



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ

56/2014

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 20η Φεβρουαρίου του έτους δύο χιλιάδες δέκα τέσσερα (2014) ημέρα Πέμπτη και ώρα 10.00 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:

Πρόεδρος: Ράϊκος Δημήτριος
Αντιπρόεδρος: Μπουσουλέγκα Χριστίνα
Μέλη: Καραμανλής Ευάγγελος
Κουλούρη Ιωάννα
Σταθακόπουλος Δημήτριος

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

Γραμματέας: Στυλιανή Τσιάβου

Εισηγητής: Ειρήνη Μουτσοπούλου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Ερώτημα: Το υπ' αριθμ 6263/30.01.2014 προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. το οποίο παρελήφθη στις 06.02.2014 (αρ.πρωτ. Εισερχ. 614).

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση τμήματος της προμήθειας υγρών καυσίμων, προϋπολογισμού 592.742,53€, πλέον ΦΠΑ, για το έτος 2014 - 2015, για τις ανάγκες του Δήμου Καλαμάτας και των νομικών του προσώπων, κατόπιν προηγηθέντος, για το αιτούμενο τμήμα, άγονου διαγωνισμού.

1. Με το αριθμ. πρωτ. 6263/30.02.2013 (αρ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 614/06.02.2014) έγγραφο του, ο Δήμος Καλαμάτας υπέβαλε αίτημα για την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για ανάθεση τμήματος της προμήθειας υγρών καυσίμων, προϋπολογισμού 592.742,53€, πλέον ΦΠΑ, για το έτος 2014 - 2015, για τις ανάγκες του Δήμου και των νομικών του προσώπων, κατόπιν προηγηθέντος, για το αιτούμενο τμήμα, άγονου διαγωνισμού.

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

2. Από το φάκελο της υπόθεσης και τα περιεχόμενα σε αυτόν στοιχεία και σχετικά έγγραφα προκύπτουν τα ακόλουθα:

2.α. Το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου Καλαμάτας, με την υπ' αριθμ 518/2013 απόφασή του με ΑΔΑ ΒΛ1ΓΩΕΕ-ΛΥΟ (Απόσπασμα Πρακτικού υπ' αριθμ 23ης Τακτικής Συνεδρίασης της 11/11/2013), ενέκρινε την διενέργεια της προμήθειας υγρών καυσίμων και λιπαντικών ελαίων για τις ανάγκες του Δήμου Καλαμάτας και των νομικών του προσώπων (Φορέας Κοινωνικής Προστασίας και Αθλητισμού, Δημοτικό Πνευματικό Κέντρο, ΔΕΥΑ Καλαμάτας, Διοκλής ΑΕ, Δημοτικό Λιμενικό Ταμείο Καλαμάτας, Σύνδεσμος Ύδρευσης Δήμων Καλαμάτας – Μεσσήνης και Κοινοτήτων περιοχής, Κοινωφελής Επιχείρηση Δήμου Καλαμάτας) για το έτος 2014 – 2015, σύμφωνα με την Υ.Α. 11398/93 (ΕΚΠΟΤΑ) άρθρο 23 παρ 2, βάσει της υπ' αριθμ 12/2013 μελέτης του Τμήματος Προμηθειών και Αποθήκης της Δ/νσης Οικονομικών, προϋπολογισμού 778.279,83€, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2.β. Με την υπ' αριθμ 380/2013 απόφασή της (Απόσπασμα Πρακτικού της 47ης/19.11.2013 Συνεδρίασης), η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Καλαμάτας, ενέκρινε τις τεχνικές προδιαγραφές, όπως αυτές περιγράφονται στην υπ' αριθμ 12/2013 Μελέτη της Δ/νσης Οικονομικών του Δήμου Καλαμάτας και κατάρτισε τους όρους Διακήρυξης του ανοιχτού διεθνούς μειοδοτικού διαγωνισμού για την εν λόγω προμήθεια, με κριτήριο κατακύρωσης για τα καύσιμα το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης ανά ομάδα (ομάδες 1-3) στη μέση τιμή λιανικής πώλησης στην πόλη της Καλαμάτας και για τα λιπαντικά έλαια τη χαμηλότερη τιμή (ομάδα 4).

2.γ. Σύμφωνα με τον Ενδεικτικό Προϋπολογισμό της διακήρυξης της 12/2013 μελέτης, η προμήθεια αφορά σε τέσσερις (4) ομάδες. Συγκεκριμένα :

Ομάδα 1 : Diesel κίνησης, ποσότητας 282.930 λίτρων, ενδεικτικού προϋπολογισμού 311.505,93€

Ομάδα 2 : Αμόλυβδη Βενζίνη απλή, ποσότητας 34.900 λίτρων, ενδεικτικού προϋπολογισμού 46.312,30€

Ομάδα 3 : Diesel θέρμανσης, ποσότητας 223.100 λίτρων, ενδεικτικού προϋπολογισμού 234.924,30€

Ομάδα 4 : 22 κατηγορίες ελαιολιπαντικών, όπως περιγράφονται στον ενδεικτικό προϋπολογισμό της μελέτης, αναπόσπαστο μέρος της Διακήρυξης.

Όπως συνάγεται από το επισυναπτόμενο, στον φάκελο της υπόθεσης, τιμολόγιο προσφοράς, οι υποψήφιοι μπορούν να υποβάλλουν προσφορά για κάθε ομάδα για το σύνολο όμως της προκηρυσσόμενης ποσότητας. Στο τυποποιημένο έντυπο προκήρυξης της Ευρωπαϊκής Ένωσης ορίζεται σαφώς ότι η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται σε παρτίδες και είναι δυνατή η υποβολή προσφορών για ένα ή περισσότερα τμήματα. Ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 14η/01/2014.

2.δ. Περίληψη των ουσιωδών όρων και στοιχείων της διακήρυξης του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά (28/11/2013) προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (SIMAP). Συνακόλουθα, η υπ' αριθμ 71861/28.11.2013 (ΑΔΑ: ΒΛΓΠΩΕΕ-Ι4Α) περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβέρνησης (ΦΕΚ 806/06.12.2013) και στις εφημερίδες «ΕΦΗΜΕΡΙΣ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ» (10.12.2013), «ΗΧΩ ΤΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ» (10.12.2013), «ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ» (10.12.2013), «ΜΕΣΣΗΝΙΑΚΟΣ ΛΟΓΟΣ» (12.12.2013) και «ΘΑΡΡΟΣ» (10.12.2013). Τέλος, η διακήρυξη και τα τεύχη του διαγωνισμού αναρτήθηκαν στην επίσημη ιστοσελίδα του Δήμου Καλαμάτας (www.kalamata.gr) στις 09/12/2013.

2.ε. Με το υπ' αριθμ πρωτ 3930/14.01.2014 πρακτικό της, η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού και Αξιολόγησης προσφορών παρέλαβε τις προσφορές που υποβλήθηκαν από δύο συμμετέχουσες εταιρίες, οι οποίες, αμφότερες, αφορούσαν στην ομάδα 4 (ελαιολιπαντικά). Όσον αφορά στις λοιπές ομάδες (1-3), ήτοι τις ομάδες για τα καύσιμα, η Επιτροπή διαπίστωσε την μη υποβολή προσφορών. Ώς εκ τούτου εισηγήθηκε στο Δημοτικό Συμβούλιο την ματαίωση του διαγωνισμού για τις ομάδες, για τις οποίες ο διαγωνισμός απέβη άγονος, και την προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με τους ίδιους όρους του προηγηθέντος διαγωνισμού.

2.στ. Εν συνεχεία, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, με την υπ' αριθμ 32/2014 (28.01.2014) απόφασή της (ΑΔΑ : ΒΙΡΤΩΕΕ-Ψ51), ενέκρινε το ως άνω Πρακτικό της Επιτροπής, αποφάσισε την ματαίωση του διαγωνισμού για την προμήθεια υγρών καυσίμων, λόγω μη υποβολής προσφορών και την προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης με τους ίδιους όρους της διακήρυξης, καθώς και την συνέχιση του διαγωνισμού για την ομάδα των λιπαντικών ελαίων.

3. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Καλαμάτας με το υπ' αριθμ. πρωτ. 6263/30.01.2014 έγγραφο αίτημά του, στο οποίο επισυνάπτεται το σχέδιο απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου, αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, για την ανάθεση τμήματος της προμήθειας και συγκεκριμένα των ομάδων 1-3 (ποσού 592.742,53€) του ενδεικτικού προϋπολογισμού της υπ' αριθμ 12/2013 μελέτης, λόγω κήρυξης ως άγονου του διαγωνισμού για το συγκεκριμένο τμήμα της προμήθειας (καύσιμα).

II. Νομικό πλαίσιο

4. 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. [...]»

5. Η διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 του π.δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/EK...» ορίζει:

“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 i) από αναθέτουσες αρχές άλλες από εκείνες που αναφέρονται στο Παράρτημα IV [...]”

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ 1 στοιχείο β) του υπ' αριθμ 1336/2013 Κανονισμού της Επιτροπής της 13ής Νοεμβρίου 2013 για την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/EK, 2004/18/EK και 2009/81/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά στα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε σε 207.000 ευρώ.

6. Το άρθρο 8 παρ. 1,3 και 5 του ίδιου π.δ. ορίζει τα παρακάτω:

“1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας δημόσιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, εκτός ΦΠΑ, όπως προσδιορίζεται από την αναθέτουσα αρχή. Στον υπολογισμό αυτό, λαμβάνεται υπόψη το εκτιμώμενο συνολικό ποσό, συμπεριλαμβανομένων τόσο του τυχόν προβλεπόμενου δικαιώματος προαίρεσης όσο και των τυχόν παρατάσεων της σύμβασης [...]

3. Κανένα σχέδιο έργου και καμία σύμβαση προμήθειας ή υπηρεσιών δεν επιτρέπεται να καταταμηθεί, προκειμένου να αποφευχθεί η εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος διατάγματος.

5. [...] β) Όταν η προμήθεια ομοειδών προϊόντων μπορεί να οδηγήσει σε ταυτόχρονη σύναψη χωριστών συμβάσεων κατά τμήματα, λαμβάνεται υπόψη η εκτιμώμενη συνολική αξία αυτών των τμημάτων κατά την εφαρμογή του άρθρου 6 σημεία α) και β). Όταν η συνολική αξία των τμημάτων είναι ίση με ή υπερβαίνει την αξία που καθορίζεται στο άρθρο 6, το παρόν εφαρμόζεται στη σύναψη κάθε τμήματος.

7. Περαιτέρω, οι διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α', 42 παρ 1 και 2, 45 παρ 1 και 4 και 46 του π.δ. 60/2007, ορίζουν τα κάτωθι :

Άρθρο 25 παρ 1 περ. α : «...1. 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...».

Άρθρο 42 παρ 1 και 2 (ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ) : «1. ...ο έλεγχος της καταλληλότητας πραγματοποιείται από τις αναθέτουσες αρχές σύμφωνα με τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και των επαγγελματικών και τεχνικών γνώσεων ή ικανοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 45 έως 50 [...] 2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών ή επαγγελματικών ικανοτήτων, σύμφωνα με τα άρθρα 45 και 46, τα οποία πρέπει να καλύπτουν οι υποψήφιοι προσφέροντες...»

Άρθρο 45 παρ 1 και 4 (Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) : «1. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά : α) κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις ή πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων, β) ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών..., γ) δήλωση περί του συνολικού ύψους του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις... 4. Οι αναθέτουσες αρχές υποδεικνύουν στην προκήρυξη διαγωνισμού ποιο ή ποια από τα αναφερόμενα στην παρ 1 δικαιολογητικά επέλεξαν καθώς και ποια άλλα δικαιολογητικά πρέπει να προσκομισθούν.»

Άρθρο 46 (Τεχνικές ή/και Επαγγελματικές Ικανότητες) : «2. ... οι τεχνικές ικανότητες των οικονομικών φορέων αποδεικνύονται με έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους τρόπους... α) i) υποβολή καταλόγου των εργασιών που έχουν εκτελεσθεί κατά την προηγούμενη πενταετία, συνοδευόμενο από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης των σημαντικότερων εργασιών. Τα πιστοποιητικά αυτά αναφέρουν το ποσό, τον χρόνο και τον τρόπο εκτέλεσης των εργασιών και προσδιορίζουν αν πραγματοποιήθηκαν σύμφωνα με τους κανόνες της τέχνης... ii) υποβολή καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων ή υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη τριετία ... β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπεύθυνων για τον έλεγχο ποιότητας... ε) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών... η) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών...»

8. 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...»

9. Στα άρθρα 3 (παρ. 2 και 3γ), 9 παρ 2, 23 και 26 παρ 1 περ α και β 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. 2: “Οι όροι της διακήρυξης κάθε διαγωνισμού πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις”, 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 9 παρ 2: “Κατά την διαδικασία επιλογής των προμηθευτών, η υπηρεσία που διενεργεί το διαγωνισμό έχει την ευχέρεια να ζητήσει οποιαδήποτε κατά την κρίση της δικαιολογητικά είτε από αυτά που αναφέρονται στο άρθρο 7 του παρόντος εκτός της εγγύησης συμμετοχής, είτε και από τα ακόλουθα: α) κατάλληλα τραπεζικά έγγραφα, αντίγραφο ή απόσπασμα ισολογισμού της επιχείρησης [...] β) κατάλογο στον οποίο να αναφέρονται οι κυριότερες παραδόσεις των τριών τελευταίων χρόνων και ειδικότερα τα υλικά, οι ποσότητες, η αξία, οι ημερομηνίες παραγγελίας, παράδοσης και υποχρέωσης παράδοσης, καθώς και οι παραλήπτες [...] στ) πιστοποιητικά που εκδίδονται από επίσημα γραφεία ποιοτικού ελέγχου ή αρμόδιες υπηρεσίες, που να βεβαιώνουν τήρηση ορισμένων προδιαγραφών ή προτύπων των προϊόντων ...”.

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».

Άρθρο 26 παρ 1 περ α και β : «1. Εγγύηση συμμετοχής στον διαγωνισμό. α) η εγγύηση εκδίδεται υπέρ του συμμετέχοντος για ποσό που αντιστοιχεί σε 5 %, επί της συνολικής προϋπολογισθείσας από την υπηρεσία δαπάνης, εκτός αν ορίζεται διαφορετικό ποσοστό από τη διακήρυξη ή την πρόσκληση. [...] β) όταν ο διαγωνισμός αφορά διάφορα υλικά και επιτρέπεται από τη διακήρυξη η προσφορά μερικών από αυτά, γίνεται δεκτή προσφορά και στην περίπτωση που η εγγύηση δεν καλύπτει το προβλεπόμενο ποσοστό της αξίας όλων των προσφερόμενων υλικών, αρκεί αυτή να καλύπτει το ποσοστό που αναλογεί στην αξία του ελάχιστου αριθμού υλικών που προβλέπεται στην διακήρυξη, η δε κατακύρωση περιορίζεται στα υλικά που καλύπτονται από την εγγύηση.»

III. Νομική Εκτίμηση

10. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Καλαμάτας, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, με την έννοια της περ. γ της παρ. 2 του άρθρου 2 του π.δ. 60/2007, περί προσαρμογής της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών». Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη

δημόσιας σύμβασης προμήθειας σε συνδυασμό με το συνολικό προϋπολογισμό (632.747,83€ χωρίς ΦΠΑ) του διαγωνισμού, του οποίου τμήμα αποτελεί η προς προμήθεια δαπάνη (592.742,53€ πλέον ΦΠΑ), συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής κατ' άρθρο 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ' υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης 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/EK 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 αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συστατικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η οδηγία 2004/18/EK 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 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13ης Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).

12. 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,

Μάλιστα, η προσφυγή στη διαδικασία των διαπραγματεύσεων, κατ' εφαρμογή της περ. α της παρ. 1 του άρθρου 25 του ως άνω Π.Δ συνέχεται άμεσα με τον προηγηθέντα 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, 466/2011, 29/2012).

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) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι 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.

13. Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα ακόλουθα:

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

Ο Δήμος Καλαμάτας προσέφυγε σε ανοιχτό διεθνή μειοδοτικό διαγωνισμό για την προμήθεια καυσίμων και ελαιολιπαντικών για το έτος 2014 - 2015, για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου και των νομικών του προσώπων, συνολικού προϋπολογισμού 778.279,83€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Στην εν λόγω διακήρυξη, κατά τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, διαπιστώθηκαν νομικές πλημμέλειες, οι οποίες ενδεχομένως να οδήγησαν στο άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού. Ειδικότερα:

α.1) Στο άρθρο 7 (Δικαιολογητικά συμμετοχής στον διαγωνισμό) παρ 7.1, η αναθέτουσα αρχή ορίζει ως απαιτούμενο δικαιολογητικό συμμετοχής, μεταξύ άλλων, εγγυητική επιστολή συμμετοχής ίση προς το 1% του συνολικού προϋπολογισμού σύμφωνα με το αρ 26 του ΕΚΠΟΤΑ υπέρ του Δήμου Καλαμάτας.

Ομοίως και στο τυποποιημένο έντυπο δημοσίευσης της προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης η εγγυητική επιστολή συμμετοχής ορίζεται στο 1% του συνολικού προϋπολογισμού της προμήθειας, ενώ στην περίληψη που δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ και στον Τύπο ορίζεται το ύψος της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σε 1% του προϋπολογισμού της αξίας της προμήθειας (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ).

Από το ως άνω ιστορικό προκύπτει, ότι είναι δυνατή η τμηματική υποβολή προσφορών για κάθε είδος καυσίμου, γεγονός το οποίο, πρέπει να λαμβάνεται υπόψιν στον υπολογισμό του ύψους της εγγυητικής επιστολής για συμμετοχή στον διαγωνισμό για κάθε τμήμα της προμήθειας. Αντιθέτως, η περιγραφή στο συγκεκριμένο τμήμα της Διακήρυξης, καθώς και της προκήρυξης, του ύψους της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι ασαφής, αόριστη και μπορεί να επισύρει διαφορετικές ερμηνείες από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, προκαλώντας αμφιβολία για το αν αυτή πρέπει να καλύπτει το σύνολο του προϋπολογισμού της προκηρυσσόμενης ποσότητας καυσίμων και λιπαντικών ή του τμήματος για το οποίο μπορεί να υποβληθεί προσφορά, με απώτερη συνέπεια την αποτροπή τους από την συμμετοχή στο διαγωνισμό (σχετική απόφαση Ελ.Συνεδρίου 935/2013 Τμήμα VI, μέρος VI παράγραφος Β).

α.2) Στο άρθρο 6 (Δεκτοί στον διαγωνισμό) στην παράγραφο 6.1 της Διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού, ορίζεται το εξής : “Στον διαγωνισμό γίνονται δεκτές αναγνωρισμένες εταιρίες προμήθειας πετρελαιοειδών και λιπαντικών ελαίων, οι οποίες μπορούν να παρέχουν εχέγγυα άρτιας εκτέλεσης της προμήθειας (μεταφορά πετρελαίου κίνησης στις δεξαμενές που διαθέτει ο Δήμος, και πετρελαίου θέρμανσης στα αντίστοιχα Δημοτικά κτίρια), διαθέτοντας προς τούτο τον απαιτούμενο αριθμό βυτιοφόρων, πρατήριο για παραλαβή αμόλυβδης, καθώς και κάθε σχετικό στοιχείο, από το οποίο να προκύπτει η αξιοπιστία τους, εφ’όσον υποβάλουν τα εις το άρθρο 7 (φάκελος εξωτερικός) αναφερόμενα δικαιολογητικά”. Περαιτέρω, στο άρθρο 7 (Δικαιολογητικά συμμετοχής στον διαγωνισμό) και συγκεκριμένα στην παραγρ. 7.6 της Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί, με ποινή

αποκλεισμού, μεταξύ άλλων, την προσκόμιση δήλωσης για την οικονομική επιφάνεια του διαγωνιζομένου και μετοχικό κεφάλαιο (παρ 7.6 στοιχείο στ), δήλωση για την επιχειρηματική δομή και το εύρος των δραστηριοτήτων της, δήλωση για την παραγωγική δυνατότητα της επιχείρησης και την ποιότητα των προϊόντων της (στοιχείο ι).

Συγκεκριμένα, η απαίτηση προσκόμισης δήλωσης, επί ποινή αποκλεισμού, για την οικονομική επιφάνεια του διαγωνιζόμενου, χωρίς αυτός ο όρος να εξειδικεύεται, με απαίτηση προσκόμισης, για παράδειγμα, ισολογισμών των τελευταίων ετών, κατάλληλων τραπεζικών βεβαιώσεων, όπως απαιτεί το άρθρο 45 παράγραφος 1 του ΠΔ 60/2007, καθιστά γενικό και αόριστο τον συγκεκριμένο όρο και δεν εξασφαλίζει έναν ελάχιστο απαιτούμενο αριθμό πληροφοριών από όλους τους συμμετέχοντες, οι οποίοι θα πληρούν ένα ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων. Τα ανωτέρω ισχύουν και για την απαίτηση δήλωσης του εύρους των δραστηριοτήτων (χωρίς να εξειδικεύεται σε συγκεκριμένες απαιτήσεις υποβολής καταλόγου εργασιών που έχουν εκτελεσθεί κατά την προηγούμενη πενταετία, καταλόγου κυριότερων παραδόσεων κλπ), καθώς και για την απαίτηση δήλωσης για την ποιότητα των προϊόντων, εφόσον αυτή δεν εξειδικεύεται σε υποχρέωση προσκόμισης, για παράδειγμα, πιστοποιητικών εκδιδόμενων από επίσημους φορείς, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων κλπ.

Σύμφωνα, άλλωστε, με πάγια νομολογία και κατ' εφαρμογή της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων, όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες της διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων ώστε να επιτρέπεται στους ενδιαφερόμενους να τους κατανοούν πλήρως και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (απόφαση ΔΕΚ της 29ης Απριλίου 2004, C496/99, Επιτροπή κατά Cas Succhi di frutta, βλ. επίσης ΕΑ 842/2010, 603/2009, 1015/2009).

Κατά συνέπεια, οι προαναφερόμενοι, υπό στοιχεία α.1 και α.2, όροι της διακήρυξης είναι ασαφείς και αόριστοι και τελούν σε αντίθεση με την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας στην ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, ενώ πλήττουν ουσιωδώς τον ελεύθερο ανταγωνισμό, διότι ακριβώς λόγω της αοριστίας και της ασάφειάς τους, ενδεχομένως απέτρεψαν τυχόν υποψήφιους οικονομικούς φορείς να συμμετέχουν στη διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας σχετική προσφορά.

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

Σύμφωνα με το υπ' αριθμ πρωτ 3930/14.01.2014 σχετικό πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών και Αξιολόγησης προσφορών, το οποίο επικυρώθηκε με την με αρ. 32/28.01.2014 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Καλαμάτας, υπεβλήθησαν δύο προσφορές για την 4η ομάδα των ελαιολιπαντικών, για την οποία ο διαγωνισμός, την παρούσα, βρίσκεται σε εξέλιξη, και μη υποβολή προσφορών για τις λοιπές ομάδες 1-3 για τα καύσιμα, για τα οποία ο Δήμος αιτείται την προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης.

γ) Ως προς τη μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης:

Ο Δήμος στο επισυναπτόμενο στο έγγραφο αίτημά του σχέδιο απόφασης, επικαλείται ρητά το Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο επικυρώθηκε με την 32/28.01.2014 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, και το οποίο ρητά αναφέρει ότι η διαδικασία της διαπραγμάτευσης θα πραγματοποιηθεί με τους ίδιους όρους της διακήρυξης του άγονου για τις αιτούμενες ομάδες διαγωνισμού.

14. Εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων, διαπιστώνεται ότι δεν τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 25, παρ. 1, περ. α' του Π.Δ. 60/2007, καθώς δεν προκύπτει η συνδρομή λόγου και προϋπόθεσης για την υιοθέτηση της εξαιρετικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για την προμήθεια των ομάδων 1-3 της προμήθειας καυσίμων και ελαιολιπαντικών έτους 2014 – 2015 του Δήμου Καλαμάτας.

IV. Συμπέρασμα

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

Την **απόρριψη του αιτήματος** του Δήμου Καλαμάτας και την μη παροχή σύμφωνης γνώμης, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση για την ανάθεση τμήματος της προμήθειας υγρών καυσίμων και ελαιολιπαντικών για τις ανάγκες του Δήμου και των νομικών του προσώπων, προϋπολογισμού 592.742,53€, πλέον ΦΠΑ, **λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.**

Αθήνα, 20 Φεβρουαρίου 2014

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Συντάκτης

Ο Πρόεδρος

Καραμανλής Ευάγγελος

Δημήτριος Ράϊκος