



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ 203/ 2015

(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011)

ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την **1η Σεπτεμβρίου 2015, ημέρα Τρίτη και ώρα 9:30 πμ.**, και επί της οδού Κηφισίας 7 (5ος όροφος), όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (εφεξής Αρχή) 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 τη συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- | | |
|-----------------------------------|----------------|
| 1. Δημήτριος Ράικος | (Πρόεδρος) |
| 2. Χριστίνα Μπουσουλέγκα | (Αντιπρόεδρος) |
| 3. Ιωάννα Κουλούρη | (Μέλος) |
| 4. Δημήτριος Σταθακόπουλος | (Μέλος) |
| 5. Δημήτριος Λουρίκας | (Μέλος) |
| 6. Ευάγγελος Καραμανλής | (Μέλος) |

Τα λοιπά αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν.

Γραμματέας: Στυλιανή Τσιάβου

Εισηγητής: Χρήστος Κανελλόπουλος, Ε.Ε.Π. – Οικονομολόγος

Ερώτημα: Το αριθμ. πρωτ. 21443/4-8-2015 έγγραφο του Δήμου Μαραθώνος το οποίο παραλήφθηκε από την Αρχή στις 4-8-2015 (αριθμ. πρωτ. 3484), όπως αυτό συμπληρώθηκε με το αριθμ. πρωτ. 22246/12-8-2015 (αριθμ. πρωτ. 3568/12-8-2015 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) έγγραφό του.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011 για την προμήθεια «Καυσίμων και Λιπαντικών» για τις ανάγκες του Δήμου Μαραθώνος και των Νομικών του Προσώπων (Κοινοφελής Επιχείρηση Δήμου Μαραθώνος, ΝΠΔΔ Κοινωνικής Προστασίας, Αλληλεγγύης Προσχολικής Αγωγής και Μουσικής Παιδείας, Α' Σχολική Επιτροπή, Β' Σχολική Επιτροπή), συνολικού προϋπολογισμού € 665.083,60 με Φ.Π.Α. ή € 540.718,38 χωρίς Φ.Π.Α., στον οποίο (προϋπολογισμό) περιλαμβάνεται δικαίωμα προαίρεσης ποσοστού έως 15%, οικονομικού έτους 2015, σε συνέχεια άγονου ανοικτού διεθνή διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

Ι. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

1. Από τη μελέτη των στοιχείων και εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα:

1.1 Με την αριθμ. 14393/3-6-2015 Διακήρυξη (ΑΔΑ: 15PROC002834656 2015-06-09) του, ο Δήμος Μαραθώνα διενήργησε διεθνή ανοικτό διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την προμήθεια «Καυσίμων και Λιπαντικών», για τις ανάγκες του Δήμου Μαραθώνα και των Νομικών του Προσώπων συνολικού προϋπολογισμού € 665.083,60 με Φ.Π.Α. ή € 540.718,38 χωρίς Φ.Π.Α., στον οποίο (προϋπολογισμό) περιλαμβάνεται δικαίωμα προαίρεσης ποσοστού έως 15%, οικονομικού έτους 2015, με κριτήριο κατακύρωσης **α)** τη χαμηλότερη τιμή για το σύνολο των Λιπαντικών και **β)** το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί της Μέσης Λιανικής Τιμής Πώλησης του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγρών Καυσίμων της Περιφερειακής Ενότητας όπου βρίσκεται η έδρα του Αναδόχου, ανά είδος Καυσίμου. Οι Ομάδες της Διακήρυξης ήταν τέσσερις (4): Ομάδα 1 Πετρέλαιο Θέρμανσης, Ομάδα 2 Πετρέλαιο Κίνησης, Ομάδα 3 Βενζίνη Αμόλυβδη και Ομάδα 4 Λιπαντικά. Επιπρόσθετα, η Σύμβαση είχε διάρκεια δώδεκα (12) μήνες. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 10η Ιουλίου 2015 και ώρα 8:00 πμ., και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ορίστηκε η 16η Ιουλίου 2015 και ώρα 14:00 μμ. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 11749,1 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 8η Ιουνίου 2015.

Στο άρθρο 11 «Εγγυήσεις» της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «*α) Η εγγύηση για τη συμμετοχή στη δημοπρασία ορίζεται σε ποσοστό 1% της προεκτιμώμενης αξίας της σύμβασης εκτός Φ.Π.Α., η οποία ανέρχεται στο ποσό των 5.407,18 €, εφόσον ο προσφέρων συμμετέχει για το σύνολο των υπό προμήθεια ειδών, άλλως για ποσό που θα καλύπτει το 1% της προϋπολογισθείσας δαπάνης προ Φ.Π.Α. για την συγκεκριμένη ομάδα ή ομάδες της μελέτης. [...]*».

1.2 Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ:73Ο1ΩΛΜ-ΞΜ1) στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα, στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 3η Ιουνίου 2015, η οποία και δημοσιεύτηκε την 5η Ιουνίου 2015 (S 107 - 193783).

1.3 Περίληψη της Διακήρυξης δημοσιεύτηκε την 12η Ιουνίου 2015 στις εφημερίδες «Έθνος», «Ηχώ των Δημοπρασιών», «Αττικό Βήμα», και «Γενική Δημοπρασιών».

1.4 Περίληψη της Διακήρυξης δημοσιεύτηκε στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως την 12η Ιουνίου 2015 (ΦΕΚ 276/2015).

1.5 Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.site.marathon.gr.

1.6 Με την από 13-7-2015 Απόφασή (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη) της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Μαραθώνος ενέκρινε την μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών του διαγωνισμού, λόγω της τραπεζικής αργίας, η οποία ορίστηκε την 23η Ιουλίου 2015 και ώρα 14:00 μμ.

1.7 Με την αριθμ. πρωτ. 20285/21-7-2015 Ανακοίνωση (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη) του, ο Δήμος Μαραθώνος ενημέρωσε τους υποψήφιους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό ότι αντί Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής μπορούν να υποβάλουν την ημέρα του διαγωνισμού υπεύθυνη δήλωση πως θα υποβάλουν Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής εκ των υστέρων.

1.8 Με το αριθμ. 2/30-7-2015 Πρακτικό της, (Ψηφιακά Υπογεγραμμένο), η Επιτροπή του διαγωνισμού διαπίστωσε ότι δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά και κήρυξε άγονο το διαγωνισμό.

1.9 Με την από 30-7-2015 Απόφασή της, (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη), η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Μαραθώνος ενέκρινε το αριθμ. 2/30-7-2015 Πρακτικό της Επιτροπής και αποφάσισε την αποστολή σχετικού αιτήματος προς την Αρχή, με σκοπό την προσφυγή στην διαδικασία διαπραγμάτευσης.

1.10 Με το από αριθμ. πρωτ. 22247/12-8-2015 έγγραφό του, ο Δήμος Μαραθώνος βεβαιώνει ότι, δεν έχουν ασκηθεί Ενστάσεις, Προδικαστικές Προσφυγές ή Ασφαλιστικά Μέτρα κατά του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της Διακήρυξης.

1.11 Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Μαραθώνα, με το προαναφερόμενο έγγραφό του, στο οποίο επισυνάπτεται σχέδιο Απόφασής του, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προκειμένου να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης για την προμήθεια «Καυσίμων και Λιπαντικών», για τις ανάγκες του Δήμου Μαραθώνος και των Νομικών του Προσώπων, συνολικού προϋπολογισμού € 665.083,60 με Φ.Π.Α. ή € 540.718,38 χωρίς Φ.Π.Α., στον οποίο (προϋπολογισμό) περιλαμβάνεται δικαίωμα προαίρεσης ποσοστού έως 15%, οικονομικού έτους 2015, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

2. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, ορίζει τα ακόλουθα: «δδ) Οι αποφάσεις των αναθέτουσών 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 εμπíπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. [...]».

3. Το άρθρο 6, παράγραφος 1 του Π.Δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...» 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:

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 i) 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 Α, 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 Β.»

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθμ. 1336/2013 της Επιτροπής 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, τα ως άνω ποσά αναπροσαρμόστηκαν, από 1/1/2014 και για την διετία 2014-2015, στις 134.000 και 207.000 ευρώ αντίστοιχα.

4. Το άρθρο 8 παράγραφος 1, 3, 5 και 7 του Π.Δ. 60/2007 ορίζει ότι: «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 προαιρέσεως όσο και των τυχόν παρατάσεων της σύμβασης ... 3. Κανένα σχέδιο έργου και καμία σύμβαση προμήθειας ή υπηρεσιών δεν επιτρέπεται να κατατηγηθεί, 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. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να παρεκκλίνουν προκειμένου για τα τμήματα των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός Φ.Π.Α. είναι μικρότερη των ογδόντα χιλιάδων (80.000) ευρώ και υπό τον όρο ότι το συνολικό ποσό των συγκεκριμένων τμημάτων δεν υπερβαίνει το 20% της συνολικής αξίας όλων των τμημάτων. ...7. Όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών που έχουν περιοδικό χαρακτήρα ή προβλέπεται να ανανεωθούν μέσα σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, λαμβάνεται ως βάση για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης α) είτε η συνολική πραγματική αξία των διαδοχικών συμβάσεων του ίδιου τύπου, οι οποίες συνήφθησαν κατά το προηγούμενο δωδεκάμηνο ή οικονομικό έτος, αναπροσαρμοσμένη, εφόσον τούτο είναι δυνατόν, προκειμένου να ληφθούν υπόψη ενδεχόμενες μεταβολές ως προς τις ποσότητες ή την αξία τους κατά τους δώδεκα (12) μήνες που έπονται της αρχικής σύμβασης. β) είτε η εκτιμώμενη συνολική αξία των διαδοχικών συμβάσεων που συνήφθησαν κατά το δωδεκάμηνο που έπεται της πρώτης παράδοσης ή κατά τη διάρκεια του οικονομικού έτους, εφόσον αυτό υπερβαίνει τους δώδεκα (12) μήνες. Η επιλογή της μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας δημόσιας σύμβασης δεν επιτρέπεται να γίνεται προς το σκοπό αποφυγής της εφαρμογής του παρόντος».

5. Το άρθρο 25 του Π.Δ. 60/2007 ορίζει 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 οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή, ύστερα από αίτημά της, [...]».

6. Το άρθρο 30 «Σύνταξη και λεπτομέρειες δημοσίευσης των προκηρύξεων» του Π.Δ. 60/2007 ορίζει ότι: «1...5. . Οι προκηρύξεις και το περιεχόμενό τους δεν μπορούν να δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία της αποστολής τους στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή. Οι προκηρύξεις που δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο δεν πρέπει να περιλαμβάνουν πληροφορίες διαφορετικές από εκείνες που περιέχονται στις προκηρύξεις που αποστέλλονται στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή ή δημοσιεύονται στο «προφίλ αγοραστή» σύμφωνα με το άρθρο 29 παράγραφος 1 πρώτο εδάφιο, πρέπει δε να αναφέρουν την ημερομηνία αποστολής της σχετικής ειδοποίησης στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή ή της δημοσίευσης στο «προφίλ αγοραστή». Οι προκαταρκτικές προκηρύξεις δεν δημοσιεύονται στο «προφίλ αγοραστή» πριν από την αποστολή στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή της ειδοποίησης με την οποία ανακοινώνεται η δημοσίευσή τους με τη μορφή αυτή, πρέπει δε να αναφέρουν την ημερομηνία της αποστολής».

7. Το άρθρο 32 του Π.Δ. 60/2007 ορίζει ότι: «1. Κατά τον καθορισμό των προθεσμιών παραλαβής των προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές

λαμβάνουν υπόψη, ιδίως, το πολύπλοκο της σύμβασης και τον χρόνο που απαιτείται για την προετοιμασία των προσφορών, με την επιφύλαξη των ελαχίστων προθεσμιών που καθορίζονται στο παρόν άρθρο. 2. Στις ανοικτές διαδικασίες, η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε πενήντα δύο (52) ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού. ... 5. Όταν οι προκηρύξεις καταρτίζονται και αποστέλλονται με ηλεκτρονικά μέσα σύμφωνα με τη μορφή και τις λεπτομέρειες διαβίβασης που προβλέπονται στο Παράρτημα VIII σημείο 3, οι προθεσμίες παραλαβής των προσφορών που ορίζονται στις παραγράφους 2 και 4, για τις ανοικτές διαδικασίες, και η προθεσμία παραλαβής των αιτήσεων συμμετοχής που ορίζεται στην παράγραφο 3 εδάφιο α), για τις κλειστές και με διαπραγμάτευση διαδικασίες και τον ανταγωνιστικό διάλογο, μπορούν να συντμηθούν κατά επτά (7) ημέρες. 6. Σύντμηση κατά πέντε (5) ημέρες των προθεσμιών παραλαβής των προσφορών που ορίζονται στην παράγραφο 2 και στην παράγραφο 3 εδάφιο β), είναι δυνατή όταν η αναθέτουσα αρχή παρέχει, με ηλεκτρονικό μέσο και από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης, σύμφωνα με το Παράρτημα VIII, ελεύθερη, άμεση και πλήρη πρόσβαση στη συγγραφή υποχρεώσεων και στα λοιπά τεύχη του διαγωνισμού, προσδιορίζοντας στο κείμενο της προκήρυξης την ηλεκτρονική διεύθυνση στην οποία διατίθεται η εν λόγω τεκμηρίωση. Η σύντμηση αυτή μπορεί να ορίζεται επιπλέον της μείωσης που προβλέπεται στην παράγραφο 5. [...]».

8. Τα άρθρα 134 και 136 του Ν. 4281/2014 «Μέτρα Στήριξης και Ανάπτυξης της Ελληνικής Οικονομίας, Οργανωτικά Θέματα Υπουργείου Οικονομικών και άλλες διατάξεις» με τα οποία ορίζονται ότι: «...134. Οι διατάξεις του παρόντος Τίτλου εφαρμόζονται κατά την ανάθεση και εκτέλεση, με τη χρήση Τεχνολογιών Πληροφορικής και Επικοινωνιών (ΤΠΕ), δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών του Μέρους Β' του παρόντος από αναθέτουσες αρχές / αναθέτοντες φορείς. Μπορεί επίσης να εφαρμόζονται στις συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων και στις συμβάσεις του ν. 3389/2005 (Α' 232), εφόσον τούτο ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. [...] 136. 1. Οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το ΕΣΗΔΗΣ σε όλα τα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος, από την υποβολή του αιτήματος μέχρι την υπογραφή και την εκτέλεση των συμβάσεων αυτών, με εκτιμώμενη αξία ίση ή ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας ο χρόνος έναρξης υποχρεωτικής εφαρμογής του συνόλου ή μέρους από τις διατάξεις του παρόντος τίτλου μπορεί να μετατίθεται, σε όλες ή ορισμένες κατηγορίες δημοσίων συμβάσεων, για όλες ή για ορισμένες αναθέτουσες αρχές και σε όλες τις αποφάσεις ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων ή σε μέρη αυτών...». Επιπλέον, με την παρ. 3 του άρθρου 201 του ίδιου Νόμου, ορίζεται ότι: «...3. Η ισχύς των άρθρων 134 έως 138, αρχίζει ως προς τις προμήθειες και υπηρεσίες, όσον αφορά τους φορείς της Κεντρικής Διοίκησης όπως ορίζεται στο άρθρο 14 του ν. 4270/2014 την 1η Ιουλίου 2014, όσον αφορά τους φορείς της Γενικής Κυβέρνησης την 1η Οκτωβρίου 2014 και όσον αφορά το σύνολο του δημόσιου τομέα την 1η Οκτωβρίου 2015. ...».

9. Την αριθμ. Π1/2390 απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας (ΦΕΚ 2677/Β/2013) με την οποία καθορίστηκαν οι Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

10. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Μαραθώνος αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης βάσει της παραγράφου 1, περίπτωση α' του άρθρου 25 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 συνολικού προϋπολογισμού € 540.718,38 χωρίς Φ.Π.Α., συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή γνώμης σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 6 και 8 του Π.Δ. 60/2007 και του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει.

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. Με τη διάταξη του άρθρου 25 παράγραφος 1, περίπτωση α' του Π.Δ. 60/2007, παρέχεται η δυνατότητα στις Αναθέτουσες Αρχές να συνάπτουν συμβάσεις με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, με την προϋπόθεση: α) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, β) να μην έχει υποβληθεί κατά την 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 και γ) να μην τροποποιούνται ουσιαστικά οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση.

13. Ειδικότερα δε, σχετικά με την υπό σημείο α) προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, παγίως έχει κριθεί ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 1, περίπτωση α' του άρθρου 25 του Π.Δ. 60/2007, συνέχεται άμεσα με τον προηγηθέντα αυτής διαγωνισμό, με συνέπεια η μη νομιμότητα της υποκειμένης 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).

14. Ως προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου δεν διαπιστώνονται πλημμέλειες ως προς τη σύνταξη των όρων, τη διεξαγωγή του διαγωνισμού και τις διατυπώσεις δημοσιότητας, ικανές να πλήξουν τη νομιμότητα του διαγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα:

α) Οι πληροφορίες που δημοσιεύθηκαν σε εθνικό επίπεδο ήταν διαφορετικές από αυτές που εστάλησαν στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή. Στο άρθρο 3 «Προϋπολογισμός», σελ. 4 και 5 της Διακήρυξης ορίζονται οι τέσσερις (4) Ομάδες: Ομάδα 1 Πετρέλαιο Θέρμανσης, Ομάδα 2 Πετρέλαιο Κίνησης, Ομάδα 3 Βενζίνη Αμόλυβδη και Ομάδα 4 Λιπαντικά ανά Νομικό Πρόσωπο (τέσσερα νομικά πρόσωπα και ο Δήμος Μαραθώνα) της Διακήρυξης, με ρητή αναφορά στην αριθμ 15/2015 Μελέτη όπου αναλύονται το σύνολο των ειδών των Λιπαντικών.

Στο έντυπο δημοσίευσης του διαγωνισμού «Προκήρυξη Σύμβασης» της Ε.Ε.Ε.Ε., στο εδάφιο II.1.8 «Τμήματα» αναφέρεται ότι η εν λόγω Σύμβαση υποδιαιρείται σε παρτίδες και ότι μπορούν να υποβληθούν προσφορές για ένα ή περισσότερα Τμήματα. Επιπρόσθετα, όμως, στο εδάφιο II.3 «Πληροφορίες σχετικά με τα Τμήματα» αναφέρεται ότι τα Τμήματα είναι πέντε (5) χωρίς ωστόσο να γίνεται καμία αναφορά στα είδη, τις ποσότητες και την προϋπολογισθείσα δαπάνη κάθε Τμήματος, αναφέροντας όμως το σύνολο των CPV των υπό προμήθεια ειδών σε κάθε ένα από τα Τμήματα.

Από τα προαναφερόμενα προκύπτει ότι, βάσει της Διακήρυξης, οι Ομάδες του διαγωνισμού είναι τέσσερις (4), όσα και τα υπό προμήθεια είδη, ενώ βάσει του εντύπου δημοσίευσης στην Ε.Ε.Ε.Ε., οι Ομάδες του διαγωνισμού είναι πέντε (5), όσοι και οι Φορείς (Κοινοφελής Επιχείρηση Δήμου Μαραθώνα, ΝΠΔΔ Κοινωνικής Προστασίας, Αλληλεγγύης Προσχολικής Αγωγής και Μουσικής Παιδείας, Α΄ Σχολική Επιτροπή, Β΄ Σχολική Επιτροπή και Δήμος Μαραθώνα) της Αναθέτουσας Αρχής, με αποτέλεσμα να φαίνεται ότι καλούνται οι συμμετέχοντες να προσφέρουν οπωσδήποτε για όλα τα υπό προμήθεια είδη (λιπαντικά, πετρέλαιο κίνησης, βενζίνη, πετρέλαιο θέρμανσης).

Περαιτέρω, στο άρθρο 11 «Εγγυήσεις» της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «α) Η εγγύηση για τη συμμετοχή στη δημοπρασία ορίζεται σε ποσοστό 1% της προεκτιμώμενης αξίας της σύμβασης εκτός Φ.Π.Α., η οποία ανέρχεται στο ποσό των 5.407,18 €, εφόσον ο προσφέρων συμμετέχει για το σύνολο των υπό προμήθεια ειδών, άλλως για ποσό που θα καλύπτει το 1% της προϋπολογισθείσας δαπάνης προ Φ.Π.Α. για την συγκεκριμένη ομάδα ή ομάδες της μελέτης. [...]»». Στο έντυπο δημοσίευσης του διαγωνισμού «Προκήρυξη Σύμβασης» της Ε.Ε.Ε.Ε., στο εδάφιο III.1.1 «Εγγυήσεις» αναφέρεται ότι η Εγγύηση Συμμετοχής ανέρχεται σε ποσοστό 1%.

Σύμφωνα με την Διακήρυξη, οι Ομάδες του διαγωνισμού είναι τέσσερις (4) και γίνονται δεκτές προσφορές ανά Ομάδα με αντίστοιχη κατάθεση Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής, το ύψος της οποίας μπορεί να υπολογιστεί αφού στις σελ. 4 και 5 της Διακήρυξης αναφέρεται η προϋπολογισθείσα δαπάνη για κάθε Ομάδα. Ωστόσο, σύμφωνα με το έντυπο της Ε.Ε.Ε.Ε., οι Ομάδες του διαγωνισμού είναι πέντε (5) και γίνονται δεκτές προσφορές ανά Τμήμα, αλλά χωρίς να αναφέρονται τα είδη και κυρίως η προϋπολογισθείσα δαπάνη κάθε Τμήματος, έτσι ώστε να είναι σε θέση οι υποψήφιοι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό να υποβάλουν προσφορά με αντίστοιχη κατάθεση της Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής.

β) Η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε συμπληρωμένο το έντυπο «Προκήρυξη για Τροποποιήσεις ή Πρόσθετες Πληροφορίες» στην Ε.Ε.Ε.Ε., με το οποίο θα ενημέρωνε τους υποψήφιους αναδόχους που είχαν λάβει γνώση για τον διαγωνισμό μέσω του εντύπου «Προκήρυξη Σύμβασης» ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μετατίθεται για την 23η Ιουλίου 2015 και ώρα 14:00 μμ, σύμφωνα με την από 13-7-2015 Απόφασή της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Μαραθώνος, ώστε να δοθεί δημοσιότητα στο γεγονός της μετάθεσης.

Σημειώνεται, πάντως, ότι, λόγω της διεξαγωγής του διαγωνισμού ηλεκτρονικά στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, υπήρχε η δυνατότητα των ενδιαφερόμενων άμεσης ελεύθερης και πλήρους πρόσβασης στην διακήρυξη και στους λοιπούς όρους του διαγωνισμού καθώς και ηλεκτρονική ενημέρωση σχετικά με την μετάθεση της ημερομηνίας.

γ) Διαπιστώνεται, επίσης, ότι περιελήφθη όρος που αντίκειται στην εθνική νομοθεσία, καθώς με ανακοίνωσή του ο Δήμος επέτρεψε την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης περί μελλοντικής προσκόμισης εγγυητικής επιστολής αντί για την υποβολή εγγυητικής επιστολής, παρά το γεγονός ότι κάτι τέτοιο δεν προβλεπόταν στη νομοθεσία (πχ σχετικές Πράξεις Νομοθετικού Περιεχομένου).

Η παράλειψη ή η πλημμελής τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας συνιστά παράβαση ουσιαστικού τύπου της διαδικασίας του διαγωνισμού, η οποία πλήττει τις αρχές του

ανταγωνισμού, της πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και της διαφάνειας (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα 935/2013, 408/2012, 2263, 1780, 1646/2011). Αντίστοιχα, η πρόβλεψη στη διακήρυξη περί υποβολής υπεύθυνης δήλωσης αντί εγγυητικής επιστολής αντίκειται στην εθνική νομοθεσία περί προμηθειών. Εν προκειμένω, όμως, κρίνεται ότι οι διαπιστωθείσες πλημμέλειες δεν συνεχονται με το άγνοο αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς κατά το κρίσιμο διάστημα της διεξαγωγής του διαγωνισμού (υποβολή προσφορών την 16.07.2015 και μετά από μετάθεση την 23.07.2015) οι ισχύοντες κεφαλαιακοί έλεγχοι και η τραπεζική αργία επηρέασαν εν τοις πράγμασιν την έκδοση εγγυητικών επιστολών από τα εγχώρια χρηματοπιστωτικά ιδρύματα (η οποία άρχισε να σταδιακά να ομαλοποιείται μετά την έκδοση της ΠΝΠ ΦΕΚ Α84 18-07-2015), αποτρέποντας τους οικονομικούς φορείς από την υποβολή προσφορών και δημιουργώντας σοβαρά εμπόδια στην ανάπτυξη του υγιούς και ελεύθερου ανταγωνισμού.

15. Ως προς τις λοιπές προϋποθέσεις, διαπιστώνεται ότι πράγματι στον υπό κρίση διαγωνισμό δεν υπεβλήθη καμία προσφορά και ότι η αναθέτουσα αρχή αιτείται την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων του διαγωνισμού.

16. Κατόπιν των ανωτέρω και από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις προαναφερόμενες διατάξεις, διαπιστώνεται ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις για την υιοθέτηση της εξαιρετικής διαδικασίας διαπραγμάτευσης εκ μέρους του Δήμου Μαραθώνος για το υποβληθέν αίτημα, κατ' εφαρμογή του άρθρου 25, παράγραφος 1, εδάφιο α' του Π.Δ. 60/2007.

17.

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του υποβληθέντος αιτήματος, εισηγούμαι:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης προς το Δήμο Μαραθώνος σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας «Καυσίμων και Λιπαντικών», για τις ανάγκες του Δήμου Μαραθώνος και των Νομικών του Προσώπων, συνολικού προϋπολογισμού € 540.718,38 χωρίς Φ.Π.Α., οικονομικού έτους 2015, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

1 Σεπτεμβρίου 2015

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΡΑΪΚΟΣ