

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, στη θέση της Ειρήνης Αψοκάρδου, Ιωάννα Θεμελή και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17-7-2021 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1433/19-7-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣ ...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 8-7-2021 κοινοποιηθείσας υπ' αρ. 205/2021 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «...», στο ΤΜΗΜΑ 1 ΥΓΡΑ ΚΑΥΣΙΜΑ ΔΗΜΟΥ ..., επιμέρους εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 604.240 ευρώ στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, συνολικής άνευ ΦΠΑ και προαιρέσεων εκτιμώμενης αξίας 710.246,50 ευρώ για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΥΓΡΩΝ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΚΑΙ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ ΔΗΜΟΥ ... ΚΑΙ ΤΩΝ Ν.Π.Δ.Δ. ΑΥΤΟΥ, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 28-4-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 3-5-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ

39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 3.021,20 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται εκ του αποδεκτού προσφεύγοντος, την 17-7-2021 Προσφυγή κατά της από 8-7-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του καθ' ου, η δε αναθέτουσα υποβάλλει τις από 30-7-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 5-8-2021 Υπόμνημά του. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, το αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας δύναται να αποστεί από την εισήγηση οργάνου αξιολόγησης διαγωνισμού, με ειδική αιτιολογία. Εν προκειμένω, το όργανο αξιολόγησης γνωμοδότησε την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς του καθ' ου, η δε Οικονομική Επιτροπή απεδέχθη αυτή, κατ' απόκλιση από τη γνωμοδότηση, εγκρίνοντας την εισήγηση του Αντιδημάρχου Καθαριότητας και άρα και την εισηγηθείσα σχετική αιτιολογία απόκλισης «ο όρος που περιλαμβάνεται στην ανωτέρω διακήρυξη ... του διαγωνισμού, για την υποβολή προσφορών με ποσοστό έκπτωσης μόνο σε ακέραιες μονάδες, θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι επιδρά στη σφαίρα δράσης των διαγωνιζόμενων προμηθευτών ως προς τη διαμόρφωση των προσφορών τους και οδηγεί σε περιορισμό της αγοράς και του ανταγωνισμού, καθώς επίσης ότι έρχεται σε αντίθεση με τις αρχές που πρέπει να εφαρμόζονται στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και ιδιαίτερα με την αρχή της αναλογικότητας». Σε κάθε όμως περίπτωση αλυσιτελώς προβάλλονται οι ειδικοί περί της αιτιολόγησης της παραπάνω απόκλισης ισχυρισμοί, αφού συμπληρώνεται η αιτιολογία της προσβαλλομένης, κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016 από τις Απόψεις της αναθέτουσας, οι ισχυρισμοί των οποίων είναι ομού εξεταστέοι μετά της αρχικής αιτιολόγησης αυτής. Ο όρος 2.3.1 ορίζει ότι «Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής κατά τμήμα - ομάδα ειδών του διαγωνισμού. Αναλυτικότερα: α) Ομάδες Α, Β, Γ (υγρά καύσιμα) Η κατά τμήμα - ομάδα ειδών πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, δηλαδή το μεγαλύτερο ενιαίο ποσοστό έκπτωσης (%) για το σύνολο των ειδών, ξεχωριστά για κάθε ομάδα του διαγωνισμού, σε ακέραιες μονάδες επί

της διαμορφούμενης μέσης μηνιαίας λιανικής τιμής πώλησης έκαστου είδους καυσίμου, όπως αυτές προσδιορίζονται από το Παρατηρητήριο Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας και πιστοποιούνται από τις αρμόδιες υπηρεσίες της ..., με την έκδοση εβδομαδιαίου δελτίου τιμών.» (ίδιο και άρ. 5 ΕΣΥ και κατ' άρ. 1 σχεδίου σύμβασης, η συμβατική δαπάνη ορίζεται με βάση το «Ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό, σε ακέραιες μονάδες, πάνω στη μέση τιμή λιανικής πώλησης για το είδος καυσίμου». Ο περί παραδεκτού οικονομικής προσφοράς όρος 2.4.4 ορίζει ότι «Η οικονομική προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα διακήρυξη (άρθρο 2.3.1) κριτήριο ανάθεσης (πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής κατά τμήμα - ομάδα ειδών του διαγωνισμού), όπως ορίζεται κατωτέρω, σύμφωνα με το Παράρτημα Γ της διακήρυξης όπου περιλαμβάνεται υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς ανά ομάδα ειδών του διαγωνισμού, το οποίο έχει αναρτηθεί και είναι διαθέσιμο στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ σε μορφή αρχείου κειμένου τύπου word. Τιμές ... β) Με την οικονομική προσφορά για τα Τμήματα 1, 2 και 3 της διακήρυξης (υγρά καύσιμα) δίνεται το προσφερόμενο κατά τμήμα - ομάδα ειδών ενιαίο ποσοστό έκπτωσης στην τιμή του συνόλου των ειδών, βάσει των κατωτέρω τιμών αναφοράς:

- Τιμή αναφοράς πετρελαίου κίνησης: 1,17
- Τιμή αναφοράς αμόλυβδης βενζίνης: 1,38
- Τιμή αναφοράς πετρελαίου θέρμανσης: 0,86

Εφόσον στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα οικονομικής προσφοράς του ΕΣΗΔΗΣ δεν μπορεί να αποτυπωθεί ποσοστό έκπτωσης, για λόγους σύγκρισης των προσφορών από το σύστημα, στην παραπάνω ηλεκτρονική φόρμα οι συμμετέχοντες θα συμπληρώσουν ως τιμή προσφοράς τη συνολική τιμή, με τρία (3) δεκαδικά ψηφία (αριθμό), που προκύπτει μετά την αφαίρεση, από τις παραπάνω τιμές αναφοράς, του ενιαίου, κατά τμήμα - ομάδα ειδών, ποσοστού της έκπτωσης που προσφέρουν για το σύνολο των ειδών έκαστου τμήματος. Καθώς η οικονομική προσφορά, δηλαδή το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης, αποτυπώνεται έμμεσα στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος, ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελο «Οικονομική Προσφορά» μαζί με την ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη οικονομική προσφορά του συστήματος, σε μορφή .pdf και ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο, το κατά τμήμα- ομάδα ειδών υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς του Παραρτήματος Γ που συνοδεύει την παρούσα διακήρυξη, συμπληρωμένο με το αναγραφόμενο ενιαίο κατά τμήμα-

ομάδα ειδών ποσοστό έκπτωσης. ... Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται προσφορές στις οποίες: α) δεν δίνεται τιμή σε ΕΥΡΩ ή που καθορίζεται σχέση ΕΥΡΩ προς ξένο νόμισμα, β) δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή, με την επιφύλαξη της παρ.4 του άρθρου 102 του Ν.4412/2016 και γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα Α της παρούσας διακήρυξης, με την επιφύλαξη του άρθρου 2.4.1 της παρούσας.», ενώ το παραπεμπόμενο ως άνω υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς τμήματος 1 αναφέρει ότι «Για την προμήθεια υγρών καυσίμων στο Δήμο ..., προσφέρω, για το σύνολο των ειδών και ποσοτήτων, την παρακάτω συνολική τιμή και την παρακάτω ενιαία έκπτωση (%) επί της νόμιμα διαμορφούμενης, από τον αρμόδιο φορέα για την ..., μέσης μηνιαίας τιμής λιανικής πώλησης έκαστου είδους καυσίμου, κατά την ημέρα παράδοσής του.», περαιτέρω δε, ζητούνται να αναγραφούν τιμές προσφοράς χωρίς ΦΠΑ σε ευρώ ανά είδος και συνολικά για το τμήμα, το ΦΠΑ σε ευρώ και η συνολική προσφορά σε ευρώ με ΦΠΑ και εν τέλει η ενιαία επί του τμήματος έκπτωση αριθμητικά και ολογράφως (χωρίς μνεία για ακέραιη έκπτωση). Συνεπεία των ανωτέρω, όπως βάσιμα επικαλείται η αναθέτουσα, δεν τέθηκε ούτε στους περί παραδεκτού οικονομικών προσφορών ούτε στους περί συντάξεως τους και υποβολής του οικείου υποδείγματος, επί ποινή αποκλεισμού όρος οικονομικής προσφοράς, να προκύπτει η προσφερόμενη τιμή ως ποσοστό έκπτωσης συνισταμένης αποκλειστικά σε ακέραιο ποσοστό επί της εκτιμώμενης αξίας, όμως πάντως, το κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε ως το ποσοστό έκπτωσης σε «ακέραιες μονάδες» και άρα, το ακέραιο μέρος του ποσοστού αυτού έκπτωσης, ο δε προσφεύγων συγχέει το τι θα υπέβαλλαν επί ποινή αποκλεισμού οι προσφέροντες και το τι θα αξιολογούσε εκ των προσφερομένων τους η αναθέτουσα, για την εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης. Είναι άλλο το ζήτημα του εξαρχής απαραδέκτου της οικονομικής προσφοράς του καθ' ου, που καθιστά αυτή μη ληπτέα υπόψη στην αξιολόγηση και κατάταξη προσφορών και άλλο της τυχόν μη νόμιμης λήψης υπόψη του πλέον του ακεραίου μέρους, ποσοστού έκπτωσης του καθ' ου (που προσέφερε 1,65% έκπτωση, έναντι 1% έκπτωσης του προσφεύγοντος). Τούτο ενώ δεν προκύπτει ούτε λόγος ούτε έρεισμα στη διακήρυξη να καταστεί άνευ ετέρου μη ληπτέα υπόψη προσφορά δια μόνου του λόγου ότι προσέφερε έκπτωση που εν μέρει τίθεται εκτός του αξιολογητέου αντικειμένου κριτηρίου ανάθεσης (αν επί παραδείγματι, είχε προσφέρει ο καθού, 5,01%

έκπτωση, έναντι 1% του προσφεύγοντος, ακόμη και άνευ λήψης υπόψη του μη ακεραίου μέρους της έκπτωσης του και πάλι, με βάση τους όρους της διακήρυξης, οι ακέραιες μονάδες του ποσοστού αυτής καθιστούν την προσφορά του πλέον συμφέρουσα, χωρίς να καθίσταται η πρώτη, απαράδεκτη και άρα, εν όλω μη λαμβανόμενη υπόψη για την εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης, ακόμη και μόνο ως προς το ακέραιο μέρος της), όπως άλλωστε δεν δύναται να αποκλεισθεί τεχνική προσφορά δια μόνου του λόγου ότι προσφέρει πέραν του ζητούμενου φυσικού αντικειμένου, επιπλέον μονάδες του ζητούμενου αγαθού πέραν των απαιτούμενων, χωρίς βέβαια τούτο να δύναται να επηρεάσει θετικά την κρίση περί της προσφοράς και την εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης. Εν προκειμένω βέβαια, η λήψη υπόψη για την εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης και του μη ακεραίου μέρους του ποσοστού έκπτωσης του καθ' ου, ήτοι του 0,65% πλέον της 1 επί τοις εκατό μονάδας, κατ' αποτέλεσμα της οποίας δεν κρίθηκε απλώς αποδεκτή η προσφορά του, αλλά κατετάγη και πρώτη, βαίνει εις βάρος της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, που ευλόγως συνέταξαν τις προσφορές τους βάσει του τεθέντος κριτηρίου ανάθεσης και δεν δύναντο να αναμείνουν κατά την αξιολόγηση μεταβολή αυτού, με λήψη υπόψη για την εφαρμογή του, ποσοστού πλέον του ορισθέντος εξαρχής ως αξιολογητέου. Επομένως, η προσφορά του καθ' ου δεν είναι αποκλειστέα, όμως μη νόμιμα, όπως βάσιμα επικαλείται ο προσφεύγων, ο καθ' ου ορίστηκε άνευ ετέρου ως προσωρινός ανάδοχος, αφού υπέρ του αξιολογήθηκε και το μη ακέραιο μέρος του ποσοστού προσφερομένης έκπτωσης. Η δε αναθέτουσα, αντί να κατατάξει αυτόν πρώτο και να τον ανακηρύξει προσωρινό ανάδοχο, όφειλε να λάβει υπόψη για την εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης μόνο το ακέραιο μέρος της έκπτωσης, ήτοι τη 1 μονάδα επί τοις εκατό και περαιτέρω, να εφαρμόσει τα νόμιμα ως προς την κατάταξη και ανάδειξη προσωρινού αναδόχου σε περίπτωση ισότιμων προσφορών.

4. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η προδικαστική προσφυγή, καθ' ο μέρος αιτείται την ακύρωση της ανάδειξης του καθ' ου ως προσωρινού αναδόχου, να απορριφθεί δε κατά τα λοιπά. Να ακυρωθεί αντιστοίχως η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος ανέδειξε στο τμήμα 1 και δη, άνευ ετέρου, ως προσωρινό ανάδοχο τον καθ' ου.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αρ. 205/2021 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος όρισε άνευ ετέρου ως προσωρινό ανάδοχο τον οικονομικό φορέα ... στο τμήμα 1 της διαδικασίας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26-8-2021 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**