

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 5 Απριλίου 2022, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Εβδόμου Τμήματος, Αργυρώ Μαυρομάτη και Ιωάννης Καλακίκος, Σύμβουλοι, Ευπραξία Δημολιού (εισηγήτρια) και Ιωάννης Νταλαχάνης, Πάρεδροι με συμβουλευτική ψήφο.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Παρέστη ο Αντεπίτροπος Επικρατείας του Ελεγκτικού Συνεδρίου Ιωάννης Κάρκαλης ως νόμιμος αναπληρωτής του Γενικού Επιτρόπου της Επικρατείας, ο οποίος είχε κώλυμα,

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού, Προϊσταμένη της Γραμματείας του Τμήματος

Για να αποφασίσει σχετικά με:

α) την από 4.3.2022 (με ΑΒΔ) προσφυγή του Ν.Π.Δ.Δ.-πρωτοβάθμιου Ο.Τ.Α. με την επωνυμία «Δήμος», νομίμως εκπροσωπούμενου, με Α.Φ.Μ., που εδρεύει στα του ν. και παρέστη δια της πληρεξουσίας δικηγόρου του Βασιλικής Μπλάνα (Α.Μ/Δ.Σ.Α. 48) και

β) την από 9.3.2022 (με ΑΒΔ) προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία και με τον διακριτικό τίτλο νομίμως εκπροσωπούμενης, με Α.Φ.Μ. και καταστατική έδρα στον , η οποία παρέστη δια των πληρεξουσίων της δικηγόρων Απόστολου Σίνη (Α.Μ/Δ.Σ.Α. 20198) και Πετρούλας - Αναστασίας Σατζετάκη (Α.Μ/Δ.Σ.Α. 31478) .

Το Ελληνικό Δημόσιο παρέστη δια της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Μαρίας Γραμματικάκη.

Με τις ανωτέρω προσφυγές επιδιώκεται η ανάκληση της Πράξης προσυμβατικού ελέγχου του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε, το Δικαστήριο άκουσε:

Την πληρεξούσια δικηγόρο του προσφεύγοντος Δήμου, η οποία ζήτησε την παραδοχή της προσφυγής του.

Τους πληρεξούσιους δικηγόρους της προσφεύγουσας εταιρείας, οι οποίοι ζήτησαν την παραδοχή της προσφυγής της.

Τη δικαστική πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου, η οποία ζήτησε την απόρριψη αμφοτέρων των προσφυγών.

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος πρότεινε την παραδοχή αμφοτέρων των προσφυγών.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, σε τηλεδιάσκεψη, που διενεργήθηκε μέσω της διαδικτυακής κρατικής πλατφόρμας e:Presence.gov.gr, με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

Αφού άκουσε την εισήγηση της Παρέδρου Ευπραξίας Δημολιού

Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου

Σκέφθηκε σύμφωνα με το νόμο και αποφάσισε τα ακόλουθα:

1. Με τις υπό κρίση προσφυγές: α) του Δήμου(εφεξής Δ...), για την άσκηση της οποίας δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου (άρθρο 308 παρ. 3 του ν. 4700/2020 Α΄ 127) και β) της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία και με τον διακριτικό τίτλο (εφεξής), για την άσκηση της οποίας καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο (κωδικός πληρωμής ηλεκτρονικού παραβόλου:)

ζητείται η ανάκληση της Πράξης του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η μεταξύ αυτών υπογραφή σχεδίου σύμβασης προμήθειας και διανομής τροφίμων και ειδών βασικής υλικής

συνδρομής με τίτλο «‘ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ 2018 – 2019’ - Κ.Σ.», με προϋπολογισμό δαπάνης 6.663.080,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. και δικαίωμα προαίρεσης έως ποσοστό 50% της σύμβασης. Οι εν λόγω προσφυγές έχουν ασκηθεί εμπροθέσμως και γενικά παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθούν κατ’ουσία, ως αφορώσες δε στη σύναψη της ίδιας σύμβασης και ως βάλλουσες κατά της ίδιας Πράξης, πρέπει να συνεξετασθούν λόγω της πρόδηλης μεταξύ τους συνάφειας (άρθρο 334 παρ. 4 του ν. 4700/2020).

2. Με τη προσβαλλόμενη πράξη κρίθηκε ως ουσιώδης πλημμέλεια της διαδικασίας, κωλύουσα τη υπογραφή της σύμβασης, η ανεπάρκεια της αιτιολογίας του αναθέτοντος ως προς την επιλογή του να μην υποδιαιρέσει τη σύμβαση σε κατ’ελάχιστον δύο τμήματα, τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής (Β.Υ.Σ.), μολονότι i) η φύση και οι απαιτήσεις συντήρησης των ειδών Β.Υ.Σ., στα οποία περιλαμβάνονται προϊόντα προσωπικής υγιεινής και οικιακής καθαριότητας, είναι διαφορετικές, ii) ο ίδιος ο αναθέτων τα παραθέτει στη διακήρυξη ως διακριτά υποσύνολα και iii) δεν προκύπτει ως υποχρεωτική η ταυτόχρονη παράδοση των τροφίμων με τα είδη Β.Υ.Σ., εφόσον στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης προβλέπονται 12 διανομές τροφίμων και 8 διανομές ειδών Β.Υ.Σ. Επιπροσθέτως, με την περιεχόμενη στη διακήρυξη αιτιολογία δεν εξειδικεύεται η τεχνική αδυναμία εκτέλεσης της σύμβασης από διαφορετικούς αναδόχους για κάθε τμήμα, δεν τεκμηριώνεται η αδυναμία άσκησης εποπτείας της αναθέτουσας Αρχής επ’αυτών, και δεν αποδεικνύεται ότι δεν θα επιτυχανόταν οικονομία κλίμακας με την υποδιαίρεση της προμήθειας σε τμήματα. Προς επίρρωση των ανωτέρω κρίσεων η προσβαλλόμενη αναφέρει συγκριτικά τις Πράξεις 144 και 21/2021 του ιδίου Κλιμακίου επί αντίστοιχων διαγωνισμών του ιδίου προγράμματος, από τις οποίες προκύπτει ότι οι αναθέτοντες φορείς έχουν διαιρέσει τα προκηρυχθέντα είδη σε δύο τμήματα. Κατ’ ακολουθία τούτων, η προσβαλλόμενη δέχθηκε ότι στοιχειοθετείται ουσιώδης πλημμέλεια της διαδικασίας, διότι, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 59 του ν. 4412/2016, απετράπη η συμμετοχή στο διαγωνισμό

μικρομεσαίων επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται αποκλειστικά στην προμήθεια είτε τροφίμων είτε ειδών ΒΥΣ, και, τελικώς, δεν αναπτύχθηκε ανταγωνισμός, αφού κατατέθηκε μόνο μία παραδεκτή προσφορά με πολύ μικρό ποσοστό έκπτωσης.

3. Στο προοίμιο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, όπως διορθώθηκε (L135/24.5.2016), ορίζεται, μεταξύ άλλων ότι: «(2) Οι δημόσιες προμήθειες διαδραματίζουν βασικό ρόλο στη στρατηγική "Ευρώπη 2020" (...) Για τον σκοπό αυτόν, οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει της οδηγίας 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου [4] και της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου [5], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες, καθώς και για να μπορέσουν οι αγοραστές να αξιοποιήσουν καλύτερα τις δημόσιες προμήθειες για την επίτευξη κοινών κοινωνικών στόχων.(...). (78) Οι δημόσιες προμήθειες θα πρέπει να προσαρμόζονται στις ανάγκες των ΜΜΕ. (...). Προς τούτο και για να ενισχυθεί ο ανταγωνισμός, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει ιδίως να ενθαρρύνονται να υποδιαιρούν τις μεγάλες συμβάσεις σε παρτίδες. Η υποδιαίρεση θα μπορούσε να γίνεται είτε σε ποσοτική βάση, ώστε το μέγεθος των επιμέρους συμβάσεων να αντιστοιχεί καλύτερα στις δυνατότητες των ΜΜΕ, είτε σε ποιοτική βάση, αναλόγως του είδους και των διαθέσιμων εξειδικεύσεων, ώστε να προσαρμόζεται καλύτερα το περιεχόμενο των επιμέρους συμβάσεων στους εξειδικευμένους τομείς των ΜΜΕ ή σύμφωνα με τις διαδοχικές φάσεις των σχεδίων. Το μέγεθος και το αντικείμενο των παρτίδων θα πρέπει να καθορίζεται ελεύθερα από την αναθέτουσα αρχή (...). Η αναθέτουσα αρχή θα έχει καθήκον να εξετάζει την ορθότητα της υποδιαίρεσης συμβάσεων σε παρτίδες και θα είναι ελεύθερη να αποφασίζει αυτόνομα, βάσει οιασδήποτε σκεπτικού κρίνει πρόσφορο, χωρίς να υπόκειται σε διοικητική ή δικαστική εποπτεία. Εφόσον η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει ότι δεν είναι σκόπιμη η υποδιαίρεση της σύμβασης

σε παρτίδες, στη χωριστή έκθεση ή στα έγγραφα της προμήθειας θα πρέπει να αναφέρονται οι κύριοι λόγοι αυτής της επιλογής. Τέτοιοι λόγοι θα ήταν, επί παραδείγματι, να αποφανθεί η αναθέτουσα αρχή ότι η υποδιαίρεση εγκυμονεί τον κίνδυνο να περιοριστεί ο ανταγωνισμός ή να γίνει η εκτέλεση της σύμβασης υπερβολικά δύσκολη από τεχνικής απόψεως ή ακριβή, ή ότι η ανάγκη να συντονιστούν οι διάφοροι εργολάβοι των παρτίδων ενδέχεται να θέσει σε σοβαρό κίνδυνο την ορθή εκτέλεση της σύμβασης. Τα κράτη μέλη θα πρέπει να έχουν την ελευθερία να εντείνουν τις προσπάθειές τους ώστε να διευκολύνουν τη συμμετοχή των ΜΜΕ στην αγορά δημόσιων προμηθειών, επεκτείνοντας σε μικρότερες συμβάσεις την υποχρέωση εξέτασης της υποδιαίρεσης των συμβάσεων σε παρτίδες, απαιτώντας από τις αναθέτουσες αρχές να αιτιολογούν την απόφασή τους να μην χωρίζουν τις συμβάσεις σε παρτίδες (...).

4. Ο ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147) προβλέπει στο άρθρο 59 (άρθρο 46 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), με τίτλο «Υποδιαίρεση συμβάσεων σε τμήματα», ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να αναθέτουν μια σύμβαση υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων και μπορούν να προσδιορίζουν το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων αυτών. Εξαιρουμένων των συμβάσεων οι οποίες έχουν διαιρεθεί υποχρεωτικά, σύμφωνα με την παρ. 4, οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τους βασικούς λόγους της απόφασής τους να μην διαιρέσουν μια σύμβαση σε τμήματα, στοιχείο που περιλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης ή στην ειδική έκθεση του άρθρου 341. (...)», στην δε αιτιολογική έκθεση του ανωτέρω άρθρου διαλαμβάνονται τα εξής: «Το άρθρο 59 εισάγει στη διαδικασία της προετοιμασίας της σύναψης μίας δημόσιας σύμβασης μέριμνα προς όφελος των αναγκών των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ), παρέχοντας τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να υποδιαιρούν όλες τις συμβάσεις σε τμήματα (...) Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει ότι δεν είναι σκόπιμη η υποδιαίρεση της σύμβασης σε τμήματα, υποχρεούται ωστόσο να αναφέρει τους κύριους λόγους αυτής της επιλογής σε ειδική έκθεση ή στα έγγραφα της σύμβασης (...).

5. Από τις διατάξεις και τα νομικά κείμενα που εκτέθηκαν στις σκέψεις 3 έως 4 συνάγεται ότι κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων οι Αναθέτουσες Αρχές διαθέτουν διακριτική ευχέρεια να αποφασίσουν εάν η δημοπράτηση αυτών θα γίνει ενιαία για το σύνολο του αντικειμένου τους ή τούτο θα διαιρεθεί σε τμήματα με ποσοτικά ή ποιοτικά κριτήρια με απώτατο σκοπό την εξυπηρέτηση των αναγκών τους και εν τέλει του δημοσίου συμφέροντος. Και να μεν θεσπίζεται η δυνατότητα της υποδιαίρεσης αυτών σε χωριστά τμήματα και η έντονη υπόδειξη προς τις Αναθέτουσες Αρχές να κάνουν χρήση αυτής με στόχο τη διεύρυνση του ανταγωνισμού, την επίτευξη οικονομικότερων όρων παροχής των ανατιθέμενων υπηρεσιών και την ενίσχυση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων που κατά τη διατύπωση του Ευρωπαϊκού Κώδικα Βέλτιστων Πρακτικών «αποτελούν τη σπονδυλική στήλη της οικονομίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης» εφόσον πληρούν τα κριτήρια της ενωσιακής νομοθεσίας για τον χαρακτηρισμό τους ως μικρομεσαίων (βλ. συναφώς Σύσταση της Επιτροπής 280/1996 της 3^{ης} Απριλίου 1996, αναθεωρηθείσα με τη Σύσταση 361/2003 της 6^{ης} Μαΐου 2003 του ίδιου οργάνου, Παράρτημα I του Γενικού Απαλλακτικού Κανονισμού της Επιτροπής 651/2014 της 17^{ης} Ιουνίου 2014, επεξηγηματικό έντυπο του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων, «Ορισμός Μικρομεσαίας Επιχείρησης»), πλην όμως εναπόκειται σ' αυτές να δημοπρατήσουν μία σύμβαση ως ενιαία εφόσον σταθμίσουν τους προαναφερόμενους λόγους, λαμβάνοντας υπόψη και τη συνδρομή ειδικών λόγων, ως οι ενδεικτικώς αναφερόμενοι στο προοίμιο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και συγκεκριμένα τον κίνδυνο περιορισμού του ανταγωνισμού, την υπερβολικά δύσκολη από τεχνικής άποψης εκτέλεση της σύμβασης, την μη επίτευξη του χαμηλότερου δυνατού τιμήματος λαμβανομένης υπόψη της σύμφωνα με τις σχετικές απαιτήσεις εκτέλεση αυτής τον σοβαρό κίνδυνο ως προς την ορθή εκτέλεση του αντικειμένου της εξαιτίας της ανάγκης συντονισμού περισσότερων αναδόχων. Οι λόγοι αυτοί πρέπει να παρατίθενται διεξοδικά είτε στα έγγραφα της σύμβασης είτε στη διακριτή έκθεση του άρθρου 341 του ν. 4412/2016 είτε να προκύπτουν άμεσα και ευκρινώς από αυτά. Η επιλογή της αναθέτουσας αρχής να μην υποδιαίρει τη σύμβαση ελέγχεται μόνον ως προς την υπέρβαση των άκρων

ορίων της διακριτικής της ευχέρειας και, σε κάθε περίπτωση, εκτιμάται βάσει του πλαισίου στο οποίο εντάσσεται και των ιδιαιτεροτήτων της (Ολομ. ΕλΣυν 2498/2020, Τμ. Μείζ. – Επταμ. Σύνθ. 1646/2020, 1629/2018, Τμ. Έβδομο 1243/2021, 285/2021, 1403/2021).

6. Στην προκειμένη περίπτωση, από την υποβληθείσα στο Δικαστήριο δικογραφία προκύπτουν τα αναφερόμενα στις ακόλουθες σκέψεις 7-10.

7. Με την (.....) Διακήρυξη του Δήμου προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την προμήθεια και διανομή είκοσι ειδών τροφίμων και οκτώ ειδών ΒΥΣ, η οποία έχει ενταχθεί στο επιχειρησιακό πρόγραμμα Επισιτιστικής και Βασικής Συνδρομής του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (TEBA/FEAD) με τον «‘ΑΠΟΚΕΝΤΡΩΜΕΝΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΑΠΑΝΕΣ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ ΣΥΝΟΔΕΥΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ 2018 -2019’ - ΚΟΙΝΩΝΙΚΗ ΣΥΜΠΡΑΞΗ». Η προϋπολογισθείσα δαπάνη ύψους 6.663.080,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α., με προβλεπόμενο δικαίωμα προαίρεσης έως το 50% της σύμβασης χρηματοδοτείται από το ΤΕΒ και από εθνικούς πόρους μέσω του Προγράμματος Δημοσίων Επενδύσεων, με φορέα χρηματοδότησης το Υπουργείο Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων. Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε δώδεκα (12) μήνες, με δυνατότητα μονομερούς παράτασής της δια της ενεργοποίησης του δικαιώματος προαίρεσης. Τα υπό προμήθεια είδη διακρίνονται στη διακήρυξη σε δύο υποσύνολα εκ των οποίων το πρώτο περιλαμβάνει είκοσι (20) είδη τροφίμων, νωπά και συσκευασμένα, προϋπολογισμού 5.800.900,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. και το δεύτερο οκτώ (8) είδη ΒΥΣ, ήτοι είδη προσωπικής υγιεινής και οικιακής καθαριότητας, προϋπολογισμού 854.180,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3. της διακήρυξης και το Παράρτημα 1 αυτής, το αντικείμενο της σύμβασης περιλαμβάνει ειδικότερα: *την προμήθεια των ανωτέρω ειδών, σύμφωνα με τις τιθέμενες προδιαγραφές, * την ομαδοποίηση των συσκευασιών σε 2^η συσκευασία ανάλογα με τις ζώνες θερμοκρασίας διατήρησης και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των προϊόντων, *την ενδιάμεση αποθήκευσή τους και την περαιτέρω προώθησή τους σε ασφαλείς συνθήκες στα επιμέρους κέντρα

διανομής ή/και αποθηκευτικές δομές ανά Κοινωνικό Εταίρο ή ανά Κοινωνική Σύμπραξη, * την πακετοποίηση των ειδών και αγαθών,* τη μεταφορά των αγαθών σε χαρτοκιβώτια ή τελάρα μιας χρήσης και την παράδοσή τους με κατάλληλα οχήματα στους χώρους διανομής, *την υποβοήθηση των αρμόδιων υπαλλήλων στο έργο της διανομής στους ωφελούμενους στα οριζόμενα από τους κοινωνικούς εταίρους σημεία διανομής,* την αποθήκευση των ειδών που δεν διανεμήθηκαν σε αποθηκευτικούς χώρους* τον προγραμματισμό και την πραγματοποίηση αναδιανομών *τη διάθεση οριστικά αδιάθετων τροφίμων σε ψύξη σε κοινωνικά συστήματα με βάση τις κατευθύνσεις της Αναθέτουσας Αρχής και της Αρχής διαχείρισης του ΤΕΒΑ. Περαιτέρω προσδιορίζεται ότι οι προς προμήθεια προγραμματισθείσες ποσότητες αφορούν σε έως δώδεκα (12) διανομές τροφίμων και έως οκτώ (8) διανομές ειδών Β.Υ.Σ. και ότι η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί το δικαίωμα να τροποποιήσει τον αριθμό των διανομών, τη σύνθεση των πακέτων και τη διανεμόμενη ποσότητα έως εξαντλήσεως των ποσοτήτων. Εξάλλου, ο ανάδοχος υποχρεούται να υποστηρίξει τη διαδικασία των διανομών με τη διάθεση τουλάχιστον πέντε (5) ατόμων ανά διανομή, μέχρι την ολοκλήρωσή της, και φορτηγών ψυγείων που να παραμένουν στο χώρο της διανομής αυτής κατ' ανώτατο όριο για δέκα (10) ώρες. Κάθε διανομή που αφορά σε παραδόσεις τυποποιημένων δεμάτων με βάση το προφίλ κάθε ωφελούμενης οικογένεια θα γίνεται μία (1) φορά ανά δύο μήνες, θα διαρκεί μία (1) εβδομάδα (Δευτέρα έως Παρασκευή) και θα πραγματοποιείται σε όλα τα σημεία αυτής από τις 8.30' έως τις 14.30'. Τα σημεία διανομής ορίστηκαν στους Δήμους,, με πρόβλεψη δυνατότητας της Αναθέτουσας να υποδείξει και άλλα. Σύμφωνα με το .../8.4.2022 διευκρινιστικό έγγραφο του Δημάρχου, η μέγιστη απόσταση μεταξύ των σημείων διανομής ανέρχεται σε 44,2 χιλιόμετρα, η αμέσως μικρότερη σε 19,1 χιλιόμετρα και η μικρότερη σε 2,4 χιλιόμετρα.

8. Στο άρθρο 1.3 της διακήρυξης αιτιολογείται η μη υποδιαίρεση σε τμήματα ως ακολούθως: «Προς υλοποίηση του σκοπού της αποτελεσματικής και ταχείας εξυπηρέτησης του μέγιστου αριθμού των ωφελουμένων της παρούσας σύμβασης κρίνεται σκόπιμη η εφαρμογή ενός ολοκληρωμένου και κεντρικά

συντονισμένου προγράμματος διαχείρισης διανομών των υπό προμήθεια ειδών και αγαθών, το οποίο θα επιτρέπει, μεταξύ άλλων, την αποτελεσματική ταυτόχρονη εξυπηρέτηση των ωφελούμενων ΤΕΒΑ του Δυτικού Τομέα, τον καλύτερο συντονισμό της Κοινωνικής Σύμπραξης, την τήρηση του χρονοδιαγράμματος όπως περιγράφεται στις εγκεκριμένες Πράξεις, τη δυνατότητα άμεσης προσαρμογής του προγραμματισμού της Αναθέτουσας Αρχής στην αντιμετώπιση ειδικών συνθηκών όπως για παράδειγμα μειωμένη προσέλευση ωφελούμενων της Κοινωνικής Σύμπραξης. Το έργο δημοπρατείται ενιαία, καθώς η Αναθέτουσα Αρχή έχει ως στόχο την προμήθεια όχι απλώς τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής, αλλά την παροχή μιας ολοκληρωμένης υπηρεσίας που ενοποιεί την ενδιάμεση/προσωρινή αποθήκευση, πακετοποίηση, τη μεταφορά σε σημεία διανομής για τη διανομή σε ωφελούμενους, μαζί με την επιστροφή και αναδιανομή αδιαθέτων, όπου απαιτείται, διατηρώντας το δικαίωμα της αναδιοργάνωσης προμήθειας και αναδιανομής των νωπών προϊόντων προς διαφορετικούς Κοινωνικούς Εταίρους σε περιπτώσεις μειωμένης προσέλευσης δικαιούχων, με τη διαδικασία της κυλιόμενης εναλλασσόμενης αναδιανομής. Επίσης, οι διανομές τροφίμων και ειδών Β.Υ.Σ. δύνανται να λαμβάνουν χώρα ομού και ενιαία σε κοινή διανομή, με απαιτήσεις κοινής και ενιαίας επίβλεψης, εποπτείας, διαχείρισης αδιαθέτων και ανάγκη συγχρονισμένων επιμέρους μεταφορών, αναδιανομών και πακετοποίησης. Με δυνατότητα προσαρμογής κατά την εκτέλεση των διανεμόμενων ποσοτήτων και των συνθέσεων των πακέτων, ανάλογα με την εξάντληση αποθεμάτων και την απορρόφηση αυτών. Η υλοποίηση της δράσης απαιτεί έντονη και διαρκή συνεργασία με τους διάφορους κοινωνικούς εταίρους, με αποτέλεσμα η όλη υλοποίηση του έργου να απαιτεί κεντρικά ελεγχόμενη, συντονισμένη, ενιαία υλοποίηση και προγραμματισμό (...). Οι ως άνω παράγοντες καθιστούν αναγκαία την ενοποιημένη ανάθεση και εκτέλεση του συνόλου του συμβατικού αντικειμένου. Και τούτο διότι, η υποδιαίρεση της σύμβασης, συνεπάγεται τεχνικές δυσκολίες στην εκτέλεση αυτής, αδυναμία συντονισμού των διαφορετικών εργασιών καθώς και πιθανή αύξηση του κόστους εκτέλεσης.

Κατόπιν των ανωτέρω, μοναδική λύση για την ορθή και επωφελή εκτέλεση του αντικειμένου της σύμβασης παρίσταται η μη υποδιαίρεση αυτής σε τμήματα».

9. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, λόγω δε της κατά τα ανωτέρω ενιαίας δημοπράτησης, ορίστηκε ότι οι προσφορές πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να δίδονται για το σύνολο των προς προμήθεια ειδών και να περιλαμβάνουν ανά προϊόν/αγαθό την τιμή προϊόντος για τα προϊόντα με σταθερή τιμή και ποσοστό έκπτωσης επί της τιμής του προϊόντος για τα προϊόντα των οποίων η τιμή εξαρτάται από το Δελτίο Τιμών της Περιφέρειας Αττικής.

10. Στον διαγωνισμό υπεβλήθη μία μόνο προσφορά, από την εταιρία «.....», στην οποία και κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δ., έναντι συμβατικού τιμήματος 6.606.319,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α.. Σύμφωνα δε με την .../7.2.2022 βεβαίωση της Προϊσταμένης της Διεύθυνσης Περιουσίας και Προμηθειών του Δ., κατά της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν έχουν ασκηθεί προσφυγές, ενστάσεις ή άλλα ένδικα μέσα.

11. Προς στήριξη του αιτήματός τους να ανακληθεί η προσβαλλόμενη, οι προσφεύγοντες προβάλλουν ότι η παρατεθείσα στα έγγραφα της σύμβασης αιτιολογία της ενιαίας δημοπράτησης είναι επαρκής, καθόσον από αυτή προκύπτουν αναλυτικά και με ενάργεια οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις που εκτιμήθηκαν και κρίθηκαν ότι επιβάλλουν την μη τμηματοποιημένη ανάθεση. Υποστηρίζουν, παραπέμποντας σε νομολογία του Δικαστηρίου (αποφ. ΕλΣυν Τμ. Μείζ. - Επταμ. Σύνθ. 1664/2020, VI Τμ. 1245, 622, 520/2020, 1541, 1293, 739, 596, 300, 11/2019, 1321, 1320, 609, 608, 528/2018) ότι η διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών Αρχών να μην υποδιαιρέσουν τη σύμβαση σε τμήματα ελέγχεται μόνο ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων αυτής, ότι κάθε περίπτωση σύναψης σύμβασης πρέπει να εκτιμάται βάσει του πλαισίου στο οποίο εντάσσεται και βάσει των ιδιαιτεροτήτων και αναγκών που προορίζεται να ικανοποιήσει, και ότι η επιδίωξη της ενίσχυσης των μικρομεσαίων επιχειρήσεων δεν είναι δυνατό να υπέρκειται του σκοπού και των αναγκών που εξυπηρετεί η

δημοπράτηση μιας δημόσιας προμήθειας. Άλλωστε, σημειώνουν, στις περισσότερες περιπτώσεις, όπως και εν προκειμένω, παρέχεται η δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται σε ορισμένη κατηγορία των προκηρυσσόμενων ειδών ή/και υπηρεσιών να συνάψουν συμπράξεις, να στηριχτούν στη ικανότητα τρίτων φορέων και να κάνουν χρήση της υπεργολαβίας. Ειδικότερα επισημαίνουν ότι η ελεγχόμενη σύμβαση είναι μικτή σύμβαση προμηθειών και υπηρεσιών που ενοποιεί την προμήθεια, αποθήκευση, πακετοποίηση, μεταφορά σε σημεία διανομής, διανομή, αποθήκευση, αναδιανομή των αδιαθέτων και αναδιάθεση των οριστικώς αδιαθέτων σε ειδών άλλες κοινωνικές δομές. Για τον λόγο αυτό η ανάληψή της από έναν ανάδοχο επιτρέπει τόσο τη συντονισμένη και συγχρονισμένη εκτέλεσή της από αυτόν όσο και τον αποτελεσματικό προγραμματισμό και παρακολούθηση από τα αρμόδια όργανα του των παραγγελιών, των διανομών, των απορροφήσεων των οικείων ποσοτήτων και της αξίας τους. Ως προς την ομαδοποίηση των προς προμήθεια και διανομή ειδών σε δύο υποσύνολα επισημαίνουν ότι αυτή υποδηλώνει απλώς την υπαγωγή αυτών στις δύο ευρύτερες κατηγορίες του επιχειρησιακού προγράμματος και ότι στους ωφελούμενους πρέπει να προσφέρονται συντονισμένα και χωρίς καθυστερήσεις συγκεκριμένες συσκευασίες, στις οποίες περιλαμβάνονται τα είδη και των δύο υποσυνόλων, σύμφωνα με την προσωπική και οικογενειακή τους κατάσταση. Πέραν τούτων, ο προσφεύγων προβάλλει ότι η υποδιαίρεση του αντικειμένου της σύμβασης σε τμήματα θα έθετε σε κίνδυνο την εκτέλεση της σύμβασης και του προγράμματος επισιτιστικής και βασικής υλικής συνδρομής, σε περίπτωση μη υποβολής προσφορών ή μη υποβολή παραδεκτών προσφορών για κάποιο από τα τμήματά της, όπως συνέβη σε παραπλήσιο διαγωνισμό προκηρυχθέντα από τον ίδιο τον... με την διακήρυξη του για την προμήθεια τροφίμων και λοιπών ειδών διαβίωσης για τις ανάγκες αυτού και των λοιπών νομικών του προσώπων. Περαιτέρω επικαλείται ως παράγοντες που επιρρωνύουν την ύπαρξη μιας ενιαίας λειτουργικά σύμβασης τη γειννίαση των Δήμων που εξυπηρετούνται από τη σύμβαση υπό τη διαχείριση του Δ... και τις χρονικά συντονισμένες διανομές. Τέλος, όσον αφορά την τήρηση του κριτηρίου της οικονομικότητας επισημαίνεται

ότι η ενιαία δημοπράτηση ευνοεί την επίτευξη οικονομίας κλίμακας, δοθέντος ότι κατά τα διδάγματα τη λογικής και της κοινής πείρας όσο μεγαλύτερη ποσότητα απαιτείται να προμηθεύσει ο ανάδοχος τόσο καλύτερες τιμές δύναται να προσφέρει.

12. Με βάση τις περιστάσεις που περιγράφηκαν και όσα έγιναν ερμηνευτικώς δεκτά ανωτέρω στη σκέψη 5, το Δικαστήριο κρίνει ότι η αιτιολογία που παρέθεσε ο προσφεύγων Δ... ως προς τη σκοπιμότητα της ενιαίας δημοπράτησης του αντικειμένου της σύμβασης δεν είναι ούτε υπερβολικά γενική ούτε προδήλως εσφαλμένη, αλλά αντίθετα περιέχει όλα εκείνα τα στοιχεία που καταδεικνύουν ότι ο προσφεύγων Δ... έκανε χρήση της διακριτικής ευχέρειας που διέθετε και δεν υπερέβη τα ακραία όρια αυτής. Τούτο διότι τα είκοσι (20) είδη τροφίμων και τα οκτώ (8) είδη Β.Υ.Σ., καίτοι διαφορετικής φύσης, διακινούνται, αποθηκεύονται, διανέμονται και αναδιανέμονται ταυτόχρονα, σε κοντινές αποστάσεις όμορων Δήμων με τη συνδρομή του αναδόχου και υπό τον συντονισμό και τον έλεγχο του αναθέτοντος Δ..., προς εξυπηρέτηση του ίδιου σκοπού και στο πλαίσιο του ίδιου προγράμματος κοινωνικής συνδρομής στο οποίο εντάσσονται. Η απαίτηση της συγχρονισμένης διαλειτουργικότητας των ανωτέρω ενεργειών επιτρέπει να επιλεγεί με νομικώς υποστηρίξιμη αιτιολογία η ενοποιημένη δημοπράτηση τροφίμων και ειδών Β.Υ.Σ. αντί της υποδιαίρεσης σε τμήματα, τόσο εν όψει της εύλογης πιθανότητας μη ανάδειξης αναδόχου για μία από τις δύο κατηγορίες σε περίπτωση διακριτής δημοπράτησής τους όσο και της επιβαρυντικής επίδρασης που μπορεί να έχει η υποδιαίρεση επί της έγκαιρης και ενιαίας πακετοποίησης των ειδών. Ως εκ τούτων, τα στοιχεία που παρέθεσε ο αναθέτων Δ.. για να αιτιολογήσει τη σκοπιμότητα της ενιαίας δημοπράτησης αναδεικνύουν επαρκώς τα πλεονεκτήματα της προκριθείσας ενιαίας δημοπράτησης σε σχέση με τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της ελεγχόμενης σύμβασης, και αποδεικνύουν ότι η διακριτική εξουσία αυτού ως προς την εν λόγω επιλογή ασκήθηκε εντός των νομίμων ορίων του άρθρου 59 του ν. 4412/2016, χωρίς να προκαλεί εκ προοιμίου αθέμιτο περιορισμό του ανταγωνισμού. Ως προς την αναπτυσσόμενη στην προσβαλλομένη αντίθετη επιχειρηματολογία, με αναφορά στην υποδιαίρεση σε δύο τμήματα συγγενών

συμβάσεων που εξετάστηκαν με τις 144 και 84/2021 Πράξεις του ιδίου Κλιμακίου, το Δικαστήριο κρίνει ότι ο παραλληλισμός είναι ανεπαρκής λόγω των διαφορετικών γεωγραφικών δεδομένων και του μικρότερου αριθμού των διανεμόμενων ειδών στις εν λόγω περιπτώσεις, και εν μέρει διαφορούμενος, διότι το γεγονός της εμπλοκής που δημιουργήθηκε λόγω μη ανάδειξης αναδόχου για το ένα τμήμα στην περίπτωση του διαγωνισμού που ελέγχθηκε με την 144/2021 Πράξη, συνηγορεί υπέρ και όχι κατά της προκριθείσας εν προκειμένω ενιαίας δημοπράτησης.

13. Κατά τη συμβουλευτική, όμως, γνώμη του Παρέδρου Ιωάννη Νταλαχάνη, η επιλογή της αναθέτουσας αρχής να μην υποδιαιρέσει τη σύμβαση σε τμήματα παρίσταται πλημμελώς αιτιολογημένη, κατά τα ορθώς κριθέντα με την προσβαλλόμενη πράξη, τούτο δε διότι τα υπό προμήθεια τρόφιμα έχουν, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, διακριτό χαρακτήρα από τα είδη βασικής υλικής συνδρομής (τα οποία αφορούν σε είδη προσωπικής και οικιακής υγιεινής και όχι σε βρώσιμα είδη). Κατά συνέπεια τα υπό προμήθεια είδη θα μπορούσαν ευχερώς να διαιρεθούν, ως εκ της φύσης τους, σε -κατ' ελάχιστο- δύο τμήματα (πρώτο τμήμα τρόφιμα και δεύτερο τμήμα είδη ΒΥΣ), χωρίς να τίθεται σε διακινδύνευση η ορθή εκτέλεση και η ολοκλήρωση της προμήθειας. Η ίδια, άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή διά της κατηγοριοποίησης των προς προμήθεια ειδών εντός της διακήρυξης σε δύο διακριτά υποσύνολα (υποσύνολο τρόφιμα και υποσύνολο είδη ΒΥΣ), σιωπηρά αποδέχεται την διαφοροποίηση του ενός υποσυνόλου από το άλλο, χωρίς να εξειδικεύει περαιτέρω την αδήριτη ανάγκη ενιαίας δημοπράτησης των δύο υποσυνόλων. Εξάλλου, η παρατεθείσα στη διακήρυξη αιτιολογία της μη υποδιαίρεσης σε τμήματα είναι ανεπαρκής, καθόσον αφενός μεν δεν τεκμηριώνεται η αδυναμία κεντρικής εποπτείας της αναθέτουσας Αρχής επί δύο αναδόχων με τελείως διακριτό αντικείμενο, ιδιαιτέρως αν ληφθεί υπόψη ότι το υποσύνολο είδη ΒΥΣ υπόκειται σε διάφορες απαιτήσεις συντήρησης και αποθήκευσης από το υποσύνολο τρόφιμα, καθώς και ότι δεν είναι υποχρεωτική η ταυτόχρονη παράδοση τροφίμων και ειδών ΒΥΣ, ενώ αφετέρου δεν παρέχονται συγκεκριμένα στοιχεία για τον ενιαίο και αδιαίρετο χαρακτήρα της προμήθειας. Συνακόλουθα, η μη υποδιαίρεση της προμήθειας σε τμήματα χωρίς επαρκή κατά

τα ανωτέρω αιτιολογία και καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια, καθόσον αφενός τεκμαίρεται ότι απετράπη η συμμετοχή στο διαγωνισμό μικρομεσαίων επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται σε ένα εκ των ανωτέρω υποσυνόλων προϊόντων, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 59 του ν. 4412/2016, που αποσκοπεί, ακριβώς, στη διευκόλυνση της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων και στη βελτίωση των συνθηκών ανταγωνισμού, ώστε να επιτευχθούν καλύτερες τιμές αγοράς, αφετέρου δεν αναπτύχθηκε τελικώς ανταγωνισμός, γεγονός που επιβεβαιώνεται κατ' αποτέλεσμα από την υποβολή μόνο μίας προσφοράς και, μάλιστα, με πολύ μικρό ποσοστό έκπτωσης. Υπό τις συνθήκες αυτές, βασίμως αποδίδεται με την προσβαλλόμενη η εν λόγω πλημμέλεια της διαδικασίας του διαγωνισμού και, ως εκ τούτου, οι κρινόμενες προσφυγές είναι απορριπτέες.

14. Κατ'ακολουθία όλων όσων εκτέθηκαν, οι κρινόμενες προσφυγές πρέπει να γίνουν δεκτές, η προσβαλλόμενη πρέπει να ανακληθεί και να αποδοθεί στην προσφεύγουσα εταιρεία το καταβληθέν από αυτή παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Συνεκδικάζει τις προσφυγές ανάκλησης: α) του Ν.Π.Δ.Δ.-πρωτοβάθμιου Ο.Τ.Α. με την επωνυμία «Δήμος ..» και β) της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία και τον διακριτικό τίτλο κατά της Πράξης προσυμβατικού ελέγχου του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Δέχεται τις προσφυγές.

Διατάσσει την απόδοση στη δεύτερη προσφεύγουσα του παραβόλου που κατέβαλε για την άσκησή της.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε σε τηλεδιάσκεψη, στις 18 Μαΐου 2022.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ**

**Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΠΑΡΕΔΡΟΣ
ΕΥΠΡΑΞΙΑ ΔΗΜΟΛΙΟΥ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ**

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου,
στις 27 Μαΐου 2022.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ**