



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
ΓΕΝ. Δ/ΝΣΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
Δ/ΝΣΗ ΝΟΜΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ
236/2014

(της διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2, περ. γ', υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 17 Ιουλίου του έτους δύο χιλιάδες δεκατέσσερα (2014) ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ. και επί της οδού Λ.Κηφισίας 7, στους Αμπελόκηπους, 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:

- 1. Αντιπρόεδρος:** Χριστίνα Μπουσουλέγκα
3.Μέλη: Ευάγγελος Καραμανλής
Ιωάννα Κουλούρη
Δημήτριος Λουρίκας

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

Κατά την διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη η Εισηγήτρια κ. Θεοδωροπούλου η οποία αποχώρησε πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας και της λήψης της απόφασης από τα Μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου της Αρχής.

Γραμματέας: Αλεξάνδρα Γιαμά

Εισηγήτρια: Αικατερίνη Θεοδωροπούλου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

ΘΕΜΑ: Διατύπωση σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατόπιν προηγηθέντος άγονου διεθνούς διαγωνισμού, για την σύναψη σύμβασης προμήθειας υγρών καυσίμων (βενζίνης, πετρελαίου θέρμανσης και πετρελαίου κίνησης) για τις ανάγκες του Δήμου Παιανίας, των σχολείων της πρωτοβάθμιας και δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης του Δήμου και των κτιρίων του φορέα κοινωνικής προστασίας και παιδείας Παιανίας, χρονικής διάρκειας της σύμβασης 12 μήνες από της υπογραφής της, συνολικού προϋπολογισμού 306.837,50€ (συμ/νου ΦΠΑ).

Με το με αριθμό πρωτ. 11.418/01.07.2014 έγγραφο αίτημα του Δήμου Παιανίας προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., όπως συμπληρώθηκε με το υπ' αριθμ. 12056/11.07.2014, τα οποία παρελήφθησαν από την Αρχή στις 02.07.2014 και 11.07.2014 και έλαβαν αριθμό πρωτ. 2801 και 2957 αντίστοιχα, ζητείται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για τη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια υγρών καυσίμων (βενζίνης, πετρελαίου θέρμανσης και πετρελαίου κίνησης)

για τις ανάγκες του Δήμου Παιανίας, των σχολείων της πρωτοβάθμιας και δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης του Δήμου καθώς και των κτιρίων του φορέα κοινωνικής προστασίας και παιδείας Δήμου Παιανίας, χρονικής διάρκειας της σύμβασης 12 μήνες από της υπογραφής της, συνολικού προϋπολογισμού 306.837,50€ (συμ/νου ΦΠΑ), σε συνέχεια του άγονου διεθνούς διαγωνισμού που έχει προηγηθεί.

I. Ιστορικό- πραγματικό πλαίσιο

Από το φάκελο της υπόθεσης και τα σχετικά έγγραφα που συνοδεύουν το αίτημα του Δήμου προκύπτουν τα ακόλουθα:

1. Με την υπ' αριθ. 51/2014 απόφαση (ΑΔΑ: ΒΙΗΜΩΞ9-13Π), πρακτικό της 8^{ης}/15.04.2014 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Παιανίας, με θέμα «*Λήψη απόφασης σχετικά με την έγκριση των τεχνικών προδιαγραφών της υπ' αριθμ. 10/2014 μελέτης του Τ.Υ. του Δήμου για την Προμήθεια υγρών καυσίμων έτους 2014 για την κάλυψη των αναγκών των υπηρεσιών του Δήμου, των σχολικών επιτροπών πρωτοβάθμιας και δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης, του φορέα κοινωνικής προστασίας και παιδείας και κατάρτιση των όρων της διακήρυξης ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού της ανωτέρω προμήθειας*» εγκρίθηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές της υπ' αριθμ. 10/2014 μελέτης και καθορίστηκαν οι όροι διενέργειας του Ανοικτού-Διεθνούς διαγωνισμού για την «*ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΥΓΡΩΝ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΕΤΟΥΣ 2014*».

2. Στη συνέχεια, με την υπ' αριθ. ΑΔΑΜ 14PROC002005085 2014-04-23 Προκήρυξη, προκηρύχθηκε ανοικτός διεθνής διαγωνισμός για την προμήθεια : 1. Πετρελαίου Θέρμανσης, για τις ανάγκες των σχολείων των επιτροπών Πρωτοβάθμιας, Δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης του Δήμου, των κτιρίων του Δήμου και του φορέα κοινωνικής προστασίας και παιδείας 42.500, 30.000, 9.000 και 13.000 λίτρων αντίστοιχα, ενδεικτικού προϋπολογισμού 53.167,50€, 37.530,00€, 11.259,00 και 16.263,00 αντίστοιχα συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 2. Πετρελαίου Diesel κίνησης, βενζίνης αμόλυβδης και βενζίνης τύπου «Super» 120.000, 15.000 και 2.000 λίτρων, ενδεικτικού προϋπολογισμού 160.440,00€, 24.630,00€ και 3.548,00€ αντίστοιχα, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Κριτήριο κατακύρωσης ορίστηκε το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό επί της εκάστοτε μέσης λιανικής τιμής, όπως αυτή προσδιορίζεται από την αρμόδια Διεύθυνση του Υπουργείου Ανάπτυξης. Ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 17.06.2014.

3. Στο άρθρο 2 της διακήρυξης ορίζεται: «*Στη δημοπρασία γίνονται δεκτές αναγνωρισμένες εταιρείες προμήθειας πετρελαιοειδών που έχουν από το αρμόδιο Υπουργείο άδεια εμπορίας και διακίνησης πετρελαιοειδών ή και πράκτορες ή παραγγελιοδόχοι των εταιρειών αυτών σύμφωνα με το Ν. 2289/1995, παρέχοντες εγγύγνα άρτιας εκτέλεσης καθώς και κάθε στοιχείο από το οποίο προκύπτει η αξιοπιστία τους, εφόσον υποβάλουν τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής*». Επίσης, στο άρθρο 7 ορίζεται ότι: «*..Κάθε προσφορά συνοδεύεται υποχρεωτικά από εγγύηση συμμετοχής υπέρ του συμμετέχοντος για ποσό που καλύπτει το 5% της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. ήτοι 15.341,87€...*».

Στο άρθρο 13 (Ειδικοί όροι) ορίζεται ότι: «*Ο προμηθευτής πρέπει να έχει πρατήριο καυσίμων εντός του Δήμου Παιανίας. Σε περίπτωση ύπαρξης πρατηρίου εκτός του Δήμου Παιανίας η τιμή επιβαρύνεται με 0,25 € ανά χιλιόμετρο απομάκρυνσης από τα όρια του Δήμου...*»

Στο άρθρο 14 ορίζεται ότι : «*Αξιολόγηση προσφορών με κριτήριο αξιολόγησης την έκπτωση επί τοις εκατό επί της εκάστοτε λιανικής τιμής πώλησης των ειδών καυσίμων.*

Στοιχεία που θα ληφθούν υπόψη για την αξιολόγηση των προσφορών είναι:

A, το ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό

B, η ποιότητα υλικών με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης,

Γ, η απόσταση των εγκαταστάσεων του προμηθευτή (πρατηρίου) από το Δήμο Παιανίας.

Τέλος στο άρθρο 15 (Κατακύρωση) ορίζεται ότι «Για την κατακύρωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού θα λαμβάνεται υπόψη και η προηγούμενη συμβατική συμπεριφορά του προμηθευτή...».

5. Η ως άνω διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην ΕΕ της ΕΕ στις 15.04.2014, ενώ η υπ' αριθ. πρωτ. 5910/16.06.2014 περίληψη της ως άνω διακήρυξης δημοσιεύθηκε στις εφημερίδες ΑΤΤΙΚΟ ΒΗΜΑ (18.04.2014), ΗΧΩ ΤΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ (25.04.2014) και ΕΦΗΜΕΡΙΣ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ ΚΑΙ ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ (25.04.2014).

6. Κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, η Επιτροπή Διενέργειας-Αξιολόγησης Δημοσίων Διαγωνισμών-Απευθείας Ανάθεσης Προμηθειών, όπως προκύπτει και από το πρακτικό της, με ημερομηνία 17.06.2014, διαπίστωσε ότι δεν υπεβλήθη καμία προσφορά και εισηγήθηκε την κήρυξη του εν θέματι διαγωνισμού αγόνου

7. Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, με την υπ' αριθ. 89/24.06.2014 απόφασή της (ΑΔΑ: 7Λ50ΩΞ9-Ω70) ενέκρινε το από 17.06.2014 πρακτικό της Επιτροπής και κήρυξε άγονο τον διαγωνισμό και ομόφωνα αποφάσισε την παραπομπή του θέματος στο Δημοτικό Συμβούλιο για τη σύναψη σύμβασης με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης σύμφωνα με τα άρθρα 23 παρ. 1 και 3 του ΕΚΠΟΤΑ, λόγω της μη συμμετοχής ενδιαφερομένων στον διαγωνισμό.

8. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Παιανίας, με το με υπ' αριθ. πρωτ. 11.418/01.07.2014 έγγραφο αίτημά του προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., στο οποίο περιλαμβάνεται σχέδιο απόφασης, αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, για την ανάθεση της προμήθειας με αντικείμενο την προμήθεια καυσίμων (βενζίνης, πετρελαίου θέρμανσης και πετρελαίου κίνησης) για τις ανάγκες του Δήμου Παιανίας, των σχολείων της πρωτοβάθμιας και δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης του Δήμου και των κτιρίων του φορέα κοινωνικής προστασίας και παιδείας Παιανίας, χρονικής διάρκειας της σύμβασης 12 μήνες από της υπογραφής της, συνολικού προϋπολογισμού 306.837,50€ (συν/νου ΦΠΑ), σε συνέχεια του άγονου διεθνούς διαγωνισμού που έχει προηγηθεί, με επίκληση των διατάξεων του άρθρου 23 του ΕΚΠΟΤΑ.

II. Νομικό πλαίσιο

9. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης, ορίζει τα ακόλουθα: «δδ) 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. [...]»

10. Στο άρθρο 6 παρ. 1 του π.δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...» ορίζεται:

“Το παρόν 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: 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 [...]”

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 στα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στις 134.000 και 207.000 ευρώ αντίστοιχα.

11. Στο άρθρο 25 παρ. 1 περ. α' του ίδιου π.δ., «Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού» ορίζεται: «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» [...].

12. Τέλος, στο άρθρο 51 (Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων) του ίδιου ως άνω π.δ., ορίζεται ότι: «... 1. Με την επιφύλαξη των κείμενων διατάξεων περί ελάχιστων ορίων αμοιβής ορισμένων υπηρεσιών, τα κριτήρια βάσει των οποίων οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν τις δημόσιες συμβάσεις, είναι είτε: α) όταν η σύμβαση ανατίθεται στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, κριτήρια συνδεδεμένα με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης, ιδίως η ποιότητα, η τιμή, η τεχνική αξία, τα αισθητικά και λειτουργικά χαρακτηριστικά, τα περιβαλλοντικά χαρα-

κτηριστικά, το κόστος λειτουργίας, η αποδοτικότητα, η εξυπηρέτηση μετά την πώληση και η τεχνική συνδρομή, η ημερομηνία παράδοσης και η προθεσμία παράδοσης ή εκτέλεσης, είτε β) αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή. 2. Με την επιφύλαξη του τρίτου εδαφίου της παρούσης παραγράφου, στην προβλεπόμενη στην παράγραφο 1 σημείο α) περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή προβλέπει στην προκήρυξη διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, ή στο περιγραφικό έγγραφο στην περίπτωση του ανταγωνιστικού διαλόγου, τη βαρύτητα (σχετική στάθμιση) που προσδίδει σε καθένα από τα επιλεγέντα κριτήρια για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς. Η στάθμιση αυτή μπορεί να εκφράζεται με τον καθορισμό μιας διακύμανσης («ψαλίδας») με κατάλληλο εύρος. Όταν, κατά τη γνώμη της αναθέτουσας αρχής, δεν είναι δυνατή η στάθμιση για λόγους που μπορούν να αποδειχθούν, η αναθέτουσα αρχή καθορίζει, στην προκήρυξη διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, ή στο περιγραφικό έγγραφο, στην περίπτωση του ανταγωνιστικού διαλόγου, τη φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας των κριτηρίων αυτών...».

13. Στο άρθρο 209 παρ. 1 του ν. 3463/2006 «Κύρωση του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων» (ΦΕΚ 114/Α), όπως ισχύει, ορίζεται: «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...». Επίσης, στα άρθρα 3 (παρ. 3γ) και 23 της με αριθμ. 11389/93 Απόφασης του Υπουργού Εσωτερικών με τίτλο «Ενιαίος Κανονισμός Προμηθειών Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ε.Κ.Π.Ο.Τ.Α)» (ΦΕΚ 185/Β), ορίζεται «...Άρθρο 3, παρ. 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, ητιολογημένη έκθεση[...].4. Στο βαθμό που είναι απόλυτα αναγκαίο, όταν για κατεπείγοντες λόγους οφειλομένους σε γεγονότα που δεν είναι δυνατό να προβλεφθούν από τις αναθέτουσες αρχές, δεν είναι δυνατό να τηρηθούν οι προϋποθέσεις που απαιτούνται στους ανοικτούς ή κλειστούς διαγωνισμούς." 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».

III. Νομική Εκτίμηση

14. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Παιανίας αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας, με την έννοια της περίπτωσης (γ) της παραγράφου 2 του άρθρου 2 του π.δ. 60/2007 και η αιτούμενη προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης εμπίπτει στη διάταξη της περ. α' της παρ. 1 του άρθρου 25 του π.δ. 60/2007. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας 306.837,50 € (συμπ/νου ΦΠΑ), συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή γνώμης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 6 και 8 παρ. 1 του π.δ. 60/2007 και του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ, υποπερίπτωση δδ) του ν. 4013/2011.

Παρά το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή δεν επικαλείται ρητά τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 1 α για την παροχή σύμφωνης γνώμης, η ΕΑΑΔΗΣΥ έχει το δικαίωμα υπαγωγής εκάστου υποβληθέντος αιτήματος, εν προκειμένω του αιτήματος του Δήμου Παιανίας, στην ορθή διάταξη νόμου.

15. 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, C337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56).

16. Συναφώς επισημαίνεται ότι, οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από την βασική ρύθμιση, ήτοι από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων 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. Ι-1249, σκέψη 23, της 28^{ης} Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. Ι-1949, σκέψη 13 και της 13^{ης} Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, Ι-13947, σκέψη 48).15.

17. Ειδικότερα, η εφαρμογή του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α του π.δ. 60/2007, στη βάση της οποίας οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, προϋποθέτει:

α) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία,

Όπως παγίως έχει κριθεί, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της περ. α της παρ. 1 του άρθρου 25 του π.δ. 60/2007, συνέχεται άμεσα με τον προηγούμενο αυτής διαγωνισμό, με συνέπεια η μη νομιμότητα της υποκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας να καθιστά παρακολουθηματικά παράνομη στο σύνολό της και τη συγκεκριμένη διαδικασία (ΕΣ-Πράξη 215/2012-Ζ' Κλιμάκιο, ΕΣ-Αποφ. VI Τμ. 1249/2011, 466/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

β) να μην έχει υποβληθεί, κατά την υπό σημείο α) ανωτέρω νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές να μην κρίνεται κατάλληλη, ή να μην υπάρχει κανείς υποψήφιος,

γ) την μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση,

δ) Επιπλέον, προϋποθέτει ότι σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής εκθέσεως.

18. Στην υπό εξέταση περίπτωση, προκύπτουν τα ακόλουθα:

α) Ως προς την προϋπόθεση, της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας.

Ο Δήμος Παιανίας προσέφυγε σε διεθνή ανοιχτό διαγωνισμό για την προμήθεια : 1. Πετρελαίου Θέρμανσης, 2. Πετρελαίου κίνησης 3. Βενζίνης αμόλυβδης και 4. Βενζίνης τύπου «Super». Στον εν λόγω διαγωνισμό, σύμφωνα με την υπ' αριθ. 89/24.06.2014 απόφαση της (ΑΔΑ: 7Λ50ΩΞ9-Ω70) Οικονομικής Επιτροπής ενεκρίθη το από 17.06.2014 πρακτικό της Επιτροπής και κήρυξε άγονο τον διαγωνισμό καθόσον δεν υπεβλήθη καμία προσφορά.

Ωστόσο, από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, σε σχέση με τον διενεργηθέντα διαγωνισμό, διαπιστώνονται ουσιώδεις πλημμέλειες της διακήρυξης. Συγκεκριμένα:

ι) Στο άρθρο 13 (Ειδικοί όροι) της διακήρυξης περιλαμβάνεται ο εξής όρος: «*Ο προμηθευτής πρέπει να έχει πρατήριο καυσίμων εντός του Δήμου Παιανίας. Σε περίπτωση ύπαρξης πρατηρίου εκτός του Δήμου Παιανίας η τιμή επιβαρύνεται με 0,25 € ανά χιλιόμετρο απομάκρυνσης από τα όρια του Δήμου. ...*» Ο ως άνω όρος που περιέχει γεωγραφικό περιορισμό δεν αιτιολογείται αλλά παρατίθεται χωρίς να αναφέρονται τυχόν λόγοι που επιβάλλουν, για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, ο οικονομικός φορέας να διαθέτει τις εν λόγω εγκαταστάσεις εντός της συγκεκριμένης περιοχής, και ως εκ τούτου να τεκμηριωθεί ότι ο γεωγραφικός περιορισμός είναι αναγκαίος για την ικανοποίηση του επιδιωκόμενου σκοπού.

Ο εν λόγω όρος που τέθηκε στην διακήρυξη του διαγωνισμού κρίνεται ως περιοριστικός του ανταγωνισμού, καθώς περιλαμβάνει σαφή αναφορά γεωγραφικού προσδιορισμού, εντός του οποίου οι ενδιαφερόμενοι θα έπρεπε να διαθέτουν πρατήρια. Η απαίτηση να διαθέτει ο υποψήφιος κατάλληλες εγκαταστάσεις (πρατήριο) εντός των ορίων του Δήμου Παιανίας, όχι μόνο ευνοεί τις επιχειρήσεις με εγκατάσταση στην Ελλάδα, αλλά επίσης τελεί σε δυσαναλογία σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, αφού δεν προκύπτει με σαφήνεια και δεν δικαιολογείται αντικειμενικά για ποιόν λόγο δεν μπορεί η προμήθεια αυτή

να παρασχεθεί από οικονομικό φορέα που δεν διαθέτει τις εν λόγω εγκαταστάσεις εντός της συγκεκριμένης περιοχής, ενώ παράλληλα δεν προβλέπεται η δυνατότητα συνεργασίας με οικονομικό φορέα που διαθέτει τις εν λόγω εγκαταστάσεις στην περιοχή, ώστε να διευρυνθεί το πεδίο των δικαιουμένων συμμετοχής βάσει των διατάξεων του άρθρου 46 παρ.3 του Π.Δ. 60/2007. Ως εκ τούτου, ο εν λόγω περιορισμός είναι αυθαίρετος, συνεπώς αδιαφανής και εισαγάγει διακρίσεις μεταξύ των οικονομικών φορέων. Ακόμα και εάν δεν προσεβλήθη από κανέναν ενδιαφερόμενο ο επίμαχος όρος της διακήρυξης, αυτός κρίνεται μη νόμιμος και περιοριστικός της συμμετοχής στην οποία αποσκοπεί ένας ανοικτός διεθνής διαγωνισμός.

Σε κάθε περίπτωση, έχει κριθεί από την Αρχή (σχετικές οι υπ' αριθ. 45/2012, 145, 163, 252, 276, 554, 536, 534/2013 της ΕΑΑΔΗΣΥ) ότι, κάθε όρος που τυχόν εισάγει περιορισμό στις γενικές αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, θα πρέπει να τεκμηριώνεται με ειδική αιτιολόγηση, ώστε να προκύπτει ότι είναι αναγκαίος και πρόσφορος για την επίτευξη του στόχου στον οποίον αποβλέπει (ΔΕΚ C-234/03, 27.10.2005, Contse, Συλλ. 2005μ I-9315). Τέτοια αιτιολόγηση δεν προκύπτει ρητώς από την οικεία διακήρυξη ούτε τεκμηριώνεται επαρκώς από τα έγγραφα του διαγωνισμού, ώστε να προκύπτει με σαφήνεια και να δικαιολογείται αντικειμενικά για ποιόν λόγο δεν μπορεί η προμήθεια αυτή να παρασχεθεί από οικονομικό φορέα, όταν η έδρα του πρατηρίου του είναι εκτός των διοικητικών ορίων του Δήμου.

ii) Περαιτέρω σύμφωνα με την με αριθ. ΑΔΑΜ 14PROC002005085 2014-04-23 διακήρυξη διαγωνισμού κριτήριο κατακύρωσης ορίστηκε το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης στη μέση τιμή λιανικής πώλησης, όπως αυτή προσδιορίζεται από την αρμόδια Διεύθυνση του Υπουργείου Ανάπτυξης. Στο άρθρο, δε, ορίζεται ότι : *«Αξιολόγηση προσφορών με κριτήριο αξιολόγησης την έκπτωση επί τοις εκατό επί της εκάστοτε λιανικής τιμής πώλησης των ειδών καυσίμων.*

Στοιχεία που θα ληφθούν υπόψη για την αξιολόγησης των προσφορών είναι:

A, το ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό

B, η ποιότητα υλικών με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης,

Γ, η απόσταση των εγκαταστάσεων του προμηθευτή (πρατηρίου) από το Δήμο Παιανίας.

Τέλος στο άρθρο 15 (Κατακύρωση) ορίζεται ότι *«Για την κατακύρωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού θα λαμβάνεται υπόψη και η προηγούμενη συμβατική συμπεριφορά του προμηθευτή...».*

Με το ανωτέρω περιεχόμενο, η διακήρυξη δεν ορίζει με τρόπο σαφή ένα κριτήριο κατακύρωσης, είτε της χαμηλότερης τιμής είτε της πλέον συμφέρουσας, από οικονομική άποψη, προσφοράς. Και τούτο διότι, η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να αναθέσει τη σύμβαση, κατά παράβαση των προαναφερόμενων διατάξεων (σημείο 12 της παρούσας) δεν θεσπίζει κατά τρόπο σαφή ένα κριτήριο κατακύρωσης (αυτό της χαμηλότερης τιμής) αλλά συγχέει τα ως άνω κριτήρια, προβλέποντας παράλληλα στοιχεία τα οποία προσοδιάζουν σε αμφότερα (βλ. ΣτΕ ΕΑ, 76/2011). Ειδικότερα, με την ως άνω διατύπωση των άρθρων 14 και 15 της διακήρυξης, προσδίδεται βαρύτητα (στάθμιση) στο κριτήριο της ποιότητας των υλικών, της απόστασης του πρατηρίου του προμηθευτή από το Δήμο Παιανίας και της προηγούμενης συμβατικής συμπεριφοράς του προμηθευτή, παρά το γεγονός ότι ως κριτήριο έχει οριστεί η χαμηλότερη τιμή και αυτό έχει δημοσιευθεί στην ΕΕΕΕ και στην περίληψη της διακήρυξης στον εθνικό τύπο.

Επιπλέον, από την εν γένει διατύπωση των ως άνω άρθρων της διακήρυξης, δεν ορίζεται με τρόπο σαφή εάν, καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή η ευχέρεια να συνεκτιμήσει, εκτός της τιμής του προμηθευόμενου είδους κατά ομάδα, και τα λοιπά αναγραφόμενα, στα άρθρα 14 και 15, στοιχεία, συμφωνία της προσφοράς προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, ποιότητα των καυσίμων με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, τα οποία ούτως ή άλλως καθιστούν την προσφορά αποδεκτή με βάση τους καθοριζόμενους, στις τεχνικές προδιαγραφές και την διακήρυξη, ουσιαστικούς όρους, προκειμένου να προβεί εν τέλει στην κατακύρωση.

Περαιτέρω, ακόμα και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι εφαρμοστέο κριτήριο κατακύρωσης τυγχάνει αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, επισημαίνεται ότι σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 51 του Π.Δ. 60/2007 και το άρθρο 20 παρ. 1 περ. β του Ε.Κ.Π.Ο.ΤΑ, ο καθορισμός των επιμέρους κριτηρίων-στοιχείων καθώς και η σχετική βαρύτητά τους πρέπει να καθορίζονται στα έγγραφα διαγωνισμού, προκειμένου να γνωρίζουν οι ενδιαφερόμενοι κατά την υποβολή των προσφορών τους την ύπαρξη και τη σημασία τους, χωρίς να επιτρέπεται η μετά τη δημοσίευση της διακήρυξης θέσπιση νέων κριτηρίων, ο προσδιορισμός της σειράς σπουδαιότητάς τους και των συντελεστών βαρύτητάς τους (βλ. και ΕΣ Πράξη VII Τμήματος 41/2008 με τις εκεί παραπομπές σε ΔΕΚ C-225/1998, Επιτροπή κατά Γαλλίας, C-513/1999, Concordia Bus κ.ά.). Κατά συνέπεια, οι προαναφερόμενοι όροι της διακήρυξης είναι ασαφείς

και αόριστοι, τελούν σε αντίθεση με την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας στην ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ενώ πλήττει ουσιωδώς τον ελεύθερο ανταγωνισμό, διότι ακριβώς λόγω της αοριστίας και ασάφειάς τους ενδεχομένως απέτρεψαν τυχόν υποψήφιους οικονομικούς φορείς να συμμετάσχουν στη διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας σχετική προσφορά. (βλ. υπ' αριθμ. 413/2013, 500/2013 και 84/2014 Αποφάσεις της Αρχής).

Επομένως, με βάση τα ανωτέρω εκτεθέντα, διαπιστώνονται ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες της αναθέτουσας αρχής κατά τη διενέργεια του προηγηθέντος διαγωνισμού, οι οποίες ενδεχομένως, συνεχονται με το άγονο αποτέλεσμα του τμήματος αυτού.

β) Ως προς την μη υποβολή προσφοράς ή την μη ύπαρξη υποψηφίου.

Σύμφωνα με το, με ημερομηνία 17.06.2014, πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας-Αξιολόγησης Δημοσίων Διαγωνισμών-Απευθείας Ανάθεσης Προμηθειών, δεν υπεβλήθησαν προσφορές και κηρύχθηκε άγονος ο διαγωνισμός ως προς όλα τα είδη.

γ) Ως προς την μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης .

Από τον υποβληθέντα φάκελο και το σχέδιο απόφασης, ο Δήμος αιτείται τη σύμφωνη γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σε συνέχεια του προηγηθέντος άγονου διεθνούς διαγωνισμού, συνεπώς, σύμφωνα με τη διάταξη 25 1 α του π.δ. 60/2007, το οποίο επιτρέπει την προσφυγή «...εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης...». Περαιτέρω στο υποβληθέν σχέδιο απόφασης αναφέρεται ότι “τον προμηθευτή θα δεσμεύουν οι ίδιοι όροι που καθορίστηκαν με την υπ' αριθμ. 51/2014 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής” και “οι ποσότητες, οι προδιαγραφές και η προϋπολογισθείσα αξία της μελέτης συνολικού ποσού 306.837,50 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ θα είναι ίδιες με αυτές που καθορίστηκαν με την με την υπ' αριθμ. 51/2014 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής”.

16. Κατόπιν των ανωτέρω και από τη μελέτη του οικείου φακέλου, δεν προκύπτει η συνδρομή των προϋποθέσεων για την υιοθέτηση της εξαιρετικής διαδικασίας διαπραγμάτευσης εκ μέρους του Δήμου για το υποβληθέν αίτημα, κατ' εφαρμογή της περ. α της παρ. 1 του άρθρου 25 του π.δ. 60/2007. Επίσης, δεν προέκυψαν άλλα στοιχεία που να αποδεικνύουν και να αιτιολογούν ειδικά και με επαρκή τεκμηρίωση την συνδρομή περιστάσεων που επιτρέπουν την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις λοιπές διατάξεις των άρθρων 24 ή 25 του π.δ. 60/2007.

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις εφαρμοστέες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος ομόφωνα:

ΑΠΟΦΑΣΙΖΟΥΜΕ

Την **μη παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του Δήμου Παιανίας**, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ' (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση, **λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.**

Αμπελόκηποι, 17.07.2014

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Η Αντιπρόεδρος

Μπουσουλέγκα Χριστίνα

