



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ

46/2015

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 25η Φεβρουαρίου του έτους δύο χιλιάδες δεκαπέντε (2015) ημέρα Τετάρτη και ώρα 11:00 και επί της οδού Λ. Κηφισίας 7 στην Αθήνα, 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 (Προεδρεύουσα)

2. Μέλη: Καραμανλής Ευάγγελος

Κουλούρη Ιωάννα

Λουρίκας Δημήτριος

Σταθακόπουλος Δημήτριος

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

Γραμματέας: Στυλιανή Τσιάβου

Εισηγητής: Αλέξιος Τάττης, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν ο εισηγητής κ. Τάττης Αλέξιος, καθώς και η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων κ. Καζιρή Χριστίνα, οι οποίοι αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας καυσίμων προϋπολογισμού 700.530,00€ πλέον ΦΠΑ, του Δήμου Αχαρνών και των Νομικών Προσώπων του.

Με το υπ' αριθ. πρωτ. 7378/05.02.2015 αίτημα του Δήμου Αχαρνών προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το οποίο παρελήφθη στις 06.02.2015 (αριθ. πρωτ. εισερχ. 580), ο Δήμος αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια καυσίμων του Δήμου Αχαρνών και των Νομικών του Προσώπων. Ο συνολικός προϋπολογισμός του αιτήματος ανέρχεται σε 700.530,00€ πλέον ΦΠΑ (861.651,90€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ).

Ι. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

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

1. Με την υπ' αριθμ. 210/19.09.2014 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Αχαρνών, το Δημοτικό Συμβούλιο ενέκρινε τη διενέργεια προμήθειας καυσίμων του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων ("Δημοτική Φροντίδα Αχαρνών", "Σχολική Επιτροπή Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης" και "Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης"), προϋπολογισμού 700.530,00€ πλέον ΦΠΑ, με ανοιχτό διαγωνισμό.

2. Με την υπ' αριθμ. 535/24.09.2014 απόφασή της (ΑΔΑ: ΨΩ8ΥΩΨ8-ΝΘΡ), η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Αχαρνών: α) ενέκρινε την υπ' αριθμ. 66/2014 μελέτη της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου, β) συνέταξε τους όρους διακήρυξης του προκηρυχθεισομένου διαγωνισμού και γ) κάλεσε τον Δήμαρχο Αχαρνών να προχωρήσει στις δέουσες ενέργειες.

3. Ακολούθως, ο Δήμαρχος Αχαρνών εξέδωσε την υπ' αριθμ. 76925/26.09.2014 διακήρυξη ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού για την προμήθεια καυσίμων (πετρελαίου θέρμανσης και κίνησης) για τις ανάγκες του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων, προϋπολογισμού 700.530,00€ πλέον ΦΠΑ (συνολικού προϋπολογισμού, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 23%, 861.651,90€). Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 14.11.2014. Το ακριβές αντικείμενο της προμήθειας (είδη, ποσότητες, δαπάνη ανά νομικό πρόσωπο) περιεγράφη και προϋπολογίσθηκε καταρχήν, στο προσέμιο της διακήρυξης, σε συνδυασμό και με την προαναφερόμενη μελέτη της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών ως εξής:

ΕΙΔΟΣ	ΔΗΜΟΣ ΑΧΑΡΝΩΝ (ομάδα "Α")		ΔΗ.ΦΑ. (ομάδα "Β")		ΣΧΟΛΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ Α'ΒΑΘΜΙΑΣ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ (ομάδα "Γ")		ΣΧΟΛΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ Β'ΒΑΘΜΙΑΣ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ (ομάδα "Δ")	
	Ποσό τ. (λίτρα)	Δαπάνη	Ποσό τ. (λίτρα)	Δαπάνη	Ποσότ. (λίτρα)	Δαπάνη	Ποσότ. (λίτρα)	Δαπάνη
Πετρέλαιο Θέρμανσης	63.000	71.820,00 (ΦΠΑ 23% 16.518,60)	28.500	32.490,00 (ΦΠΑ 23% 7.472,70)	100.000	114.000,00 (ΦΠΑ 23% 26.220,00)	120.000	136.800,00 (ΦΠΑ 23% 31.464,00)
Πετρέλαιο Κίνησης	303.000	345.420,00 (ΦΠΑ 23% 79.446,60)	-	-	-	-	-	-
ΣΥΝΟΛΑ		417.240,00 (ΦΠΑ 23% 95.965,20)		32.490,00 (ΦΠΑ 23% 7.472,70)		114.000,00 (ΦΠΑ 23% 26.220,00)		136.800,00 (ΦΠΑ 23% 31.464,00)
ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΔΑΠΑΝΗ: 700.530,00€ πλέον ΦΠΑ (ΦΠΑ 23% = 161.121,90€ , συνολικός προϋπολογισμός συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 861,651.90€)								

Η διακήρυξη τμηματοποιεί την προμήθεια καυσίμων ανά νομικό πρόσωπο (αναφερόμενη σε τέσσερις ομάδες, κατ' αντιστοιχία των τεσσάρων νομικών προσώπων), ορίζει δε ότι ο κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει προσφορά είτε για κάθε ομάδα, είτε για όλες τις ομάδες για τις οποίες ενδιαφέρεται. Από το διαγωνισμό

αποκλείονται προσφορές που αφορούν ορισμένα μόνο είδη μιας ομάδας. Εξάλλου, βάσει του άρθρου Ε1 της διακήρυξης, η παράδοση των ποσοτήτων των καυσίμων θα γίνεται περιοδικά, ανάλογα με τις προκύπτουσες ανάγκες των υπηρεσιών, μετά από έγγραφη παραγγελία της κάθε Υπηρεσίας και εντός χρονικού διαστήματος τριών (3) εργάσιμων ημερών από την λήψη της παραγγελίας. Η χρονική διάρκεια της σύμβασής ή των συμβάσεων που θα υπογραφούν ορίζεται σε εικοσιτέσσερις (24) μήνες από την υπογραφή της.

4. Ως κριτήριο κατακύρωσης ορίστηκε, στο προοίμιο της διακήρυξης, το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες επί τοις εκατό στο τιμολόγιο της μελέτης, στην εκάστοτε μέση τιμή χονδρικής πώλησης του είδους της Περιφέρειας Αττικής, κατά την ημερομηνία παράδοσης. Εξάλλου, στο άρθρο Β7 περί εγγυήσεων, ορίζεται ότι εκδίδεται εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό ποσού που αντιστοιχεί σε ποσοστό ένα τοις εκατό (1%) επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης του συνόλου της προμήθειας (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), ενώ για την καλή εκτέλεση των όρων της σύμβασης που θα συναφθεί, ο προμηθευτής υποχρεούται να καταθέσει εγγυητική επιστολή που να καλύπτει το δύο τοις εκατό (2%) της συνολικής συμβατικής αξίας των ειδών του φορέα (πλέον ΦΠΑ).

5. Περίληψη των ουσιωδών όρων και στοιχείων της διακήρυξης του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά (25.09.2014) προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε.), ενώ αμέσως άρχισε να διατίθεται στην βάση δεδομένων TED (Καθημερινό Ηλεκτρονικό Δελτίο Υποβολής Προσφορών) (αριθμ. 2014/126038). Παράλληλα, η υπ' αριθμ. 76022/24.09.2014 περίληψη της διακήρυξης (ΑΔΑ: ΒΘΨΣΩΨ8-ΝΦ6), δημοσιεύθηκε στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδα της Κυβέρνησης (ΦΕΚ 616/26.09.2014) και στις εφημερίδες "ΓΕΝΙΚΗ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ" (26.09.2014), "ΗΧΩ ΤΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ" (26.09.2014), "ΑΤΤΙΚΟ ΒΗΜΑ" (26.09.2014), και "ΣΥΝΕΙΔΗΣΗ" (26.09.2014). Η διακήρυξη αναρτήθηκε, επίσης, στην επίσημη ηλεκτρονική ιστοσελίδα του Δήμου (www.acharnes.gr) στις 26.09.2014, καθώς και στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) με κωδικό ΑΔΑΜ 15 PROC-002562332.

6. Κατά την ημέρα διεξαγωγής του διαγωνισμού (14.11.2014), η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμών διαπίστωσε ότι είχαν υποβληθεί δύο προσφορές για το σύνολο της προμήθειας, εκ μέρους των εταιρειών "ΕΚΟ ΑΝΩΝΥΜΗ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΤΡΕΛΑΙΟΕΙΔΩΝ" και "PLUS OIL ΕΜΠΟΡΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΑΕ". Όπως προκύπτει από το υπ' αριθμ. 90248/14.11.2014 πρακτικό της Επιτροπής, η Επιτροπή αφού ήλεγξε τα δικαιολογητικά συμμετοχής των διαγωνιζομένων επεσήμανε ότι:

- Η εταιρεία "ΕΚΟ ΑΝΩΝΥΜΗ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΤΡΕΛΑΙΟΕΙΔΩΝ" δεν διέθετε την αναγκαία κατάσταση προσωπικού, ενώ η βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας που είχε υποβάλει δεν κάλυπτε την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού (κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού).

- Η εταιρεία "PLUS OIL ΕΜΠΟΡΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΑΕ" δεν είχε προσκομίσει εγγυητική επιστολή συμμετοχής, δεν είχε προσκομίσει βεβαίωση από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή που να αναφέρει ότι δεν είχε τεθεί η εταιρεία σε πτωχευτικό συμβιβασμό, ενώ η φορολογική ενημερότητα που προσκόμισε δεν κάλυπτε την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού (κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού).

Στη βάση αυτών των πλημμελειών, η Επιτροπή Διενέργειας απέρριψε και τους δύο διαγωνιζόμενους και εν τέλει κήρυξε το διαγωνισμό άγονο.

Ακολούθως, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Αχαρνών, με την υπ' αριθμ. 764/03.12.2014 απόφασή της, επικύρωσε το ως άνω πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών (δεδομένου ότι δεν είχαν ασκηθεί ενστάσεις από τις εταιρείες που υπέβαλαν προσφορά), κήρυξε άγονο ως προς όλες τις ομάδες/τμήματα τον ανοικτό διαγωνισμό που διενεργήθηκε στις 14.11.2014 και κάλεσε το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου να προχωρήσει στην απευθείας ανάθεση της εν λόγω προμήθειας μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης.

7. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Αχαρνών, με το υπ' αριθμ. 7378/05.02.2015 έγγραφο – αίτημά του, στο οποίο και επισυνάπτεται σχέδιο απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου, αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, “προκειμένου να συνεχιστεί η διαδικασία με διαπραγμάτευση μετά από άγονο ανοικτό διαγωνισμό”, για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια καυσίμων του Δήμου Αχαρνών και των Νομικών του Προσώπων, συνολικού προϋπολογισμού 700.530,00€ πλέον ΦΠΑ.

II. Νομικό πλαίσιο

8. 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 επιπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. [...]».

9. Η διάταξη του άρθρου 6 παρ. 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 από αυτές που καλύπτονται από την περίπτωση β) στοιχείο ιι) που συνάπτονται από τις αναθέτουσες αρχές, οι οποίες είναι κεντρικές κυβερνητικές αρχές του Παραρτήματος ΙV. [...]

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 ΙV [...]”

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 2 του υπ' 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, αντιστοίχως.

10. Στο άρθρο 25 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 60/2007 ορίζεται ότι «*Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού*» (άρθρο 31 Οδηγίας 2004/18/ΕΚ), 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» [...] 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...”*

11. Στη διάταξη του άρθρου 24 του ιδίου π.δ. [με τίτλο «*Διαδικασία με διαπραγμάτευση, με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού*» (άρθρο 30 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)] προβλέπεται ότι: «*1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, αφού*

προηγηθεί δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) Σε περίπτωση μη κανονικών προσφορών ή κατάθεσης προσφορών που είναι απαράδεκτες σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, τηρουμένων των οριζόμενων στις διατάξεις των άρθρων 28, 39 έως 52 και 55, έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία ή ανταγωνιστικό διάλογο, με την προϋπόθεση ότι οι αρχικοί όροι της σύμβασης δεν τροποποιούνται ουσιωδώς. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να μη δημοσιεύουν προκήρυξη διαγωνισμού, εάν στη διαδικασία με διαπραγμάτευση περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες που πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 43 έως 50 και οι οποίοι, κατά την ανοικτή ή κλειστή διαδικασία ή τον προηγηθέντα ανταγωνιστικό διάλογο, υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές...».

12. Στο άρθρο 209 παρ. 1 του ν. 3463/2006 «Κύρωση του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων» (ΦΕΚ Α' 114), 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. 3 β και γ) και 23 της με αριθ. 11389/93 Απόφασης του Υπουργού Εσωτερικών με τίτλο «Ενιαίος Κανονισμός Προμηθειών Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ε.Κ.Π.Ο.Τ.Α)» (ΦΕΚ Β' 185), όπως ισχύει, ορίζεται ότι: «3. Κατά την ανάθεση συμβάσεων προμηθειών των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης, οι αναθέτουσες αρχές, εφαρμόζουν τις διαδικασίες που ορίζονται στις παραγράφους 4, 5 6 και 7 του προηγούμενου άρθρου, λαμβάνοντας σχετική απόφαση που υποβάλουν στον οικείο νομάρχη για έλεγχο νομιμότητας ως εξής: α) [...]. β) Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν συμβάσεις προμηθειών με τη διαδικασία των διαπραγματεύσεων σε περίπτωση υποβολής μη κανονικών προσφορών στα πλαίσια ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού ή σε περίπτωση κατά την οποία οι προσφορές, κατά τους παραπάνω διαγωνισμούς, δεν είναι δυνατό να γίνουν δεκτές βάσει των διατάξεων του παρόντος, κανονισμού και υπό την προϋπόθεση ότι οι αρχικοί όροι της σύμβασης δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς. Στις περιπτώσεις αυτές οι αναθέτουσες αρχές δημοσιεύουν προκήρυξη διαγωνισμού κατά το υπόδειγμα της περίπτωσης Γ του παραρτήματος Ι του παρόντος εφόσον το προϋπολογιζόμενο ποσό της προμηθείας κατά τον χρόνο της δημοσίευσης της προκήρυξης είναι ίσο ή μεγαλύτερο των 200.000 ECU, εκτός ΦΠΑ, εκτός εάν σ' αυτές τις διαδικασίες, μέσω διαπραγματεύσεων περιλαμβάνονται όλες οι επιχειρήσεις που πληρούν τους όρους των αρχικών διαγωνισμών που έγιναν και επί πλέον, κατά την προηγηθείσα κλειστή ή ανοικτή διαδικασία είχαν υποβάλει προσφορές σύμφωνα με τις τυπικές προϋποθέσεις της διαδικασίας των διαγωνισμών αυτών. Όταν το προϋπολογιζόμενο ποσό της προμηθείας είναι μικρότερο των 200.000 ECU η ανωτέρω δημοσίευση δεν απαιτείται. γ. 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. Στην περίπτωση που η αξία της προμηθείας, χωρίς τον Φ.Π.Α., είναι ίση ή μεγαλύτερη των 200.000 ευρώαϊκών λογιστικών μονάδων η παραπάνω έκθεση υποβάλλεται και την επιτροπή ευρωπαϊκών κοινοτήτων. 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 και της παραγράφου 20 του άρθρου 3 του Ν. 1797/1988 [...]».

13. Στις 12-12-2012 δημοσιεύθηκε πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου (ΦΕΚ Α' 240), η οποία κυρώθηκε με το ν. 4111/2013 (ΦΕΚ Α' 18) και η οποία στο άρθρο 4 προβλέπει: «... Η διαδικασία ανάδειξης προμηθευτών-χορηγητών, για προμήθειες α. τροφίμων, β. λοιπών αναλώσιμων ειδών παντοπωλείου καθώς και παρόχων των σχετικών υπηρεσιών, γ. πετρελαιοειδών και δ. φαρμάκων και αναλώσιμου υγειονομικού υλικού για τις ανάγκες των Δήμων, των Ιδρυμάτων και όλων των νομικών τους προσώπων, πραγματοποιείται εφεξής από τους οικείους Δήμους. Κάθε γενική ή ειδική διάταξη που αντιτίθεται στο παρόν, καταργείται. 2. Οι ανωτέρω προμήθειες πραγματοποιούνται σύμφωνα με τη διαδικασία που προβλέπεται στον Ενιαίο Κανονισμό Προμηθειών των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (ΕΚΠΟΤΑ), όπως αυτός ισχύει κάθε φορά...».

14. Οι διατάξεις του άρθρου 30 παρ. 1 και 5 του π.δ. 60/2007 ορίζουν ότι: «1. Οι Προκηρύξεις περιλαμβάνουν τις πληροφορίες που αναφέρονται στο Παράρτημα VII Α καθώς και κάθε πρόσθετη πληροφορία που κρίνεται χρήσιμη από την αναθέτουσα αρχή, χρησιμοποιώντας τα τυποποιημένα έντυπα που εγκρίνονται από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή σύμφωνα με την προβλεπόμενη στο άρθρο 77 παράγραφος 2 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, διαδικασία. [...] 5. [...] Οι Προκηρύξεις που δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο δεν πρέπει να περιλαμβάνουν πληροφορίες διαφορετικές από εκείνες που περιέχονται στις Προκηρύξεις που αποστέλλονται στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή [...]».

15. Τέλος, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 3 του π.δ. 60/2007 «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ “περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών”, όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2005/51/ΕΚ της Επιτροπής και την Οδηγία 2005/75/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16^{ης} Νοεμβρίου 2005» (Α' 64) ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις ενεργώντας με διαφάνεια».

III. Νομική Εκτίμηση

16. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Αχαρνών, 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 προμηθειών προϋπολογισμού 700.530,00€ 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.

17. Επισημαίνεται ότι, 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). Συναφώς, παρατηρείται 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 συστατικής 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).

18. Η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., έχουσα το δικαίωμα υπαγωγής κάθε υποβληθέντος αιτήματος στην ορθή διάταξη νόμου, κρίνει ότι, εν προκειμένω, με βάση τα πραγματικά περιστατικά που επικαλείται στο αίτημά της η αναθέτουσα αρχή, τυγχάνει εξέτασης η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 24, παρ. 1 περ. α' του π.δ. 60/2007. Η εφαρμογή της διάταξης αυτής, βάσει της οποίας οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, με δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, προϋποθέτει:

α) Να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία.

Μάλιστα, όπως παγίως έχει κριθεί, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της περ. α της παρ. 1 του άρθρου 24 του π.δ. 60/2007, συνεχεται 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. 466/2011, 1249/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

β) Να έχουν υποβληθεί κατά την ανωτέρω (υπό σημείο α) νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις.

γ) Να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση.

19. Βάσει των στοιχείων του φακέλλου της κρινόμενης υπόθεσης, και αξιολογώντας τη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 24, παρ. 1, περ. α' του π.δ. 60/2007, μπορούν να συναχθούν τα εξής:

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

Ο Δήμος Αχαρνών διενήργησε διεθνή ανοικτό διαγωνισμό, συνολικού προϋπολογισμού δαπάνης 700.530,00€ πλέον ΦΠΑ, για την προμήθεια καυσίμων για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου και των Νομικών Προσώπων του. Ωστόσο, από τα στοιχεία του φακέλλου της κρινόμενης υπόθεσης σε σχέση με τον διενεργηθέντα διαγωνισμό, διαπιστώνονται ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες προεχόντως στην τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας ιδίως σε ευρωπαϊκό επίπεδο. Συγκεκριμένα:

Οι όροι και οι πληροφορίες της διακήρυξης απεστάλησαν για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε.) στις 25.09.2014, πλην όμως στο κείμενο της δημοσίευσης δεν έχουν συμπληρωθεί ή έχουν συμπληρωθεί ανακριβώς κρίσιμα πεδία (με αποτέλεσμα να προκύπτουν διαφοροποιήσεις σε σχέση με το περιεχόμενο των αντίστοιχων δημοσιεύσεων στον εθνικό τύπο). Ακριβέστερα και ιδίως, στο εν λόγω κείμενο δηλώνεται ότι η παρούσα σύμβαση δεν υποδιαιρείται σε παρτίδες/τμήματα, οπότε και δεν είναι δυνατό να υποβληθούν προσφορές για συγκεκριμένες παρτίδες (ενώ, αντιθέτως, στην διακήρυξη του διαγωνισμού σαφώς ορίζεται ότι η προμήθεια αποτελείται από τέσσερις ομάδες που αντιστοιχούν στα εμπλεκόμενα νομικά πρόσωπα). Η πλημμέλεια αυτή συνεπάγεται προφανώς ότι δεν επιμερίζεται ανά ομάδες ούτε ο προϋπολογισμός της προμήθειας ούτε οι επιμέρους ποσότητες. Σημειωτέον ότι πέραν αυτής, εντοπίζονται και άλλες ελλείψεις στη δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε., όπως π.χ. η συγκεκριμενοποίηση των προϋποθέσεων συμμετοχής, οι βασικοί όροι χρηματοδότησης και πληρωμής κ.λπ.

Ιδίως η πλημμέλεια που αφορά την μη περιγραφή των ομάδων/τμημάτων κρίνεται ουσιώδης, διότι, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 30 παρ. 1 του ΠΔ 60/2007, στη δημοσίευση των όρων της διακήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε. δεν καθορίστηκαν με ακρίβεια οι ποσότητες, η αξία και τα τμήματα των προς προμήθεια ειδών. Κατά τη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου, για το σύννομο της διαδικασίας δεν αρκεί η αποστολή του σχετικού εντύπου στην Επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε., αλλά απαιτείται η ορθή συμπλήρωση όλων των πεδίων του εντύπου αυτού, άλλως θίγονται ευθέως οι αρχές της διαφάνειας και του ανταγωνισμού (βλ. ΕλΣυν VI Τμήμα 935/2013 με περαιτέρω παραπομπές, την Κατευθυντήρια Οδηγία 4/2014 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. και ενδεικτικά τις αποφάσεις 154/2014 και 114/2014 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.). Εξάλλου, η εν λόγω πλημμέλεια συνεπάγεται και διάσταση του περιεχομένου της δημοσίευσης στο εθνικό και στο ενωσιακό επίπεδο, γεγονός που ενδεχομένως δημιουργεί ασάφεια ως προς το αντικείμενο της προμήθειας (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις 372/2014, 263/2014 και 326/2013 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.).

Συμπερασματικά, επισημαίνεται ότι η παράβαση ή η πλημμελής τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας του διαγωνισμού, η οποία ενδέχεται να πλήξει τις αρχές του ανταγωνισμού, της πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και της διαφάνειας και καθιστά μη νόμιμη την διαγωνιστική διαδικασία, με επακόλουθο τη μη νόμιμη προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης (βλ. ΕλΣυν VI Τμήμα 935/2013, 408/2012, 2654/2012, 2263/2011 κλπ). Κατά συνέπεια, προκαλείται ουσιώδης ασάφεια, αοριστία και σχετική σύγχυση σε εν δυνάμει ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, οι οποίοι ενδεχομένως αποτράπηκαν να συμμετάσχουν

στη διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας σχετική προσφορά. Ως εκ τούτου, είναι πρόδηλη η παραβίαση της αρχής της απαγόρευσης των διακρίσεων, της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων οικονομικών φορέων και ιδίως της ισότιμης πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, καθώς και της αρχής της διαφάνειας, της σαφήνειας και του υγιούς και ελεύθερου ανταγωνισμού.

β) Συνεπώς, λόγω μη συνδρομής του όρου της προηγούμενης νόμιμης διεξαγωγής της διαδικασίας του διαγωνισμού, η εξέταση των λοιπών όρων προσφυγής στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης παρέλκει ως αλυσιτελής.

Κατόπιν των ανωτέρω και από τη μελέτη του οικείου φακέλλου, 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 24 του π.δ. 60/2007. Επίσης δεν προέκυψαν άλλα στοιχεία που να αποδεικνύουν και να αιτιολογούν ειδικά με επαρκή τεκμηρίωση την συνδρομή περιστάσεων που επιτρέπουν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις λοιπές διατάξεις των άρθρων 24 ή 25 του π.δ. 60/2007.

IV. Συμπέρασμα

20. 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.Α.ΔΗ.ΣΥ. ομόφωνα αποφάσισε::

Τη μη αποδοχή του αιτήματος του Δήμου Αχαρνών 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 της προμήθειας καυσίμων του Δήμου Αχαρνών και των Νομικών του Προσώπων, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 700.530,00€ πλέον ΦΠΑ, σε συνέχεια προηγηθέντος διαγωνισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις του π.δ. 60/2007, άρθρο 24, παρ. 1, περ. α', **λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.**

ΑΘΗΝΑ, 25 ΦΕΒΡΟΥΑΡΙΟΥ 2015

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Η ΑΝΤΙΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΧΡΙΣΤΙΝΑ ΜΠΟΥΣΟΥΛΕΓΚΑ