



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ

88/2017

(του αρ. 2, παρ. 2, περ. γ', υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011)

Στην Αθήνα σήμερα 24 Αυγούστου 2017, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κόμνα Τράκα, 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. **Αναπληρωτής Πρόεδρος:** Εκατομμάτης Μιχαήλ
2. **Αντιπρόεδρος:** Μπουσουλέγκα Χριστίνα
3. **Μέλη:** Λουρίκας Δημήτριος, μέσω τηλεδιάσκεψης
Χριστοβασίλη Ερωφίλη

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

Γραμματέας: Αντωνοπούλου Μαρία, Π.Ε. Διοικητικού - Οικονομικού

Εισηγητής: Χρήστος Κανελλόπουλος, Ε.Ε.Π. – Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη η κα Καξική Χριστίνα, Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία και αποχώρησε 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, σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας «Καυσίμων» προϋπολογισμού € 1.011.344 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες των Οργανικών μονάδων της ΥΠΑ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου διεθνή ανοικτού διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.ΣΗ.ΔΗ.Σ.).

1. Με το αριθμ. Δ11/Ε/15418/11229/27-7-2017 έγγραφο της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 4909/31-7-2017), ζητείται η 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 ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων» προϋπολογισμού € 1.011.344 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες των Οργανικών μονάδων της ΥΠΑ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου διεθνή ανοικτού διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.ΣΗ.ΔΗ.Σ.).

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

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

2.1 Με την αριθμ. 10/1-6-2017 Διακήρυξη (ΑΔΑ: 17PROC006282934 2017-06-06) της, η Υπηρεσία Πολιτικής Αεροπορίας διενήργησε διεθνή ανοικτό διαγωνισμό για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 1.077.314,15 χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί της Μέσης Λιανικής Τιμής Πώλησης της Περιφερειακής Ενότητας της έδρας του Αναδόχου. Η Σύμβαση είχε διάρκεια δώδεκα (12) μήνες. Τα Τμήματα της Διακήρυξης ήταν ενενήντα επτά (97), ανά είδος (Πετρέλαιο Θέρμανσης, Πετρέλαιο Κίνησης, Αμόλυβδη Βενζίνη, Πετρέλαιο Κίνησης χωρίς πρόσμιξη Βιοντίζελ) και ανά Τόπο Παράδοσης (39 Αεροδρόμια), σύμφωνα με τους Πίνακες Α, Β, Γ και Δ του Παραρτήματος Α της Διακήρυξης (σελ. 8-16). Στους εν λόγω πίνακες αποτυπώνονται αναλυτικά οι υπηρεσίες-αερολιμένες για τις ανάγκες των οποίων προορίζεται η προμήθεια ανά είδος καυσίμου, η συνολική ποσότητα σε λίτρα, η ενδεικτική τιμή λίτρου με και χωρίς ΦΠΑ, το συνολικό εκτιμώμενο κόστος και ο τόπος παράδοσης ανά τμήμα.

Ανάδοχος θα ανακηρυσσόταν ο οικονομικός φορέας που θα προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για κάθε Τμήμα. Η Σύμβαση είχε διάρκεια δώδεκα (12) μήνες. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 26η Ιουνίου 2017 και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr, ορίστηκε η 3η Ιουλίου 2017 και ώρα 17:00 μμ. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 9η Ιουλίου 2017 και ώρα 10:00 πμ. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 39765 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 6η Ιουνίου 2017.

Στην παράγραφο 1.2.2.1 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Οι τιμές προσφοράς θα πρέπει να δίνονται με ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) επί της εκάστοτε διαμορφούμενης, μέσης λιανικής τιμής πώλησης έκαστου είδους, του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας για τη συγκεκριμένη περιφερειακή ενότητα του νομού όπου θα βρίσκεται η έδρα του αναδόχου, κατά την ημέρα παράδοσης αυτού και που θα αντιστοιχεί σε κάθε χαρακτηριστικό γνώρισμα του είδους. [...]».

Με την ίδια παράγραφο γίνεται παραπομπή σε τιμές αναφοράς για τη σύγκριση των προσφορών.

Στη σελίδα 7 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Γίνονται δεκτές προσφορές που αφορούν στο σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας, ανά είδος και τόπο παράδοσης, όπως αυτά ορίζονται στον παραπάνω πίνακα. [...]».

2.2 Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 1η Ιουνίου 2017 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 2η Ιουνίου 2017 (S 105 - 210949).

2.3 Περίληψη της Διακήρυξης δημοσιεύτηκε την 9η Ιουνίου 2017 στις εφημερίδες «ΝΑΥΤΕΜΠΟΡΙΚΗ», «Ο ΧΡΟΝΟΣ», «ΠΡΩΙΝΟΣ ΛΟΓΟΣ», «ΠΑΡΑΠΟΛΙΤΙΚΗ», «ΡΟΔΙΑΚΗ», «ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ ΚΑΙ ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ», «ΝΕΑ ΕΓΝΑΤΙΑ» την 10η Ιουνίου στις εφημερίδες «ΠΕΛΟΠΟΝΝΗΣΟΣ», «ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ», «ΘΑΡΡΟΣ», «ΤΟ ΒΗΜΑ ΤΗΣ ΚΩ», την 13η Ιουνίου 2017 στις εφημερίδες «ΑΝΤΙΛΑΛΟΣ ΤΗΣ ΜΕΣΑΡΑΣ», «ΗΧΩ ΤΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ», «ΑΓΓΕΛΙΕΣ», την 14η Ιουνίου 2017 στις εφημερίδες «ΧΑΝΙΩΤΙΚΑ ΝΕΑ», «ΕΟΡΔΑΪΚΟΣ ΠΑΛΜΟΣ», την 15η Ιουνίου στην εφημερίδα «ΣΥΝΕΙΔΗΣΗ» και την 24η Ιουνίου 2017 στην εφημερίδα «ΣΑΜΙΑΚΟΝ ΒΗΜΑ».

2.4 Περίληψη της Διακήρυξης δημοσιεύτηκε στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως την 9η Ιουνίου 2017 (ΦΕΚ 299/2017).

2.5 Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.ypa.gr την 6 Ιουνίου 2017.

2.6 Με το αριθμ. 1/7-7-2017 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής

και των Τεχνικών Προσφορών, διαπίστωσε ότι υποβλήθηκε μία προσφορά ως προς την προμήθεια καυσίμων θέρμανσης του Κρατικού Αερολιμένα Αλεξανδρούπολης “ΔΗΜΟΚΡΙΤΟΣ”, την οποία αποδέχτηκε ως προς το φάκελο “δικαιολογητικά συμμετοχής-τεχνική προσφορά” και πρότεινε: α) τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας ως προς το ανωτέρω τμήμα και β) την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με το άρθρο 32, παρ. 2 περ. α΄ του ν. 4412/2016, για τα λοιπά τμήματα για τα οποία δεν υποβλήθηκαν προσφορές.

2.7 Με την αριθμ. Δ11/Ε/14474/10607/13-7-2017 Απόφασή (ΑΔΑ: 6Μ1Η465ΧΘΞ-ΓΕΟ) της, η Υπηρεσία Πολιτικής Αεροπορίας ενέκρινε το ως άνω αριθμ. 1/2017 Πρακτικό. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την ίδια ημέρα (13-07-2017).

2.8 Με το αριθμ. 11480/3-8-2017 έγγραφό της, η Υπηρεσία Πολιτικής Αεροπορίας βεβαιώνει ότι δεν εκκρεμούν Ενστάσεις, Προσφυγές ή Ένδικα Μέσα κατά του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της Διακήρυξης.

2.9 Κατόπιν των ανωτέρω, η Υπηρεσία Πολιτικής Αεροπορίας, με το προαναφερόμενο έγγραφό της, στο οποίο επισυνάπτεται σχέδιο Απόφασης, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για την προμήθεια «Καυσίμων», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 1.011.344,15 χωρίς Φ.Π.Α., για τα Τμήματα για τα οποία δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά, οικονομικού έτους 2017, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.

II. Νομικό πλαίσιο

3. 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 ότι: «2.α. Οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β΄ της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α΄ 147), 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 Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. [...]».

4. Το άρθρο 5 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός Φ.Π.Α., ορίζονται τα ακόλουθα: ...β) 135.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. [...]. β) 209.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. [...]. Τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στις άνω περιπτώσεις α΄, β΄, και γ΄ ισχύουν, εφόσον δεν έχουν αναθεωρηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ».

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθμ. 2342/2015 της Επιτροπής τα κατώτατα όρια ισχύουν, από 1/1/2016 έως 31/12/2017.

5. Το άρθρο 6 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς Φ.Π.Α., όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. [...]. 2. Όταν η

αναθέτουσα αρχή αποτελείται από χωριστές επιχειρησιακές μονάδες λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία για όλες τις χωριστές επιχειρησιακές μονάδες. Κατά παρέκκλιση του πρώτου εδαφίου, όταν μια χωριστή επιχειρησιακή μονάδα είναι ανεξαρτήτως υπεύθυνη για τις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων της ίδιας ή ορισμένων κατηγοριών αυτών, η αξία των συμβάσεων μπορεί να υπολογίζεται στο επίπεδο της συγκεκριμένης μονάδας. 3. Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...].».

6. Το άρθρο 27 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Στις ανοικτές διαδικασίες, κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλλει προσφορά στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού. Η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε 35 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης της προκήρυξης σύμβασης, υπό την επιφύλαξη της παρ. 2 του άρθρου 60 και του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 67. Η προσφορά συνοδεύεται από τις πληροφορίες για την ποιοτική επιλογή που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή. [...]. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συντμήσει κατά πέντε ημέρες την προθεσμία παραλαβής των προσφορών που ορίζεται στο δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 όταν αποδέχεται την υποβολή προσφορών με ηλεκτρονικά μέσα, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 και την παράγραφο 5 του άρθρου 22 και το άρθρο 37.[...].».

7. Το άρθρο 32, του Ν. 4412/2016 (Α' 147), το οποίο ενσωματώνει τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζει ότι: «1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. 2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: α) εάν ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία είτε δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής δεν είναι κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημά της. Μη κατάλληλη θεωρείται μια προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. [...].».

8. Το άρθρο 66 του Ν. 4412/2016 ορίζει: «..3. Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 62, 63 και 64, καθώς και οι πληροφορίες που περιέχονται σε αυτές δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης, σύμφωνα με το άρθρο 65. Ωστόσο, η δημοσίευση μπορεί να πραγματοποιείται σε κάθε περίπτωση σε εθνικό επίπεδο, όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν ενημερωθεί σχετικά με τη δημοσίευση εντός 48 ωρών από τη βεβαίωση παραλαβής της προκήρυξης / γνωστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 65. [...].».

9. 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 [...]

III. Νομική Εκτίμηση

10. Το υπό εξέταση αίτημα της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας, μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, βάσει της παραγράφου 2, περίπτωση α' του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

11. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας προϋπολογισμού € 1.011.344,15 χωρίς Φ.Π.Α., συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή γνώμης σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει.

12. Στην προκείμενη περίπτωση η Υπηρεσία Πολιτικής Αεροπορίας επικαλείται ρητά ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της τη διάταξη του άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση α' του Ν. 4412/2016, ήτοι την μη υποβολή προσφορών, κατόπιν διενέργειας διεθνή ανοικτού διαγωνισμού. Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής της ως άνω επικαλούμενης διάταξης για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης είναι: α) η νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή διαδικασία και β) η μη υποβολή προσφοράς, γ) η μη ουσιώδης τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης.

13. 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 και ήδη άρθρα 26 και 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και ήδη άρθρα 26 και 32 του Ν. 4412/2016) (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 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 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).

14. 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 2, περίπτωση α' του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016, συνέχεται άμεσα με τον προηγούμενο αυτής διαγωνισμό, με συνέπεια η μη νομιμότητα της υποκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας να καθιστά παρακολουθηματικά παράνομη στο σύνολό της και τη συγκεκριμένη διαδικασία (ΕΣ - Πράξη 215/2012-Ζ' Κλιμάκιο, ΕΣ - Αποφ. VI Τμ. 1249/2011, 466/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013 σχετικά με τη διάταξη του άρθρου 25.1.α του π.δ. 60/2007).

15. Σχετικά με την ως άνω υπό σημείο α) προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας

ανοικτής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι στον εν λόγω διαγωνισμό τηρήθηκαν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας και δεν διαπιστώθηκαν ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες στους όρους της υπό κρίσης διακήρυξης ικανές να πλήξουν τη νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Επισημαίνονται ωστόσο, τα εξής αναφορικά με τον όρο της Διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο το κριτήριο αξιολόγησης για τα Καύσιμα ήταν το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί της Μέσης Λιανικής Τιμής Πώλησης του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγρών Καυσίμων, της Περιφερειακής Ενότητας του Νομού όπου βρίσκεται η έδρα του Αναδόχου:

Το Παρατηρητήριο Τιμών και Τιμοληψιών του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού εκδίδει το Εβδομαδιαίο Δελτίο Επισκόπησης Τιμών Καυσίμων ανά Περιφερειακή Ενότητα (Νομός) για κάθε είδος Καυσίμου. Το εν λόγω Δελτίο αποτυπώνει την Μέση Λιανική Τιμή Πώλησης ανά είδος Καυσίμου, ανά Περιφερειακή Ενότητα, όπως επίσης και την Μέση Κατώτατη Χονδρική Τιμή, Μέση Ανώτατη Χονδρική Τιμή και Μέση Χονδρική Τιμή ανά είδος Καυσίμου, ανά Περιφερειακή Ενότητα. Τόσο οι Χονδρικές Τιμές Πώλησης όσο και οι Λιανικές Τιμές Πώλησης για κάθε είδος Καυσίμου διαφέρουν από Περιφερειακή Ενότητα σε Περιφερειακή Ενότητα. Επιπρόσθετα, το γεγονός ότι η Μέση Λιανική Τιμή Πώλησης Καυσίμου σε μια Περιφερειακή Ενότητα είναι χαμηλότερη από τη Μέση Λιανική Τιμή Πώλησης του ίδιου Καυσίμου σε μια άλλη Περιφερειακή Ενότητα, για μια συγκεκριμένη χρονική περίοδο, δεν συνεπάγεται αυτόματα ότι θα είναι χαμηλότερη καθ' όλη τη διάρκεια της διάρκειας της σύμβασης.

Το γεγονός ότι στον εν λόγω διαγωνισμό το κριτήριο αξιολόγησης των προσφορών για κάθε είδος Καυσίμου δεν ήταν ενιαίο (η “τιμή αναφοράς” εξαρτάται από την εκάστοτε τυχαία Περιφερειακή Ενότητα του υποψηφίου αναδόχου) θα μπορούσε να οδηγήσει στη μη ορθή αξιολόγηση των προσφορών (λόγω μη συγκρισιμότητας των τελευταίων) και ως εκ τούτου στην καταστρατήγηση του όρου της Διακήρυξης για την επιλογή αναδόχου με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή, πλήττοντας τις αρχές του ανταγωνισμού.

Ωστόσο, στην προκείμενη περίπτωση, καθορίστηκαν Τιμές Αναφοράς για την σύγκριση των προσφορών ενιαίες ανά είδος καυσίμου (Πετρέλαιο Θέρμανσης, Πετρέλαιο Κίνησης, Βενζίνη Αμόλυβδη και Βενζίνη Σούπερ), έτσι ώστε να είναι δυνατή η συμπλήρωση της ειδικής ηλεκτρονικής φόρμας προσφοράς του ΕΣΗΔΗΣ δίχως να τίθενται ως Τιμές Αναφοράς τιμές άλλων εδρών, πλην προφανώς της αναθέτουσας.

Συνεπώς, επισημαίνεται ότι σκόπιμο είναι να τίθεται ως όρος της Διακήρυξης σε διαγωνισμούς Καυσίμων με περιεχόμενο που να επιτρέπει την σύγκριση των ποσοστών εκπτώσεων που προσφέρουν οι οικονομικοί φορείς και αποφεύγει τις στρεβλώσεις και κατά την τιμολόγηση και κατά την αποπληρωμή της σύμβασης, όπως είναι πχ “το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί της Μέσης Λιανικής Τιμής Πώλησης του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγρών Καυσίμων, της Περιφερειακής Ενότητας του νομού όπου βρίσκεται η έδρα της Αναθέτουσας Αρχής”.

Με αυτό το κριτήριο: α) δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός, αφού μπορούν να λάβουν μέρος και οικονομικοί φορείς που έχουν την έδρα τους εκτός Περιφερειακής Ενότητας (Περιφέρειας, χώρας κλπ) της Αναθέτουσας Αρχής, β) υπάρχει ένα ενιαίο κριτήριο σύγκρισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, που είναι η Μέση Λιανική Τιμή Πώλησης της Περιφερειακής Ενότητας του Νομού όπου βρίσκεται η έδρα της Αναθέτουσας Αρχής και γ) εφαρμόζεται στην πράξη η διάταξη του άρθρου 63 του Ν. 4257/2014 που 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 [...].

Επιπλέον, ιδιαίτερης προσοχής χρήζει η ορθή και πλήρης συμπλήρωση του τυποποιημένου εντύπου δημοσίευσης του διαγωνισμού «Προκήρυξη Σύμβασης» προς την Ε.Ε.Ε., ιδίως ως προς τα τμήματα της σύμβασης (II.1.6 «Πληροφορίες σχετικά με Τμήματα»), στην προκειμένη περίπτωση ενενήντα επτά (97) Τμημάτων, ανά Είδος και ανά Τόπο Παράδοσης, ώστε οι πληροφορίες που δημοσιεύονται στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης να είναι ακριβείς και να μη διαφέρουν από αυτές που δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο .

16. Ως προς τη μη υποβολή προσφοράς:

Με την αριθμ Δ11/Ε/14474/10607/13-7-2017 Απόφασή (ΑΔΑ: 6Μ1Η465ΧΘΞ-ΓΕΟ) της, η Υπηρεσία Πολιτικής Αεροπορίας ενέκρινε το ως άνω αριθμ. 1/2017 Πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής του Διαγωνισμού και την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για όλα τα τμήματα της διακήρυξης- πλην αυτού των καυσίμων θέρμανσης του Κρατικού Αερολιμένα Αλεξανδρούπολης “ΔΗΜΟΚΡΙΤΟΣ”- για τα οποία δεν υποβλήθηκαν προσφορές.

17. Ως προς την προϋπόθεση της μη ουσιώδους τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης:

Από τα υποβληθέντα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η Υ.Π.Α. προτίθεται να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης για την προμήθεια καυσίμων συνολικού προϋπολογισμού € 1.011.344, χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες των υπηρεσιών της, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.

18. Κατόπιν των ανωτέρω διαπιστώνεται ότι προκύπτει η συνδρομή των προϋποθέσεων για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016.

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 Αρχή **ομόφωνα** αποφασίζει:

την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων» προϋπολογισμού € 1.011.344 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες των Οργανικών μονάδων της, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 24 Αυγούστου 2017
ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αναπληρωτής Πρόεδρος

Εκατομμάτης Μιχαήλ