάθε δε περίπτωση ότι πληρούνται οι εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις του παραδεκτού για την άσκησή της, απορριπτόμενων ως εκ τούτου ως αβάσιμων των εκτεθέντων ως άνω ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας περί του ότι η υπόψη σύμβαση δεν εμπίπτει στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, και δη στις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, με αποτέλεσμα να φέρεται απαραδέκτως ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. Οι δε ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας περί του ότι η προσφεύγουσα, αποδεχόμενη με υπεύθυνη δήλωση πλήρως και ανεπιφύλακτα τους όρους της υπόψη διακήρυξης, κατ'ουσίαν συναίνεσε και στους όρους περί της διαδικασίας υποβολής ενστάσεων, με αποτέλεσμα αφενός να έχει απωλέσει το δικαίωμά της να προσβάλλει την ως άνω απόφαση εντός προθεσμίας πέντε ημερών από την κοινοποίησή της ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, αφετέρου να ασκεί την υπό κρίση προσφυγή ανεπίκαιρα, στο μέτρο που οι ισχυρισμοί της κατατείνουν στην αμφισβήτηση του κανονιστικού πλαισίου που ρυθμίζεται με τους όρους της διακήρυξης, οι οποίοι μόνο με ένσταση/προσφυγή κατά της διακήρυξης δύναται να αμφισβητηθούν, απορρίπτονται ως αβάσιμοι. Και τούτο διότι, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί υπαγωγής στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 εκ του χαρακτήρα της επιδιωκόμενης σύμβασης κατατείνουν προφανώς στη θεμελίωση του παραδεκτού της υπό κρίση προσφυγής της ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., ζήτημα το οποίο εξετάζεται ούτως ή άλλως αυτεπαγγέλτως από την Αρχή, σε κάθε δε περίπτωση, όπως ισχύει κατά πάγια νομολογία, με τους όρους της διακήρυξης δεν τίθεται και το δικονομικό πλαίσιο επίλυσης των αναφεομένων κατά τη διαγωνιστική διαδικασία διαφορών (ΣτΕ 1765/2010, Ε.Α. 908, 1188, 1284/2009 κ.α.), με συνέπεια ούτως ή άλλως τα οριζόμενα κατά το άρθρο 5 της υπόψη διακήρυξης να μην ασκούν επιρροή για την προσβολή της δια της παρούσας προσβαλλόμενης απόφασης. Υπό τα δεδομένα τούτα, και για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στις σκέψεις 2-11 της παρούσας, δε γίνονται ομοίως δεκτοί και οι προβαλλόμενοι δια των απόψεών της αναθέτουσας αρχής ισχυρισμοί περί μη υπαγωγής της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας στο δικονομικό πλαίσιο το ν. 4412/2016 καθότι -ως η αναθέτουσα αρχή προβάλλει- η κριθείσα προμήθεια πραγματοποιείται με δαπάνη των

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

κρατουμένων ενώ το κατάστημα κράτησης αναλαμβάνει μόνο ρόλο διαμεσολαβητή μεταξύ κρατουμένων και προμηθευτή, με αποτέλεσμα η αναφορά στις διατάξεις του ν. 4412/2016 να έχει μόνο βοηθητικό χαρακτήρα.

23. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους συμμετέχοντες σ' αυτόν. Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (Πράξεις Τμ. VI Ελ. Συν.70/2003, 105/2002, 78, 4/2001, 85/2000). Συναφώς δε έχει κριθεί ότι τυχόν ασάφειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, κατά την κρίση της Διοίκησης (λόγω της προβαλλόμενης απ' αυτήν ασάφειας), προσφορά τους (ΕΑΣΤΕ 423, 424, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδ. θ', σελ. 776). Ως εκ τούτου, εν προκειμένω οι προβαλλόμενοι με την υπό κρίση προσφυγή λόγοι εξετάζονται με βάση τους κανονιστικούς όρους, όπως αυτοί τίθενται με την υπόψη Διακήρυξη.

24. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της υπόψη Διακήρυξης και την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, η ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση συνιστά τη μόνη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε, κατόπιν αφενός του με αριθ. 14/29.05.2018 Πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής με το οποίο κρίθηκε ότι οι φάκελοι των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών



## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

προσφορών των διαγωνιζόμενων για το Τμήμα Α' της υπόψη σύμβασης -ήτοι της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας- είναι σύμφωνοι με τους όρους της διακήρυξης, και αφετέρου του με αριθ. 15/04.06.2018 Πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής, με το οποίο αξιολογήθηκαν οι οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων, κρίθηκε ότι η παρεμβαίνουσα υπέβαλε τη συμφερότερη βάσει τιμής προσφοράς για το Τμήμα Α' της υπό ανάθεση σύμβασης, και εν τέλει αναδείχθηκε αυτή ως ανάδοχος για το ως άνω Τμήμα, με συνέπεια επικαίρως να προβάλλονται κατά το στάδιο προσβολής της παρούσας και λόγοι που αφορούν στην αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής.

25. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής της, με τον οποίο η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η παρεμβαίνουσα δεν αποδεικνύει την καταβολή εισφορών επικουρικής ασφάλισης για τους υπαλλήλους της διότι δεν υπέβαλε εντός του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της πιστοποιητικό καταβολής εισφορών επικουρικής ασφάλισης στο Ταμείο Επαγγελματικής Ασφάλισης Υπαλλήλων Εμπορίου Τροφίμων ΝΠΙΔ (Τ.Ε.Α.Υ.Ε.Τ. – ΝΠΙΔ), στο οποίο ένεκα της δραστηριότητάς της ως κατάστημα χονδρικής και λιανικής πώλησης τροφίμων υπάγεται υποχρεωτικά κατά την ισχύουσα νομοθεσία, η παρεμβαίνουσα αντικρούει ότι αποδεικνύει την καταβολή εισφορών κύριας και επικουρικής ασφάλισης με την προσκόμιση βεβαίωσης ασφαλιστικής ενημερότητας του ασφαλιστικού φορέα του Ε.Φ.Κ.Α., στις εισφορές του οποίου εντάσσονται και οι εισφορές επικουρικής ασφάλισης που, κατά τους ισχυρισμούς της, είχε υποχρέωση να καταβάλλει προς το Ε.Τ.Ε.Α. (στο οποίο είχε ήδη ενταχθεί το Ταμείο Επικουρικής Ασφάλισης Υπαλλήλων Εμπορικών Καταστημάτων), σε κάθε δε περίπτωση ότι ακόμα κι αν εντάσσεται στους υπόχρεους προς καταβολή εισφορών επικουρικής ασφάλισης προς το Τ.Ε.Α.Υ.Ε.Τ., η υποχρέωση αυτή άρχεται εκ της εγγραφής της στο Ταμείο έναντι του οποίου δεν οφείλει αναδρομικά εισφορές, τις οποίες έχει καταβάλλει κατά την αναλογία της επικουρικής ασφάλισης που ισχύει προς τον ασφαλιστικό φορέα πρώην ΙΚΑ-ΕΤΑΜ, νυν Ε.Φ.Κ.Α, όντας ασφαλιστική ενήμερη.

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

26. Επειδή, με τη με αριθ. 22/11.7.2016 εγκύκλιο ΙΚΑ «Κοινοποίηση των διατάξεων του άρθρου 97 του ν. 4387/2016 αναφορικά με την καταβολή των ασφαλιστικών εισφορών υπέρ ΕΤΕΑ», όπως την επικαλείται η παρεμβαίνουσα, προβλέπεται ότι : «α) ο εργοδότης για τους μισθωτούς του, που υπάγονται στην ασφάλιση του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ, υποχρεούται από 1-12-2013 να δηλώνει τις ασφαλιστικές εισφορές υπέρ Ε.Τ.Ε.Α., στην Α.Π.Δ. που υποβάλλει για αυτούς στο ΟΠΣ / ΙΚΑ - ΕΤΑΜ, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ. Όπως αναφέρεται στην παρ.1 της Φ80020/οικ.36225/1183/7.1.2014 εγκυκλίου της Γ.Γ.Κ.Α. και στο κεφ. 2.1 της 3405/1354/010/17.1.2014 εγκυκλίου του Ε.Τ.Ε.Α., καθώς και στην εγκύκλιο 17/14 ΙΚΑ-ΕΤΑΜ, η ένταξη των ασφαλιστικών εισφορών στην Α.Π.Δ. του ΟΠΣ/ΙΚΑ-ΕΤΑΜ αφορά μόνο τους Τομείς και Φορείς Επικουρικής Ασφάλισης που είχαν ενταχθεί έως την 1-12-2013 (ημερομηνία εφαρμογής των ανωτέρω διατάξεων) στο Ε.Τ.Ε.Α., δηλ.: α) το Ε.Τ.Ε.Α.Μ., β) τους Τομείς ΤΕΑΠΟΖΟ, ΤΕΑΕΙΓΕ, ΤΕΑΥΕΚ, ΤΕΑΥΝΠΤ και ΤΕΑΧ του Τ.Ε.Α.Ι.Τ., γ) τους Τομείς ΤΕΑΠ-ΕΛΤΑ, ΤΕΑΠ-ΟΤΕ, ΤΕΑΠ-ΕΡΤΤ, ΤΕΑΠ-ΕΤΒΑ και ο Κλάδος Ασφάλισης Προσωπικού ΔΕΗ του Τ.Α.Υ.Τ.Ε.Κ.Ω., δ) το Τ.Ε.Α.Δ.Υ. και οι Τομείς του ΤΑΔΚΥ και ΤΕΑΠΟΚΑ και ε) το Ε.Τ.Α.Τ., ως προς την επικουρική ασφάλιση». Από τα ως άνω οριζόμενα συνάγεται ότι στις ασφαλιστικές εισφορές του Ε.Φ.Κ.Α. εντάσσονται και οι εισφορές επικουρικής ασφάλισης των ταμείων εκείνων που μέχρι την 1.12.2013 είχαν ενταχθεί στο Ε.Τ.Ε.Α., μεταξύ των οποίων και οι εισφορές επικουρικής ασφάλισης του Τ.Ε.Α.Υ.Ε.Κ. (Ταμείο Επικουρικής Ασφάλισης Υπαλλήλων Εμπορικών Καταστημάτων), με συνέπεια εκ των οριζομένων ως άνω, εν προκειμένω η παρεμβαίνουσα να υποχρεούται να καταβάλλει προς τον Ε.Φ.Κ.Α. τις εισφορές επικουρικής ασφάλισης που εντάχθηκαν σε αυτόν από το Ε.Τ.Ε.Α.

27. Επειδή, προς απόδειξη της καταβολής εισφορών επικουρικής ασφάλισης η παρεμβαίνουσα προσκομίζει : 1) τη με αριθ. πρωτ. 224023/15.05.2018 βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας του Ε.Φ.Κ.Α., ισχύος ενός μηνός από την έκδοσή της, ήτοι μέχρι την 14.06.2018, κατά το περιεχόμενο της οποίας βεβαιώνεται ότι η εταιρία με την επωνυμία {...} και με αντικείμενο δραστηριότητας το λιανικό εμπόριο super market και έμφαση στο

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

εμπόριο τροφίμων «δεν οφείλει ληξιπρόθεσμες ασφαλιστικές εισφορές για το προσωπικό της και ότι έχει ρυθμίσει την οφειλή της προς το ΙΚΑ-ΕΤΑΜ σε δόσεις με την υπ' αριθ. 156128-04/05/2018 Απόφαση του Κέντρου Είσπραξης Ασφαλιστικών Οφειλών (Κ.Ε.Α.Ο.), σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4152/13 ΠΑΡ.ΙΑ.ΙΑ1 ΠΑΓΙΑ ΡΥΘΜΙΣΗ και δεν οφείλει στο ΙΚΑ-ΕΤΑΜ ποσά από ληξιπρόθεσμες δόσεις και τρέχουσες ασφαλιστικές εισφορές για τους μισθωτούς της», 2) το τελευταίο εκδοθέν πριν το χρόνο υποβολής προσφοράς ειδοποιητήριο πληρωμής ασφαλιστικών εισφορών του Ε.Φ.Κ.Α. στο όνομα του νόμιμου εκπροσώπου της παρεμβαίνουσας εταιρίας, Γεώργιου Φρέσκου, με την τραπεζική απόδειξη εξόφλησης του ποσού εισφοράς και 3) αντίγραφα των αποδεικτικών υποβολής Α.Π.Δ. που υποβάλλει προς το ΙΚΑ-ΕΤΑΜ για λογαριασμό της {...} και για το διάστημα από 12/17 έως 6/2018, εκ των οποίων προκύπτει ότι , ως ορίζει η ως άνω εγκύκλιος, η παρεμβαίνουσα δηλώνει τις ασφαλιστικές εισφορές υπέρ Ε.Τ.Ε.Α. στην Α.Π.Δ. που υποβάλλει για τους υπαλλήλους της στο ΟΠΣ / ΙΚΑ - ΕΤΑΜ, η οποία γίνεται αποδεκτή από το σύστημα, παράγοντας τα σχετικά αρχεία.

28. Επειδή, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 36 παρ. 4 Ν. 4052/2012 και 7 και 8 του Ν. 3029/2002 όπως και των κατ' εξουσιοδότηση των άνω νόμων εκδοθεισών Υπουργικών Αποφάσεων, προκύπτει ότι το «Ταμείο Επαγγελματικής Ασφάλισης Υπαλλήλων Εμπορίου Τροφίμων Ν.Π.Ι.Δ.» αποτελεί καθολικό διάδοχο του «Τομέα Επικουρικής Ασφάλισης Υπαλλήλων Εμπορίου Τροφίμων» (Τ.Ε.Α.Υ.Ε.Τ.) του Ν.Π.Δ.Δ. «Ταμείο Επικουρικής Ασφάλισης Ιδιωτικού Τομέα» (Τ.Ε.Α.Ι.Τ.), ο οποίος τομέας, μετετράπη αυτοδικαίως σε Ν.Π.Ι.Δ υποχρεωτικής ασφάλισης, μετά από απόφαση, της πρωτοβάθμιας συνδικαλιστικής οργάνωσης (Κλαδικό Σωματείο) με την επωνυμία «ΕΝΩΣΗ ΥΠΑΛΛΗΛΩΝ ΕΜΠΟΡΙΟΥ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΣΟΥΠΕΡ ΜΑΡΚΕΤ ΑΘΗΝΩΝ, ΠΕΙΡΑΙΩΣ, ΔΗΜΩΝ ΚΑΙ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ ΝΟΜΟΥ ΑΤΤΙΚΗΣ» και της δευτεροβάθμιας συνδικαλιστικής οργάνωσης, με την επωνυμία «ΟΜΟΣΠΟΝΔΙΑ ΙΔΙΩΤΙΚΩΝ ΥΠΑΛΛΗΛΩΝ ΕΛΛΑΔΟΣ» (Ο.Ι.Υ.Ε.), με τη σύμφωνη γνώμη της Εθνικής Αναλογιστικής Αρχής. Ειδικότερα, εκ του καταστατικού του Ταμείου, το οποίο εγκρίθηκε με την υπ.

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

Αριθμ.51020/5054/113 Υπουργική Απόφαση (Φ.Ε.Κ 410Β΄/22-2-2013 και λειτουργεί σαν Ν.Π.Ι.Δ από 1/3/2013, ορίζεται ότι σκοπός του Ταμείου είναι η παροχή επαγγελματικής ασφαλιστικής προστασίας στους ασφαλισμένους και δικαιούχους των παροχών για τους ασφαλιστικούς κινδύνους γήρατος, αναπηρίας και θανάτου καθώς και ότι στην ασφάλιση αυτού υπάγονται υποχρεωτικά : α) Όλοι οι απασχολούμενοι στα καταστήματα τροφίμων της περιοχής Αθηνών, Πειραιώς και Περιχώρων (Ν. Αττικής πλην νήσων) και β) Οι Καταστηματάρχες χονδρικής και λιανικής πώλησης ειδών εμπορίου τροφίμων ειδικά δε για τις επιχειρήσεις που λειτουργούν ως εταιρείες ασφαρίζονται οι ομόρρυθμοι εταίροι των προσωπικών εταιρειών, οι διαχειριστές της Ε.Π.Ε., οι Διευθύνοντες Σύμβουλοι και οι Συμπράττοντες Σύμβουλοι των Α.Ε.. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι το Τ.Ε.Α.Υ.Ε.Τ. συνιστά Ταμείο υποχρεωτικής επικουρικής ασφάλισης στο οποίο εκ του αντικειμένου δραστηριότητας και της έδρας της (όπως προκύπτουν από την πράξη συστάσεως και την από 9.11.2017 βεβαίωση του Ε.Β.Ε.Α.) φαίνεται να εμπίπτει η παρεμβαίνουσα εταιρία.

29. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι κατά την υποβολή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας δεν είχε λάβει χώρα βεβαίωση των οφειλών σε βάρος της ίδιας ή/και του νόμιμου εκπροσώπου της, όπως και ότι δεν είχε εκδοθεί σε βάρος της Πράξη Επιβολής Εισφορών, ώστε η παρεμβαίνουσα ή/και ο νόμιμος εκπρόσωπός της να θεωρούνται μη ενήμερη, υπό την έννοια ότι δε μπορούσαν να λάβουν βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας, η άρνηση χορήγησης της οποίας συνιστά το μόνο μέσο απόδειξης της έλλειψης ασφαλιστικής ενημερότητας ενός οικονομικού φορέα (ΣΤΕ4701/2012 ΕΣ 2654/2014), αντιστοίχως δε ουδόλως αποδεικνύεται ότι ανάλογη βεβαίωση οφειλών έχει εκδοθεί σε βάρος της από τον τρίτο φορέα επικουρικής ασφάλισης (Τ.Ε.Α.Υ.Ε.Τ.) στον οποίο, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, έπρεπε να ασφαλίσει το προσωπικό της η παρεμβαίνουσα για τον κλάδο της επικουρικής ασφάλισης. Άλλωστε, με βάση την πρακτική που εφαρμόζουν τα ασφαλιστικά ταμεία, και η οποία υπόκειται στη λογική της διαδοχικής ασφάλισης, σε περίπτωση που υπάρχει εκ του νόμου υποχρέωση

## Αριθμός απόφασης: 593/2018

ασφάλισης ενός οικονομικού φορέα σε άλλο ασφαλιστικό ταμείο, η υποχρέωση καταβολής των αντίστοιχων εισφορών έναντι αυτού εκκινεί από την εγγραφή του σε αυτό, χωρίς καταλογισμό αναδρομικών εισφορών, εφόσον αποδεικνύεται ότι αυτές έχουν καταβληθεί με την αναλογία που ισχύει έναντι του προηγούμενου ασφαλιστικού ταμείου, στο οποίο ήταν ενταγμένος για το προηγούμενο διάστημα ο οικονομικός φορέας. Γι' αυτό και βάσιμα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι, όπως ενημερώθηκε από το Τ.Ε.Α.Υ.Ε.Τ. δύναται να εγγραφεί σε αυτό χωρίς να οφείλει αναδρομικά εισφορές, εφόσον έχει καταβάλλει την αντίστοιχη αναλογία επικουρικής ασφάλισης του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ. Ενόψει των ανωτέρω συνάγεται ότι η παρεμβαίνουσα κατά την υποβολή της προσφοράς της ήταν ασφαλιστικά ενήμερη για την καταβολή εισφορών κύριας και επικουρικής ασφάλισης, απορριπτόμενου ως εκ τούτου ως αβάσιμου του πρώτου λόγου προσφυγής.

30. Επειδή, με το δεύτερο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση του τιθέμενου επί ποινή αποκλεισμού όρου της διακήρυξης ότι : *«Οι δικαιούμενοι συμμετοχής στο διαγωνισμό υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους τα εξής δικαιολογητικά : .....6. Για την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού μητρώου με το οποίο να πιστοποιείται αφενός η εγγραφή σε αυτό και το ειδικό επάγγελμα .... Η προσκόμιση όλων των ανωτέρω δικαιολογητικών μαζί με την έγγραφη προσφορά κρίνεται ως απαραίτητη. Διαφορετικά η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη»*, η παρεμβαίνουσα δεν υπέβαλε ως όφειλε πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επιμελητηρίου με το οποίο να πιστοποιείται η εγγραφή της σε αυτό και το ειδικό επάγγελμά της κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της και συγκεκριμένο κατά το έτος 2018. Τον ισχυρισμό αυτό αντικρούει η παρεμβαίνουσα προβάλλοντας ότι εκ του προσκομισθέντος από 18.12.2017 γενικού πιστοποιητικού του Γ.Ε.ΜΗ. του Ε.Β.Ε.Α. προκύπτει η εγγραφή της σε αυτό και συνεπώς καλύπτεται ο όρος της διακήρυξης κατά τον οποίο δεν απαιτείται πιστοποιητικό του έτους 2018 ή σε ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, σε κάθε δε περίπτωση ότι εντός του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της έχει υποβάλλει την από

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

14.05.2018 αίτηση προς το Γ.Ε.ΜΗ. του Ε.Β.Ε.Α. για έκδοση νέου πιστοποιητικού και την από 16.05.2018 απόδειξη πληρωμής του σχετικού κόστους έκδοσής του, το οποίο πιστοποιητικό εν τέλει εκδόθηκε στις 20.06.2018, ως προσκομίζεται με την παρέμβασή της.

31. Επειδή, όπως διατυπώνεται κατά τα ανωτέρω ο επίμαχος όρος της διακήρυξης δεν προσδιορίζει επακριβώς το χρονικό διάστημα στο οποίο απαιτείται να ανατρέχει η έκδοση του ζητούμενου πιστοποιητικού, ούτε την ισχύ αυτού, τα οποία πιστοποιητικά οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να εκδίδουν μηνιαίως και σε συγκεκριμένο χρονικό σημείο εντός του έτους. Άλλωστε, από το φάκελο της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, προκύπτει ότι η τελευταία αποδεικνύει, με το προσκομισθέν από 18.12.2017 γενικό πιστοποιητικό Γ.Ε.ΜΗ., την εγγραφή της στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο του Εμπορικού & Βιομηχανικού Επιμελητηρίου Αθηνών κατά τον πρόσφατο χρόνο συστάσεώς της, ήτοι την 9.11.2017, με Αριθ. Γ.Ε.ΜΗ. 144340601000, με τις προσκομισθείσες από 9.11.2017 βεβαίωση περί σύστασης και καταχώρισης του καταστατικού της στο Γ.Ε.ΜΗ. του Ε.Β.Ε.Α. και από 9.11.2017 ανακοίνωση συστάσεως της στο Ε.Β.Ε.Α., το ειδικό επάγγελμά της και με την εκτύπωση από τη σελίδα του ηλεκτρονικού συστήματος Γ.Ε.ΜΗ. του Ε.Β.Ε.Α. των υπό διεκπεραίωση αιτήσεων ότι είχε υποβάλλει από τις 14.5.2018, και δη σε εύλογο χρόνο πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στον υπόψη διαγωνισμό (ήτοι την 29.5.2018), αίτηση προς το Μητρώο του Εμπορικού & Βιομηχανικού Επιμελητηρίου Αθηνών για έκδοση νέου πιστοποιητικού, πληρώνοντας και το ανάλογο τέλος προς τούτο, στοιχεία εκ των οποίων πληρούται κατ'αρχήν η απαίτηση που τίθεται με τον ως άνω όρο εκ του προσκομισθέντος πιστοποιητικού να αποδεικνύεται το γεγονός της εγγραφής στο οικείο επαγγελματικό επιμελητήριο και το ειδικό επάγγελμα του προσφέροντα. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα προσκομίζει με την παρέμβασή της τα εν τέλει εκδοθέντα από 20.06.2018 γενικό πιστοποιητικό και πιστοποιητικό εκπροσώπησης του Γ.Ε.ΜΗ. του Ε.Β.Ε.Α. όπως και αντίγραφο της πορείας και του χρόνου διεκπεραίωσης του από 14.5.2018 αιτήματός της από το Γ.Ε.ΜΗ. του Ε.Β.Ε.Α.. Ως εκ τούτου, από την αντιπαραβολή του

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

περιεχομένου αφενός μεν των αρχικώς προσκομισθέντων ως άνω δικαιολογητικών εκδόσεως του Γ.Ε.ΜΗ. του Ε.Β.Ε.Α., ήτοι του από 18.12.2017 γενικού πιστοποιητικού, της από 9.11.2017 βεβαίωσης περί σύστασης και της αντίστοιχης ανακοίνωσης σύστασης, και αφετέρου δε των προσκομισθέντων με την παρέμβαση εγγράφων, ήτοι των από 20.06.2018 γενικού πιστοποιητικού και πιστοποιητικού εκπροσώπησης εκδόσεως του Γ.Ε.ΜΗ. του Ε.Β.Ε.Α. (τα οποία εκδόθηκαν σε συνέχεια της από 14.5.2018 αιτήσεως της παρεμβαίνουσας) προκύπτει ότι εκ της συστάσεώς της την 9.11.2017 έως την 20.6.2018 (ήτοι και κατά υποβολή της προσφοράς της την 29.5.2018) δε μεσολάβησε οποιαδήποτε μεταβολή/τροποποίηση στα συστατικά στοιχεία και την εκπροσώπηση της παρεμβαίνουσας εταιρίας. Ενόψει των ανωτέρω γίνεται δεκτό ότι, εν προκειμένω η απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, εκ του λόγου ότι το προσκομισθέν εντός της προσφοράς της πιστοποιητικό Γ.Ε.ΜΗ. έχει ημερομηνία έκδοσης την 18.12.2017 και ως εκ τούτου δε βεβαιώνει την εγγραφή και το ειδικό επάγγελμά της για το έτος 2018, συνιστά υπερβολική τυπολατρεία, η οποία δε δύναται ένεκα των ιδιαίτερων περιστάσεων που απορρέουν εκ της ως άνω αμφισημίας/ασάφειας του επίμαχου όρου της διακήρυξης και της καθυστέρησης του οικείου επιμελητηρίου να διεκπεραιώσει το σε εύλογο χρόνο υποβληθέν αίτημα της παρεμβαίνουσας, να ερμηνευθεί σε βάρος της παρεμβαίνουσας, απορριπτόμενου ως εκ τούτου ως αβάσιμου και του δεύτερου λόγου προσφυγής.

32. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη ότι η τελευταία δεν υπέβαλε τις πραγματικές λιανικές τιμές των προϊόντων που δειγματίστηκαν στο κατάστημά της αλλά υπέβαλε ήδη εκπτώτικες τιμές που ίσχυαν για λίγες μόνο ημέρες (ενόψει πρόσκαιρης εκπτώτικης ενέργειας), με αποτέλεσμα οι τιμές της προσφοράς της να μην είναι σταθερές και να μην βασίζονται σε σταθερό ποσοστό έκπτωσης, νοθεύοντας κατά αυτόν τον τρόπο τον ανταγωνισμό. Το λόγο τούτο αντικρούει η παρεμβαίνουσα, ως αναλυτικά εκτίθεται στη σκέψη 20 της παρούσας, προβάλλοντας ότι στο κατάστημά της οι εκπτώσεις και οι προσφορές αλλάζουν καθημερινά διότι λειτουργεί ως franchise

## Αριθμός απόφασης: 593/2018

κατάστημα της αλυσίδας AB Βασιλόπουλος, με αποτέλεσμα η ίδια να μην μπορεί να καθορίσει τις τιμές αλλά και να μη μπορεί να παρέμβει σε αυτές, σε κάθε δε περίπτωση οι τιμές αυτές είναι τιμές ραφίου και συνιστούν τιμές λιανικής πώλησης, οι οποίες κατά το χρόνο της συγκεκριμένης τιμοληψίας ελέγχθηκαν, αναγράφηκαν στο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού και περιλήφθηκαν στην απόφαση κατακύρωσης, με αποτέλεσμα η όλη διαδικασία να έχει διεξαχθεί νομίμως.

33. Επειδή, στο άρθρο 1 του Παραρτήματος Γ' της διακήρυξης για το Τμήμα Α' αυτής προβλέπεται ότι : *«Η τιμή που θα δοθεί, θα αναφέρεται σε σταθερό ποσοστό έκπτωσης επί τοις (%), επί της εκάστοτε ΛΙΑΝΙΚΗΣ ΤΙΜΗΣ ΠΩΛΗΣΗΣ, που θα πιστοποιείται από τις αναρτημένες τιμές ραφίου, του καταστήματος εξυπηρέτησης που θα δηλωθεί από τον προσφέροντα. Η κατακύρωση της προμήθειας θα γίνει έπειτα από δειγματοληπτική τιμοληψία της υπηρεσίας στο κατάστημα εξυπηρέτησης που θα υποδείξει ο συμμετέχων προμηθευτής στην προσφορά του. Στις τιμές δειγματοληψίας θα υπολογισθεί και η προσφερόμενη έκπτωση. Ο προσφέρων που θα συγκεντρώσει τη μικρότερη τιμή σύγκρισης μετά τον υπολογισμό του προσφερόμενου ποσοστού έκπτωσης θα αναδειχθεί και μειοδότης του τμήματος».*

34. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι οι τιμές που αναγράφονται στα με αριθ. 16953 και 16954 από 31.5.2018 παραστατικά αποδείξεων συναλλαγής, όπως ελήφθησαν την ημέρα της τιμοληψίας στο κατάστημα της παρεμβαίνουσας και συμπεριλήφθησαν στο φάκελο προσφοράς της, συμπίπτουν επακριβώς με τις τιμές οι οποίες αναγράφονται αναλυτικά στο με αριθ. 15 Πρακτικό και αντίστοιχα και στην προσβαλλόμενη απόφαση κατακύρωσης και είναι οι τιμές επί των οποίων η αρμόδια επιτροπή υπολόγισε το προσφερόμενο από την παρεμβαίνουσα ποσοστό έκπτωσης, ενεργώντας η αρμόδια επιτροπή αναλόγως και επί τη βάση των τιμών που αναγράφονται στα με αριθ. 003662 και 003663 από 31.05.2018 παραστατικά αποδείξεων συναλλαγής της προσφεύγουσας, με σκοπό την ανεύρεση της χαμηλότερης τιμής προσφοράς μεταξύ των δύο διαγωνιζομένων. Περαιτέρω, τα



## Αριθμός απόφασης: 593/2018

αναγραφόμενα στο με αριθ. 15 Πρακτικό, και αντίστοιχα στην προσβαλλόμενη απόφαση κατακύρωσης, ποσοστά έκπτωσης των δύο εταιριών, και δη το ποσοστό έκπτωσης 7% το οποίο υπολογίστηκε επί των προσφερόμενων εκ μέρους της προσφεύγουσας τιμών, και το ποσοστό έκπτωσης 4,5%, το οποίο υπολογίστηκε επί των προσφερόμενων εκ μέρους της παρεμβαίνουσας τιμών, συμπίπτει με το ποσοστό έκπτωσης που συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφοράς κάθε διαγωνιζόμενης εταιρίας, ενώ, τόσο στο με αριθ. 15 Πρακτικό όσο και στην προσβαλλόμενη απόφαση κατακύρωσης γίνεται ρητή μνεία της σημείωση που περιέχεται στην οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας ότι : *«για τα προϊόντα που μπορεί να συμμετέχουν σε εκπτώτικές προωθητικές ενέργειες Φυλλάδιο, Instore ενέργειες κτλ (50%, 30%, 25%) εφόσον η προσφορά είναι μεγαλύτερη του ποσοστού έκπτωσης θα ισχύει η τιμή της τρέχουσας προσφοράς ραφιού»*. Ήτοι, εκ των ανωτέρω στοιχείων προκύπτει ότι η διαδικασία αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων έλαβε χώρα νόμιμα και σύμφωνα με τους όρους της υπόψη διακήρυξης.

35. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, τιμή αναφοράς του προσφερόμενου ποσοστού έκπτωσης συνιστά η εκάστοτε λιανική τιμή πώλησης των προϊόντων που θα επιλεγούν προς δειγματισμό, όπως η τιμή αυτή πιστοποιείται από την τιμή ραφιού των ίδιων προϊόντων στα καταστήματα των διαγωνιζομένων, ανεξαρτήτως εάν η τιμή ραφιού και ως εκ τούτου η τρέχουσα κατά το χρόνο της τιμοληψίας λιανική τιμή πώλησης είναι εκπτώτικη, ένεκα τρέχουσας προωθητικής ενέργειας, καθότι εκ του ως άνω όρου της διακήρυξης δεν αποκλείεται μια τέτοια περίπτωση, η οποία άλλωστε ρυθμίζεται από τους κανόνες της ελεύθερης αγοράς και του ανταγωνισμού μεταξύ των ενδιαφερομένων να συμμετάσχουν στον υπόψη διαγωνισμό οικονομικών φορέων. Άλλωστε, η παρεμβαίνουσα με την οικονομική της προσφορά δεσμεύτηκε να παρέχει σταθερό ποσοστό έκπτωσης 4,5 % κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, ενώ ειδικά για την περίπτωση που τα προϊόντα που δειγματίζονται συμμετέχουν σε εκπτώτικές προωθητικές ενέργειες Φυλλάδιο, Instore ενέργειες κτλ (50%, 30%, 25%), δεσμεύτηκε ότι εφόσον η προσφορά (ένεκα της εκπτώτικης ενέργειας) θα είναι μεγαλύτερη του προσφερόμενου

## **Αριθμός απόφασης: 593/2018**

ποσοστού έκπτωσης θα ισχύει η τιμή της τρέχουσας προσφοράς ραφιού, ήτοι δεσμεύτηκε ομοίως σε σταθερό ποσοστό έκπτωσης, όπως αυτό είχε ήδη διαμορφωθεί κατά το χρόνο της τιμοληψίας από την τρέχουσα προσφορά ραφιού ένεκα της προωθητικής ενέργειας. Υπό τα δεδομένα τούτα, αβάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα ότι η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας παρανόμως διαμορφώθηκε επί τη βάσει τιμών λιανικής πώλησης ήδη εκπτώτικων, μάλιστα, δεδομένου ότι με την προσφορά της η παρεμβαίνουσα δεσμεύτηκε κατά τα ανωτέρω να παρέχει σταθερό ποσοστό έκπτωσης για όλα τα υπό προμήθεια είδη, εξίσου αβάσιμος κρίνεται και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι, με βάση τη με αριθ. 17714/6.6.2018 απόδειξη λιανικής πώλησης που εκδόθηκε από το ίδιο κατάστημα, τα ίδια προϊόντα μερικές ημέρες μετά είχαν πολύ υψηλότερες τιμές λιανικής πώλησης, όπως αναλυτικά εκθέτει στον πίνακα που επισυνάπτει στην προσφυγή της.

36. Επειδή, κατά τα ως άνω διαλαμβανόμενα, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη.

37. Επειδή, όπως εκτίθεται και στη σκέψη 14 της παρούσας, από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει με σαφήνεια εάν στην προϋπολογισθείσα αξίας ύψους 600.000,00 ευρώ του Τμήματος Α' αυτής συμπεριλαμβάνεται Φ.Π.Α. ή όχι, ζήτημα για το οποίο, παρότι οχλήθηκε, η αναθέτουσα αρχή δεν παρείχε σαφείς διευκρινίσεις, με συνέπεια για την ασφάλεια του δικαίου να γίνεται δεκτό ότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη του Τμήματος Α' της σύμβασης υπολογίζεται χωρίς ΦΠΑ, δηλαδή όπως την έχει εκτιμήσει η προσφεύγουσα κατά τον υπολογισμό του παραβόλου σε ποσοστό 0,5 % επί της αξίας του Τμήματος για το οποίο υπέβαλε την προσφορά της άνευ ΦΠΑ ( $600.000,00 \times 0,5\% = 3.000,00$ ), καταβάλλοντας παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 219429530958 0817 0016) ποσού 3.000,00 €.

38. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 219429530958

**Αριθμός απόφασης: 593/2018**

0817 0016) ποσού 3.000,00 €, θα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 3.000,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 16 Ιουλίου 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 31 Ιουλίου 2018.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Γεωργία Παν. Ντεμερούκα**