



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ

128 / 2016

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

ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την **29η Ιουλίου 2016, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:30 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 Αναπληρωτή Αντιπροέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα Μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα Μέλη της Αρχής, παρέστησαν κατά τη συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης** (Αναπληρωτής Αντιπρόεδρος)
- 2. Δημήτριος Λουρίκας** (Μέλος) (μέσω τηλεδιάσκεψης)
- 3. Ευάγγελος Καραμανλής** (Μέλος)
- 4. Δημήτριος Σταθακόπουλος** (Μέλος)

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

Γραμματέας: Ευαγγελία Κασάπη

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

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν ο Εισηγητής κ. Κανελλόπουλος καθώς και η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων κ. Καξίρη οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

Ερώτημα: Το αριθμ. πρωτ. 25998/22-7-2016 έγγραφο του Δήμου Περιστερίου, το οποίο παραλήφθηκε από την Αρχή στις 26-7-2016 (αριθμ. πρωτ. 3339).

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 «Αμόλυβδης Βενζίνης», για τις ανάγκες του Δήμου Περιστερίου, προϋπολογισθείσας δαπάνης € 119.231,28 με Φ.Π.Α. ή € 96.936,00 χωρίς Φ.Π.Α., οικονομικών ετών 2016 και 2017, σε συνέχεια εν μέρει άγονου ανοικτού διεθνή διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

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

1.1 Με την αριθμ. 36872/9-10-2015 Διακήρυξη (ΑΔΑ: 15PROC003146502 2015-10-10) του, ο Δήμος Περιστερίου διενήργησε διεθνή ανοικτό διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την προμήθεια «Καυσίμων και Λιπαντικών» προϋπολογισθείσας δαπάνης € 1.627.647,32 με Φ.Π.Α. ή € 1.323.290,50 χωρίς Φ.Π.Α., οικονομικών ετών 2016 και 2017, με κριτήριο κατακύρωσης **α)** το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί του προϋπολογισμού για κάθε είδος Λιπαντικών, **β)** το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί της Μέσης Λιανικής Τιμής Πώλησης του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγρών Καυσίμων, για την Αμόλυβδη Βενζίνη και **γ)** το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί της Μέσης Χονδρικής Τιμής Πώλησης του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγρών Καυσίμων, για το Πετρέλαιο Θέρμανσης και Κίνησης. Το ποσοστό μπορεί να ήταν αρνητικό χωρίς να υπερβαίνει το 5%. Οι Ομάδες της Διακήρυξης ήταν δέκα (10): Ομάδα 1: Πετρέλαιο Κίνησης, Ομάδα 2: Πετρέλαιο Θέρμανσης, Ομάδα 3: Βενζίνη Αμόλυβδη, Ομάδα 4: Πολύτυπο Λιπαντικό Πετρελαιοκινητήρων SAE 15W-40, Ομάδα 5: Πολύτυπο Λιπαντικό Πετρελαιοκινητήρων SAE 10W-40 και Ομάδα 6: Λιπαντικό Υγρών Υδραυλικών Συστημάτων, Ομάδα 7: Υγρό κΥκλωμάτων Ψύξης Κινητήρων Εσωτερικής Καύσης, Ομάδα 8: Μονότυπο Λιπαντικό SAE 30, Ομάδα 9: Λιπαντικό Απορρυπαντικού Τύπου για Δίχρονους Βενζινοκινητήρες SAE 20 και Ομάδα 10: Υγρό αυτόματων Συστημάτων Μετάδοσης Κίνησης Τύπου ATF III. Επιπρόσθετα, η Σύμβαση είχε διάρκεια δώδεκα (12) μήνες. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 9η Νοεμβρίου 2015 και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ορίστηκε η 19η Νοεμβρίου 2015 και ώρα 15:00 μμ. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 25η Νοεμβρίου 2015 και ώρα 10:30 πμ. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 17513 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 16η Νοεμβρίου 2015.

Στο άρθρο 12 ορίζεται ότι: «γ. ... Λόγω του ότι η τιμή του λίτρου της αμόλυβδης βενζίνης, δεν παραμένει σταθερή αλλά αναπροσαρμόζεται, θα γίνουν δεκτές προσφορές οι οποίες θα προβλέπουν αναπροσαρμογές της τιμής».

1.2 Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα, στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 9η Οκτωβρίου 2016, η οποία και δημοσιεύτηκε την 14η Οκτωβρίου 2016 (S 199 - 360831).

1.3 Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ: 63ΨΚΩΞ2-ΦΡΞ) δημοσιεύτηκε την 14η Οκτωβρίου 2015 στις εφημερίδες «Ηχώ των Δημοπρασιών» & «Γενική Δημοπρασιών», την 15η Οκτωβρίου 2015 στην εφημερίδες «Ελεύθερος Διάλογος» & «Πρώτη του Περιστερίου».

1.4 Περίληψη της Διακήρυξης δημοσιεύτηκε στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως την 16η Οκτωβρίου 2015 (ΦΕΚ 545/2015).

1.5 Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.peristeri.gr την 9η Νοεμβρίου 2015.

1.6 Με το αριθμ. 1/25-11-2016 Πρακτικό (Ψηφιακά Υπογεγραμμένο) της, η Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού: **α)** αποσφράγισε τις προσφορές των επιχειρήσεων: «BUL. PAS. FUJI HAND CLEANSER ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ Ε.Π.Ε. (Ομάδες 4, 5, 6, 7, 8, 9 και 10)», «ΕΚΟ Α.Β.Ε.Ε. (Ομάδες 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9 και 10)», «ΦΡΑΓΓΗΣ & ΣΙΑ Ο.Ε. (Ομάδες 4, 5, 6, 7, 8, 9, και 10)», «ΟΙΚΟΘΕΡΜΑΝΣΗ Ε.Π.Ε. (Ομάδες 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 και 10)», «ΙΜΠΕΞ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ Α.Β.Ε.Ε.Ε. (Ομάδες 4, 5, 6, 7, 8,

9 και 10)», «ΕΤΜΕΚΑΤ Α.Ε. (Ομάδα 1)», «ELVIGRO Α.Β.Ε.Ε. (Ομάδες 4, 5, 6, 7, 8, 9 και 10)» και «2D GROUP Α.Ε. (Ομάδες 4, 5, 6, 7, 8, 9 και 10)», **β)** απέρριψε στο σύνολο τους τις προσφορές των επιχειρήσεων «BUL. PAS. FUJI HAND CLEANSER ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ Ε.Π.Ε.», «ΦΡΑΓΓΗΣ & ΣΙΑ Ο.Ε.», «ΙΜΠΕΞ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ Α.Β.Ε.Ε.», «ΕΤΜΕΚΑΤ Α.Ε.» και «2D GROUP Α.Ε.», **γ)** έκανε εν μέρει αποδεκτές τις προσφορές των επιχειρήσεων «ΕΚΟ Α.Β.Ε.Ε.», «ΟΙΚΟΘΕΡΜΑΝΣΗ Ε.Π.Ε.» και «ELVIGRO Α.Β.Ε.Ε.». Το εν λόγω Πρακτικό αναρτήθηκε την 19η Ιανουαρίου 2016 στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

1.7 Με την από 20-1-2016 Ένσταση (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη) της, η εταιρεία «2D GROUP Α.Ε.» προσέφυγε κατά του αριθμ. 1/10-6-2016 Πρακτικού για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή (Ένσταση).

1.8 Με την από 20-1-2016 Ένσταση (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη) της, η εταιρεία «ΟΙΚΟΘΕΡΜΑΝΣΗ Ε.Π.Ε.» προσέφυγε κατά του αριθμ. 1/10-6-2016 Πρακτικού για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή (Ένσταση).

1.9 Με το αριθμ. 2/21-1-2016 Πρακτικό της, η Επιτροπή του Διαγωνισμού: **α)** έκανε εν μέρει αποδεκτή την Ένσταση της εταιρείας «ΟΙΚΟΘΕΡΜΑΝΣΗ Ε.Π.Ε.» και **β)** απέρριψε την Ένσταση της εταιρείας «2D GROUP Α.Ε.» για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτό (Πρακτικό).

1.10 Με το αριθμ. 3631/2-2-2016 έγγραφό (Ψηφιακά Υπογεγραμμένο) του, ο Νομικός Σύμβουλος του Δήμου Περιστερίου γνωμοδότησε ότι σωστά απορρίφθηκε η Ένσταση της εταιρείας «2D GROUP Α.Ε.» και ότι θα έπρεπε να απορριφθεί στο σύνολό της (και όχι εν μέρει) και η Ένσταση της εταιρείας «ΟΙΚΟΘΕΡΜΑΝΣΗ Ε.Π.Ε.» για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή (Γνωμοδότηση).

1.11 Με την αριθμ. 68/2-2-2016 Απόφασή (ΑΔΑ: ΩΡ3ΘΩΞ2-Ρ5Κ) της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε τα αριθμ. 1/25-11-2015 και 2/21-1-2016 Πρακτικά της Επιτροπής και την αριθμ 3631/2-2-2016 Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε την 9η Φεβρουαρίου 2016 στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

1.12 Με την από 11-2-2016 Προδικαστική Προσφυγή (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη) της, η εταιρεία «ELVIGRO Α.Β.Ε.Ε.» προσέφυγε κατά κατά της αριθμ. 68/2-2-2016 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου.

1.13 Με το αριθμ. 3/16-2-2016 Πρακτικό (Ψηφιακά Υπογεγραμμένο) της, η Επιτροπή του Διαγωνισμού απέρριψε την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτό (Πρακτικό).

1.14 Με το αριθμ. 3631/2-2-2016 έγγραφό (Ψηφιακά Υπογεγραμμένο) του, ο Νομικός Σύμβουλος του Δήμου Περιστερίου γνωμοδότησε ότι σωστά απορρίφθηκε η Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας «ELVIGRO Α.Β.Ε.Ε.».

1.15 Με την αριθμ. 127/25-2-2016 Απόφασή (ΑΔΑ: ΩΠΙΟΩΞ2-ΘΑ3) της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε το αριθμ. 3/16-2-2016 Πρακτικό της Επιτροπής.

1.16 Με την από 11-3-2016 Αίτηση Ασφαλιστικών Μέτρων, η εταιρεία «ELVIGRO Α.Β.Ε.Ε.» προσέφυγε κατά της αριθμ. 127/25-2-2016 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Περιστερίου για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή (Αίτηση).

1.17 Με την αριθμ. 161/30-6-216 Απόφασή του, το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών απέρριψε την Αίτηση Ασφαλιστικών Μέτρων της εταιρείας «ELVIGRO Α.Β.Ε.Ε.».

1.18 Με το αριθμ. 4/6-7-2016 Πρακτικό (Ψηφιακά Υπογεγραμμένο) της, η Επιτροπή του Διαγωνισμού **α)** κατακύρωσε τα είδη, για τα οποία υποβλήθηκαν προσφορές, όπως αυτά (είδη) εμφανίζονται σε αυτό (Πρακτικό) και **β)** κήρυξε άγονο τον διαγωνισμό για την Ομάδα 3 (Αμόλυβδη Βενζίνη) για την οποία δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά και πρότεινε την προσφυγή

στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με το άρθρο 25 του Π.Δ. 60/2007, ύστερα από την σύμφωνη γνώμη της Αρχής.

1.19 Με την αριθμ. 441/14-7-2016 Απόφασή (ΑΔΑ: ΩΖΥΞΩΞ2-0Ρ9) της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε το αριθμ. 4/6-7-2016 Πρακτικό της Επιτροπής. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε την 19η Ιουλίου 2016 στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

1.20 Με το αριθμ. 25479/19-7-2016 έγγραφό του, το οποίο αποστέλει προς το ΣΤ' Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ο Δήμος Περιστερίου βεβαιώνει ότι, δεν εκκρεμεί ουδεμία Ένσταση ή εκκρεμοδικία.

1.21 Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Κερατσινίου - Δραπετσώνας 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 «Αμόλυβδης Βενζίνης (Ομάδα 3)», για τις ανάγκες του Δήμου, προϋπολογισθείσας δαπάνης € 119.231,28 με Φ.Π.Α. ή € 99.936,00 χωρίς Φ.Π.Α., οικονομικών ετών 2016 και 2017, 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 εμπίπτουν, 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. 2342/2015 της Επιτροπής για την τροποποίηση της οδηγίας 2004/18 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, τα ως άνω ποσά αναπροσαρμόστηκαν, από 1/1/2016 και για την διετία 2016-2017, στις 135.000 και 209.000 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 κατατμηθεί, 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 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. [...]».

7. Το άρθρο 42 της αριθμ. 11389/1993 Υπουργικής Απόφασης (ΕΚΠΟΤΑ) ορίζει ότι: «1. Στις διακηρύξεις διαγωνισμών για την ανάδειξη προμηθευτών ειδών των οποίων οι τιμές είναι εκτός διατίμησης περιλαμβάνεται όρος σύμφωνα με τον οποίο: α) Το ποσοστό έκπτωσης στα εκατό (%) υπολογίζεται στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής ή χονδρικής πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσης του και που αντιστοιχεί στην ποιότητα και σε κάθε άλλο χαρακτηριστικό γνώρισμά του.[...]».

8. Το άρθρο 63 του Ν. 4257/2014 ορίζει ότι: «1. Το ποσοστό έκπτωσης που προβλέπεται στο άρθρο 41 του π.δ. 173/1990 και στο άρθρο 42 της υπ' αριθμ. 11389/1993 απόφασης του Υπουργείου Εσωτερικών (ΕΚΠΟΤΑ), στους διαγωνισμούς πετρελαιοειδών, υπολογίζεται στη διαμορφούμενη, για έκαστο είδος, μέση τιμή της περιοχής, του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας, όπως αυτή ορίζεται στη διακήρυξη του διαγωνισμού. Το ανωτέρω ποσοστό μπορεί να είναι αρνητικό, χωρίς να υπερβαίνει το 5%.».

9. 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 ιδίου 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. ...».

10. 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

11. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Περιστερίου 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 € 96.936,00 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνδυασμό με την προκηρυχθείσα προϋπολογισθείσα δαπάνη € 1.323.290,50 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.

12. 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 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/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).

13. Ως προς την προϋπόθεση, προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται ότι ο Δήμος Περιστερίου 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 και των Νομικών του Προσώπων, συνολικού προϋπολογισμού € 1.627.647,32 με Φ.Π.Α. ή € 1.323.290,50 χωρίς Φ.Π.Α., οικονομικών ετών 2016 και 2017, στα πλαίσια του οποίου δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά για την Ομάδα 3 (Αμόλυβδη Βενζίνη), για την οποία ζητείται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής.

14. Με τη διάταξη του άρθρου 25 παράγραφος 1, περίπτωση α' του Π.Δ. 60/2007 προκύπτει ότι οι Αναθέτουσες Αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, 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.

15. 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 προηγθέντα 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).

16. Ως προς την προϋπόθεση, προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται η κατωτέρω νομική πλημμέλεια που συνδέεται με όρους της Διακήρυξης και συγκεκριμένα:

Στο άρθρο 12 της αριθμ. 36872/9-10-2015 Διακήρυξης ορίζεται ότι: «γ. ... Λόγω του ότι η τιμή του λίτρου της αμόλυβδης βενζίνης, δεν παραμένει σταθερή αλλά αναπροσαρμόζεται, θα γίνουν δεκτές προσφορές οι οποίες θα προβλέπουν αναπροσαρμογές της τιμής». Ο όρος «αναπροσαρμογής τιμής» καταστρατηγεί ευθέως την ανάπτυξη του ελεύθερου / υγιούς ανταγωνισμού στις δημόσιες συμβάσεις αφού δίνει την δυνατότητα σε οικονομικό φορέα, μέχρι και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, να προσφέρει ένα πολύ υψηλό ποσοστό έκπτωσης σε σχέση με τους ανταγωνιστές του, μόνο και μόνο για να κηρυχθεί Ανάδοχος της Σύμβασης, και στην συνέχεια (αφού έχει ανακηρυχθεί Ανάδοχος) κάνοντας χρήση του εν λόγω όρου της Διακήρυξης να μειώσει το ποσοστό έκπτωσης σε επίπεδα χαμηλότερα από ότι ενδεχομένως να είχε προσφέρει οικονομικός φορέας, ο οποίος είχε υποβάλει προσφορά στον διαγωνισμό και ως εκ τούτου να καρπωθεί οικονομικά την διαφορά των δυο ποσοστών έκπτωσης που προσέφερε (ποσοστό έκπτωσης κατά υποβολή προσφοράς, ποσοστό έκπτωσης σε χρόνο μεταγενέστερο της υπογραφής της Σύμβασης). Αποτέλεσμα αυτού του όρου της Διακήρυξης είναι, ενδεχομένως ο μεθοδευμένος και στοχευμένος αποκλεισμός οικονομικών φορέων με σκοπό να οδηγήσει σε μια διαγωνιστική διαδικασία κατά την οποία περιορίζεται τεχνητά ο ελεύθερος / υγιής ανταγωνισμός και οδηγεί σε συμβάσεις με υψηλότερο κόστος, πλήττοντας με αυτό τον τρόπο το δημόσιο συμφέρον.

Σύμφωνα με πάγια νομολογία και κατ' εφαρμογή της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων, όλοι οι όροι και 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 ενδιαφερομένους να τους κατανοούν πλήρως και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (απόφαση Δ.Ε.Κ. της 29ης Απριλίου 2014, C496/99, Επιτροπή κατά Cas Succhi di frutta, βλ. Επίσης Ε.Α. 842/2010, 603/2009, 1015/2009).

Κατά την άποψη όμως του μέλους της Αρχής Δημητρίου Λουρίκα ο παραπάνω όρος δεν δημιουργεί ασάφεια ούτε περιορίζεται τεχνητά ο ελεύθερος και υγιής ανταγωνισμός διότι εννοεί κάτι διαφορετικό από την άποψη του εισηγητή.

17. Κατόπιν των ανωτέρω και από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις προαναφερόμενες διατάξεις, διαπιστώνεται ότι δεν προκύπτει η συνδρομή των προϋποθέσεων για την υιοθέτηση της εξαιρετικής διαδικασίας διαπραγμάτευσης εκ μέρους του Δήμου Περιστερίου για το υποβληθέν αίτημα, κατ' εφαρμογή του άρθρου 25, παράγραφος 1, εδάφιο α' 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 του άρθρου 25 του Π.Δ. 60/2007.

18. Τέλος επισημαίνεται ότι, ορθότερο είναι η έναρξη υποβολής των προσφορών να ταυτίζεται με την δημοσιοποίηση της Διακήρυξης του διαγωνισμού και, επομένως, να υπάρχει η δυνατότητα υποβολής προσφορών καθ' όλο το διάστημα που διανύεται μεταξύ της ημερομηνίας δημοσιοποίησης της Διακήρυξης και της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών.

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, η Αρχή αποφασίζει κατά πλειοψηφία:

Τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης προς το Δήμο Περιστερίου 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 «Αμόλυβδης Βενζίνης (Ομάδα 3)», για τις ανάγκες του Δήμου Περιστερίου, συνολικού προϋπολογισμού € 96.936,00 χωρίς Φ.Π.Α., οικονομικών ετών 2016 και 2017, λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 29 Ιουλίου 2016

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αναπληρωτής Αντιπρόεδρος

Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης