



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ

106/2014

(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. γ' (δδ) Ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 3η Απριλίου του έτους δύο χιλιάδες δέκα τέσσερα (2014) ημέρα Πέμπτη και ώρα 10.30 π.μ. και επί της οδού Κηφισίας 7 (5^{ος} όροφος) στους Αμπελοκήπους, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

Αντιπρόεδρος : Μπουσουλέγκα Χριστίνα

Μέλη: Καραμανλής Ευάγγελος
Κουλούρη Ιωάννα
Σταθακόπουλος Δημήτριος
Λουρίκας Δημήτριος

Τα λοιπά τακτικά και αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν.

Γραμματέας: Στυλιανή Τσιάβου

Εισηγητής: Στυλιανή Παρασκευά, Χημικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, για την ανάθεση της προμήθειας καυσίμων και λιπαντικών για τις ανάγκες του Δήμου Ρόδου και των Νομικών Προσώπων του, έτους 2013- 2014, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 3.375.613,33€, πλέον ΦΠΑ, κατόπιν προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού. Το υπ' αριθ. πρωτ. 2/29459/17.03.2014 έγγραφο αίτημα του Δήμου Ρόδου προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το οποίο παρελήφθη από την Αρχή στις 19.03.2014 και έλαβε αρ. πρωτ. 1334 και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα.

1. Με το υπ' αριθ. πρωτ. 2/29459/17.03.2014 έγγραφο αίτημα του Δήμου Ρόδου, το οποίο έλαβε από την Αρχή τον αριθ. πρωτ. 1334/19.03.2014, ζητείται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής, προκειμένου ο Δήμος να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για την ανάθεση μέρους (ποσού 3.085.816,84 € πλέον ΦΠΑ) της προμήθειας καυσίμων και λιπαντικών του Δήμου Ρόδου και των Νομικών Προσώπων του, έτους 2013 & 2014, συνολικού προϋπολογισμού 3.375.613,33€, πλέον ΦΠΑ, κατόπιν προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού.

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

Από τον φάκελο της υπόθεσης και τα περιλαμβανόμενα σε αυτόν στοιχεία και σχετικά έγγραφα, προκύπτουν τα ακόλουθα:

2.1. Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Ρόδου, με την υπ' αριθ. πρωτ. 372/2013 απόφασή της (ΑΔΑ:ΒΛΛΘΩ1Ρ-ΧΩΙ) (απόσπασμα Πρακτικού υπ'αριθ. 19/15.10.2013), ενέκρινε τη μελέτη, με την οποία καθορίστηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων, και τους όρους διεξαγωγής του ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού για την "Προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών του Δήμου και των νομικών του προσώπων", έτους 2013 & 2014, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης ύψους 3.915.711,46€, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ήτοι 3.375.613,33€ πλέον Φ.Π.Α.

2.2. Ακολούθως, ο Δήμαρχος Ρόδου εξέδωσε την με αριθ. πρωτ. 2/130108/22.10.2013 (Απόφαση 3883/2013) Διακήρυξη του Ανοικτού Διεθνούς Διαγωνισμού για την προμήθεια υγρών καυσίμων και λιπαντικών του Δήμου Ρόδου και των Νομικών Προσώπων αυτού.

Σύμφωνα με την διακήρυξη, αντικείμενο του διαγωνισμού ήταν η ανάδειξη μειοδότη για την προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για τις ανάγκες των οχημάτων, δικύκλων μηχανημάτων έργου, λοιπών μηχανημάτων καθώς και πετρελαίου θέρμανσης για τα κτίρια του Δήμου και των νομικών προσώπων του. Η προμήθεια κατανεμήθηκε σε ομάδες, αναλόγως του φορέα για τον οποίο προοριζόταν η προμήθεια και αναλόγως το είδος της προμήθειας (καύσιμα-λιπαντικά). Στους διαγωνιζόμενους παρήχето η δυνατότητα να υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο της προμήθειας ή για κάθε ομάδα ή υποομάδα του Δήμου ή των νομικών του προσώπων χωριστά, με απαραίτητη προϋπόθεση η προσφορά να περιλαμβάνει όλα τα είδη της υποομάδας. Ως κριτήριο κατακύρωσης ορίσθηκε, για μεν τα καύσιμα, το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης, σε ακέραιες μονάδες, επί τοις εκατό στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης στο Νομό Δωδεκανήσου, για δε τα λιπαντικά, η χαμηλότερη τιμή.

Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίσθηκε η 05^η Δεκεμβρίου 2013.

2.3. Η περίληψη της διακήρυξης απεστάλη για δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 22.10.2013. Επιπλέον, η περίληψη δημοσιεύθηκε στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβέρνησης (ΦΕΚ 697/01.11.2013), στον εθνικό τύπο, στις εφημερίδες ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ & ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ (26.10.2013), ΗΧΩ ΤΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ (26.10.2013), Η ΡΟΔΙΑΚΗ (26.10.2013), Η ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΚΗ (26.10.2013) και ΓΝΩΜΗ (28.10.2013).

2.4. Κατά την προγραμματισθείσα ημέρα και ώρα διενέργειας του διαγωνισμού, ήτοι στις 05.12.2013 και ώρα 10:00, πραγματοποιήθηκε το άνοιγμα των υποβληθεισών προσφορών και συντάχθηκε από την Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού το από 05.12.2013 πρακτικό, σύμφωνα με το οποίο από τις επτά υποβληθείσες προσφορές η μία μόνο έγινε αποδεκτή. Στη συνέχεια, στις 19.12.2013 η Επιτροπή εισηγήθηκε: α) την κατακύρωση της προμήθειας λιπαντικών και β) την κήρυξη άγονου του διαγωνισμού ως προς την προμήθεια καυσίμων του Δήμου και των νομικών προσώπων του και γ) να ακολουθηθεί η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης από το Δ.Σ. για όλα τα υλικά που δεν αναδείχθηκε μειοδότης.

2.5. Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, με την υπ' αριθ. 467/2013 Απόφασή της, ενέκρινε τα ως άνω πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κατακύρωσε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού όσον αφορά την προμήθεια των λιπαντικών, κήρυξε άγονο το διαγωνισμό για την προμήθεια καυσίμων του Δήμου και των νομικών προσώπων του, έτους 2013 & 2014 και ενέκρινε να ακολουθηθεί η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης από το Δημοτικό Συμβούλιο.

2.6. Εν συνεχεία, ο Δήμος Ρόδου, ως αναθέτουσα αρχή, πριν από την υποβολή του αιτήματος στην Αρχή, πρόεβη στη με αριθ. πρωτ. 2/158886/23.12.2013 «Πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος (με τη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης του Δημοτικού Συμβουλίου)», σύμφωνα με την οποία οι ενδιαφερόμενοι μπορούσαν να υποβάλουν την προσφορά τους μέχρι τις 30.12.2013. Ακολούθως, με την 896/30.12.2013 απόφαση (Πρακτικό 36/30.10.2013) (ΑΔΑ: ΒΙ6ΜΩ1Ρ-Θ6Ι), το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου Ρόδου αποφάσισε: α) να κάνει δεκτό το πρακτικό της Επιτροπής εκδήλωσης ενδιαφέροντος, β) την κατακύρωση της προμήθειας για τη βενζίνη αμόλυβδη 95, το πετρέλαιο θέρμανσης του Δήμου, της ΔΕΥΑ Ρόδου, της σχολικής επιτροπής πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης του Δήμου Ρόδου, της σχολικής επιτροπής δευτεροβάθμιας εκ-

παίδευσης του Δήμου Ρόδου, της Δημοτικής Επιχείρησης Συγκοινωνιών Ρόδα και της δημοτικής επιχείρησης ΔΕΡΜ Α.Ε. , γ) την κήρυξη του διαγωνισμού άγονου για την προμήθεια καυσίμων του Δ.Ο.Π.Α.Ρ. και τα αέρια καύσιμα της ΔΕΥΑ Ρόδου και δ) για τα υλικά που κηρύχθηκε ο διαγωνισμός άγονος να ακολουθηθεί εκ νέου η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης από το Δ.Σ. με τη διαδικασία της εκδήλωσης ενδιαφέροντος.

2.7. Τέλος, σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτ. 3252/19.02.2014 έγγραφο του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου προς τη Δ/ση Οικονομικών του Δήμου Ρόδου, κοινοποιήθηκε στο Δήμο η 38/2014 Πράξη αυτού. Δυνάμει της ανωτέρω πράξης, η οποία συμπεριλαμβάνεται στο φάκελο που προσκόμισε ο οικείος Δήμος, το Κλιμάκιο συνεδρίασε προκειμένου να ελέγξει τη νομιμότητα της διαδικασίας αναδείξεως αναδόχου και των οικείων σχεδίων συμβάσεων, που αφορούν στην προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών του Δήμου Ρόδου και των νομικών του προσώπων για τα έτη 2013-2014, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου που υποβλήθηκαν στο Ελεγκτικό Συνέδριο με το από 2/2355/10.01.2014 έγγραφο του Αντιδημάρχου Οικονομικών. Με την ως άνω Πράξη κρίθηκε ότι αφενός δεν κωλύεται η υπογραφή των τεσσάρων (4) υποβληθέντων προς έλεγχο νομιμότητας σχεδίων συμβάσεων για την προμήθεια λιπαντικών και αφετέρου κωλύεται η υπογραφή των έξι (6) υποβληθέντων προς έλεγχο νομιμότητας σχεδίων συμβάσεων με αντικείμενο την προμήθεια υγρών καυσίμων.

Συγκεκριμένα, το Κλιμάκιο στη σελίδα 15 της ως άνω Πράξης, διαπίστωσε ότι *"μη νομίμως προσέφυγε η αναθέτουσα αρχή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγματεύσεως χωρίς την προηγούμενη γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, καθώς από τα στοιχεία του φακέλου της διαδικασίας δεν προκύπτει ότι ο φάκελος της προμήθειας καυσίμων είχε υποβληθεί ενώπιον της ανωτέρω Αρχής για τη διατύπωση της προβλεπόμενης στο άρθρο 2 παρ. 2 περίπτ. γ' υποπερ. δδ' του ν.4013/2011, όπως ισχύει γνώμης, πριν από τη λήψη της 896/30.12.2013 αποφάσεως του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Ρόδου».*

3. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Ρόδου με το αριθ. πρωτ. 2/29459/17.03.2014 (αριθ. πρωτ. Αρχής 1334/19.03.2014) έγγραφο αίτημά του, αιτείται *«την έγκριση της διαδικασίας της απευθείας ανάθεσης από το ΔΣ, μετά από επιμέρους άγονο διεθνή διαγωνισμό»* για την ανάθεση μέρους (ποσού 3.085.816,84€ πλέον ΦΠΑ) της προμήθειας καυσίμων και λιπαντικών του Δήμου Ρόδου και των Νομικών Προσώπων του, έτους 2013 & 2014, συνολικού προϋπολογισμού 3.375.613,33€ πλέον ΦΠΑ, κατόπιν προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού.

II. Νομικό πλαίσιο

4. Σύμφωνα με τις διατάξεις της υποπερ. δδ της περ. γ της παραγρ. 2 του άρθρου 2 του Ν. 4013/2011 όπως τροποποιήθηκε από την παράγραφο 1 του άρθρου 61 του Ν. 4146/2013 (Α' 90) *«..Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής».*

5. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 6 του π.δ. 60/2007 το εν λόγω π.δ. *«εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που δεν εξαιρούνται, δυνάμει των εξαιρέσεων που προβλέπονται στα άρθρα 16, 17 και 9 έως 15, και των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ) είναι ίση προς ή ανώτερη από τα ακόλουθα κατώτατα όρια: α) 137.000 ευρώ, για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, εκτός αυτών που καλύπτονται από την περίπτωση β) στοιχείο iii), που συνάπτονται από τις αναθέτουσες αρχές οι οποίες είναι κεντρικές κυβερνητικές αρχές του Παραρτήματος IV. [...] β) 211.000 ευρώ, προκειμένου για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που συνάπτονται είτε ι) από αναθέτουσες αρχές άλλες από εκείνες που αναφέρονται στο*

Παράρτημα IV, είτε ii) από τις αναθέτουσες αρχές που αναφέρονται στο Παράρτημα IV και οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αφορούν προϊόντα τα οποία δεν καλύπτει το Παράρτημα V, είτε iii) από οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή και έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες της κατηγορίας 8 του Παραρτήματος II A, υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών της κατηγορίας 5 των οποίων οι θέσεις στο CPV είναι αντίστοιχες με τους αριθμούς αναφοράς CPC 7524, 7525 και 7526, ή/και υπηρεσίες που αναφέρονται στο Παράρτημα II B.”

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 2 του αριθ. 1336/2013 Κανονισμού της Επιτροπής της 13ης Δεκεμβρίου 2013 για την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/ΕΚ, 2004/18/ΕΚ και 2009/81/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στις 134.000 ευρώ και 207.000 ευρώ αντίστοιχα.

6. Στη διάταξη του άρθρου 25 του ίδιου π.δ. [με τίτλο “Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού (άρθρο 31 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)”] προβλέπεται ότι:

«Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις: 1) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών: α) εάν, ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν κρίνεται κατάλληλη, ή εάν δεν υπάρχει κανείς υποψήφιος, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή, ύστερα από αίτημα της...». β) γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις ενδιαφερόμενες αναθέτουσες αρχές, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή με διαπραγμάτευση διαδικασίες με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού που αναφέρονται στο άρθρο 24. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη. (...).

7. Οι διατάξεις του άρθρου 209 του Ν. 3463/2006 (ΦΕΚ 114/Α), όπως ισχύει, προβλέπουν: «1. Οι προμήθειες των Δήμων...διενεργούνται σύμφωνα με τις διατάξεις του Ενιαίου Κανονισμού Προμηθειών των Ο.Τ.Α. (Ε.Κ.Π.Ο.Τ.Α.) όπως ισχύει, με την επιφύλαξη των ειδικών ρυθμίσεων.....».

8. Οι σχετικές διατάξεις των άρθρων 3 παρ. 3γ, και 23 της αριθμ. 11389/93 Υπουργικής Απόφασης με τίτλο « Ενιαίος Κανονισμός Προμηθειών Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (ΕΚΠΟΤΑ)» (ΦΕΚ 185/Β) προβλέπουν: «.....Άρθρο 3γ. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν επίσης να συνάπτουν τις συμβάσεις προμηθειών προσφεύγοντας στη διαδικασία των διαπραγματεύσεων χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, στις ακόλουθες περιπτώσεις: 1. όταν δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά μετά από πρόσκληση σε ανοικτό ή κλειστό διαγωνισμό, στο μέτρο που οι αρχικοί όροι της σύμβασης δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς και εφόσον διαβιβάζεται στο νομάρχη, μαζί με τη σχετική απόφαση αιτιολογημένη έκθεση [...]. Άρθρο 23.... Διαδικασία με διαπραγμάτευση η απευθείας ανάθεση-πρόχειρος διαγωνισμός 1. Προμήθεια με "διαδικασία μέσω διαπραγμάτευσης" ή "απευθείας ανάθεση" μπορεί να γίνει εάν συντρέχει μία από τις περιπτώσεις που προβλέπονται στις περιπτώσεις των εδαφίων β και γ της παραγράφου 3 του άρθρου 3 του παρόντος κανονισμού» [...]

9. Στις διατάξεις του άρθρου 2 του Νόμου 2286/1995 «Προμήθειες του δημόσιου τομέα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων» (ΦΕΚ Α' 19) προβλέπεται: «1.(...) 12. Οι διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων προμηθειών διακρίνονται σε συνοπτικές, ανοικτές, κλειστές και με διαπραγμάτευση: α) (...) δ) Με διαπραγμάτευση (εξαιρετική ή απευθείας ανάθεση) είναι η διαδικασία που οι επί μέρους φορείς προσφεύγουν στους προμηθευτές της επιλογής τους και διαπραγματεύονται τους όρους των υπό σύναψη συμβάσεων με έναν ή περισσότερους από αυτούς, με ή χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού».

III. Νομική εκτίμηση

10. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Ρόδου αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας, με την έννοια της περίπτωσης (γ) της παραγράφου 2 του άρθρου 2 του π.δ. 60/2007. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών σε συνδυασμό με το συνολικό προϋπολογισμό της προς προμήθεια δαπάνης (3.375.613,33 € πλέον Φ.Π.Α.), συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ, υποπερίπτωση δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει για την παροχή γνώμης.

11. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση, έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007) (βλ. σχετικώς ΔΕΕ, απόφαση της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56). Συναφώς επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζόμενων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η οδηγία 2004/18/ΕΚ να μην απολέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 18^{ης} Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28^{ης} Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13^{ης} Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).

12. Επισημαίνεται ότι, η τήρηση της προαναφερθείσας διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ' υποπ. δδ' του Ν. 4013/2011, περί σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με την οποία η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής, συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας εκδόσεως της σχετικής διοικητικής πράξης περί προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και η μη τήρησή του συνεπάγεται ακυρότητα της πράξεως (βλ ΝΣΚ 262/2008 και ΕΣ IV 3630/2013, 3631/2013), ενώ δεν χωρεί εκ των υστέρων έγκριση (βλ. 38/2013, 369/2013, 80/2012 Ε.Α.-Α.ΔΗ.ΣΥ.).

13. Περαιτέρω, στο άρθρο 20 παρ. 1 και 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν/. 2690/1999) ορίζεται ρητώς ότι: «Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτεινόντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της. Το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης της πρότασης».

14. Όπως προκύπτει ρητώς από τις ανωτέρω διατάξεις, η γνώμη πρέπει να προηγείται της έκδοσης της διοικητικής πράξης (εν προκειμένω της απόφασης διενέργειας της διαπραγμάτευσης), η δε σύμφωνη γνώμη δεσμεύει τον αποδέκτη της, δηλαδή το όργανο που ασκεί την αποφασιστική αρμοδιότητα, το οποίο υποχρεούται να εφαρμόσει το νόμο και να ενεργήσει κατά τον τρόπο που υποδεικνύει το όργανο που γνωμοδοτεί. Εάν διαφωνεί, δεν δικαιούται να ενεργήσει αντίθετα προς την υπόδειξη της σύμφωνης γνώμης, δικαιούται, όμως, να απόσχει από κάθε ενέργεια, εφόσον έχει προς τούτο διακριτική ευχέρεια. Η τήρηση της διαδικασίας αυτής συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας εκδόσεως της σχετικής διοικητικής πράξης και η μη τήρησή του συνεπάγεται ακυρότητα της πράξεως της διοίκησης (βλ και ΝΣΚ 262/2008).

15. Συνεπώς, η έκδοση σύμφωνης γνώμης από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προϋποθέτει ότι, κατά το χρόνο υποβολής και εξέτασης του σχετικού αιτήματος, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει προβεί στη λήψη σχετικής απόφασης διενέργειας διαπραγμάτευσης. Σε διαφορετική περίπτωση, η Αρχή καθίσταται κατά χρόνο αναρμόδια για τη διατύπωση της σύμφωνης γνώμης.

16. Ωστόσο, ο Δήμος Ρόδου, όπως προκύπτει από το προεκτεθέν ιστορικό, έχει ήδη προβεί στην ανάθεση των αιτουμένων τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής προμηθειών ως προς τη βενζίνη αμόλυβδη, το πετρέλαιο κίνησης και το πετρέλαιο θέρμανσης του Δήμου, της ΔΕΥΑ Ρόδου, της σχολικής επιτροπής πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης του Δήμου Ρόδου, της σχολικής επιτροπής δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης του Δήμου Ρόδου, της Δημοτικής Επιχείρησης Συγκοινωνιών Ρόδα και της Δημοτικής Επιχείρησης ΔΕΡΜ Α.Ε., έναντι συνολικού ενδεικτικού συμβατικού τμήματος 3.566.089,52€, με την υπ' αριθ. 896/30.12.2013 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου.

17. Κατόπιν των ανωτέρω, από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις προαναφερόμενες διατάξεις, διαπιστώνεται ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ' υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, το οποίο επιτάσσει την υποβολή και εξέταση του σχετικού αιτήματος πριν η αναθέτουσα αρχή προβεί στη λήψη σχετικής απόφασης διενέργειας της διαπραγμάτευσης.

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. ομόφωνα:

Διαπιστώνει την εκ μέρους του Δήμου Ρόδου παραβίαση του άρθρου 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ' υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011 και απορρίπτει το αίτημα παροχής σύμφωνης γνώμης για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας υγρών καυσίμων για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 3.375.613,33€, πλέον Φ.Π.Α., λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 3 Απριλίου 2014

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Η Αντιπρόεδρος

Μπουσουλέγκα Χριστίνα