



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ 119/2018

(της διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 15^η Νοεμβρίου του έτους δύο χιλιάδες δεκαοκτώ (2018) ημέρα Πέμπτη και ώρα 9:30 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας, 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:

Πρόεδρος: Γεώργιος Καταπόδης
Αντιπρόεδρος: Χριστίνα Μπουσουλέγκα
Μέλη: Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης
Δημήτριος Σταθακόπουλος
Μαρία Στυλιανίδου
Ερωφίλη Χριστοβασίλη

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

Γραμματέας: Αντωνοπούλου Μαρία, ΠΕ Διοικητικού – Οικονομικού.

Εισηγήτρια: Θεοδωρακοπούλου Αναστασία, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά την διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη η εισηγήτρια Αναστασία Θεοδωρακοπούλου, η οποία αποχώρησε πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη της Αρχής.

Θέμα: Αίτηση θεραπείας του Δήμου Θερμαϊκού για ανάκληση της με αριθμ. Δ105/2018 γνώμης της Αρχής, περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης σε αίτημά του για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατόπιν προηγηθέντος ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων, για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας καυσίμων για τις ανάγκες του Δήμου και των νομικών προσώπων του, συνολικού προϋπολογισμού 1.414.237,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

Με την υπ' αριθ. πρωτ. 18841/24-10-2018 αίτηση θεραπείας του Δήμου Θερμαϊκού προς την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής Αρχή), η οποία παρελήφθη στις 24-10-2018 (αρ. πρωτ. εισερχ. 5554), ζητείται η επανεξέταση του υπ' αριθ. πρωτ. 17724/08-10-2018 αιτήματός του επί του οποίου εκδόθηκε η με αριθμ. Δ105/2018 γνώμη της Αρχής περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια καυσίμων θέρμανσης και κίνησης για τις ανάγκες του Δήμου και των νομικών προσώπων του, συνολικού προϋπολογισμού 1.414.237,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για τα έτη 2018 και 2019, κατόπιν προηγηθέντος ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/16, στα πλαίσια του οποίου για πέντε (5) εκ των εννέα (9) τμημάτων, ήτοι τις Ομάδες Α2, Β2, Γ, Δ, και Ε, υπεβλήθησαν προσφορές που δεν έγιναν αποδεκτές, ενώ για δύο (2) επιπλέον τμήματα, ήτοι τις ομάδες Α1 και Β1, δεν υπεβλήθη καμία προσφορά.

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

1. Από το φάκελο της υπόθεσης, τα περιεχόμενα σε αυτόν στοιχεία και τα σχετικά έγγραφα που συνοδεύουν το αίτημα του Δήμου προκύπτουν τα ακόλουθα:

1.1. Με το υπ' αριθ. πρωτ. 17724/08-10-2018 έγγραφό του, ο Δήμος Θερμαϊκού αιτήθηκε την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση, σε συνέχεια εν μέρει άγονου ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων (διακήρυξη με αριθ. 281/18-6-2018 και ΑΔΑΜ: 18PROC003283905 2018-06-19) για την προμήθεια “Καυσίμων Κίνησης και Θέρμανσης (Τμήματα Α1, Α2, Β1, Β2, Γ, Δ, Ε)”, προϋπολογισθείσας δαπάνης € 1.414.237,00 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για τα έτη 2018 και 2019, με εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016.

Σύμφωνα με την ως άνω διακήρυξη τα τμήματα του διαγωνισμού ήταν τα κάτωθι:

ΤΜΗΜΑΤΑ	ΦΟΡΕΑΣ	ΕΙΔΟΣ	ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΑΝΕΥ Φ.Π.Α. ΣΕ €
A1	ΔΗΜΟΣ ΘΕΡΜΑΪΚΟΥ	ΑΜΟΛΥΒΔΗ ΒΕΝΖΙΝΗ	47.073,00
	ΔΗΜΟΣ ΘΕΡΜΑΪΚΟΥ	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΚΙΝΗΣΗΣ	517.500,00
A2	ΔΗΜΟΣ ΘΕΡΜΑΪΚΟΥ	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	228.520,00
B1	ΔΗΚΕΘ	ΑΜΟΛΥΒΔΗ ΒΕΝΖΙΝΗ	9.656,00
B2	ΔΗΚΕΘ	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	6.304,00
Γ	ΔΗΠΠΑΚΥΘ	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	22.064,00
Δ	ΠΡΩΤΟΒΑΘΜΙΑΣ ΣΕ.	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	315.200,00

Ε	ΔΕΥΤΕΡΟΒΑΘΜΙΑΣ Σ.Ε.	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	267.920,00
Ζ	ΔΗΜΟΣ ΘΕΡΜΑΪΚΟΥ	ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ	58.893,00
Η	ΔΗΚΕΘ	ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ	1.880,00
ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΑΝΕΥ Φ.Π.Α.			1.475.010,00

1.2. Η Αρχή, με την με αριθμ. Δ105/2018 απόφασή της, κατόπιν υπαγωγής του υποβληθέντος αιτήματος στην ορθή νομική βάση, ήτοι με εφαρμογή της διάταξης της περ. β' της παρ. 2 του άρθρ. 26 του ν. 4412/2016 ως προς τα τμήματα στα οποία υπεβλήθησαν μη κανονικές προσφορές (Α2, Β2, Γ, Δ, Ε) και της διάταξης της περ. α' της παρ. 2 του άρθρ. 32 ως προς τα τμήματα στα οποία δεν υπεβλήθη καμία προσφορά (Α1, Β1), δεν παρείχε τη σύμφωνη γνώμη της επί του ως άνω σχετικού αιτήματος του Δήμου Θερμαϊκού, βάσει των αναλυτικώς σε αυτή παρατεθέντων επιχειρημάτων.

2. Κατόπιν τούτου, ο Δήμος Θερμαϊκού, με την με αριθ. πρωτ. 18841/24-10-2018 αίτηση θεραπείας (αριθ. πρωτ. εισερχ. 5554/24-10-2018) αιτείται την επανεξέταση του υπ' αριθ. πρωτ. 17724/08-10-2018 αιτήματός του επί του οποίου εκδόθηκε η με αριθμ. Δ105/2018 απόφαση της Αρχής περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης, επικαλούμενος τα κάτωθι:

“Με το υπ' αριθ. 4896/20-09-2018 έγγραφό του προς την Αρχή σας, ο Δήμος Θερμαϊκού υπέβαλε αίτημα για χορήγηση Σύμφωνης Γνώμης προκειμένου να προσφύγει στην διαδικασία της Απευθείας Διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση του αρ. 32 παρ. 2α του Ν. 4412/2016 όπου ορίζεται ότι «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».

Ωστόσο με την κρινόμενη με την παρούσα με αριθ. Δ105/2018 Γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (της διαδικασία του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ, δδ του Ν.4013/2011) το ως άνω αίτημα του Δήμου μας απορρίφθηκε και δεν χορηγήθηκε σύμφωνη Γνώμη με την αιτιολογία ότι δεν πληρούνταν οι προϋποθέσεις του Νόμου.

Ειδικότερα, κατά την Γνώμη της Αρχής σας η προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, παγίως έχει κριθεί ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης συνέχεται άμεσα με τον προηγούμενο αυτής διαγωνισμό. Σε συνέχεια αυτής της σκέψης και με την επίκληση του γεγονότος ότι όρος του αρχικώς διενεργηθέντος διαγωνισμού ήταν παράνομος, το αίτημα μας δεν έγινε δεκτό.

Πιο συγκεκριμένα η απαίτηση της διακήρυξης να είναι το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες κατά την κρίση της Αρχής σας πλήττει το κύρος της Διακήρυξης και κατά συνέπεια συνιστά λόγο μη παροχής σύμφωνης Γνώμης.

Ωστόσο η σχετική απόφαση με την οποία καθορίστηκαν οι όροι του Διαγωνισμού, ήτοι η υπ' αριθ. 263/2018 Ο.Ε. με τίτλο «ΕΓΚΡΙΣΗ ΟΙΚΩΝ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ , ΚΑΘΟΡΙΣΜΟΣ ΤΩΝ ΟΡΩΝ ΤΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΙΕΘΝΗ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΓΚΡΙΣΗ ΤΗΣ ΔΑΠΑΝΗΣ ΚΑΙ ΔΙΑΘΕΣΗ ΤΩΝ ΠΟΣΤΩΣΕΩΝ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΚΑΙ ΛΙΠΑΝΤΙΚΩΝ ΤΟΥ Δ.Θ. ΚΑΙ ΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΠΩΝ» εστάλη αρμοδίως στην Αποκεντρωμένη Διοίκηση Μακεδονίας Θράκης από την οποία και τέθηκε στο αρχείο καθώς δεν διαπιστώθηκε κανένας λόγος παρανομίας.

Επιπλέον, δε, κατά την κρίση της Διοίκησής μας, η θέσπιση του επίμαχου όρου της υποβολής προσφορών μόνο σε ακέραιες μονάδες, ουδεμία επίδραση ασκεί στην νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας καθώς αφενός από καμία διάταξη του ισχύοντος Ν. 4412/2016 δεν απαγορεύεται και αφετέρου η πρόβλεψή του σχετικού όρου ως υποχρεωτικού κατά την προϊσχύσασα νομοθεσία συνηγορεί στην νομιμότητα αυτού.

Τέλος, δεδομένου του γεγονότος ότι η δυνατότητα προσφοράς αρνητικού ποσοστού έκπτωσης δεν περιορίστηκε καθώς και του γεγονότος ότι υπήρχε εκδήλωση ενδιαφέροντος από τους συμμετέχοντες οι οποίοι και δεν άσκησαν καμία ένσταση κατά των όρων προκύπτει ότι ο εν θέματι Διαγωνισμός ήταν όντως νόμιμος.

Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία και τις αρχές του διοικητικού δικαίου που διέπουν τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η διακήρυξη της δημοπρασίας, έχει κανονιστικό χαρακτήρα, δεσμεύει κατά τρόπο ισοδύναμο τόσο την αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα όσο και τους διαγωνιζομένους, υπό την προϋπόθεση ότι οι όροι της δεν είναι αντίθετοι με την ισχύουσα νομοθεσία, (ΓΓ. Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής 60454/21280/12,07.2018), γεγονός το οποίο δεν ισχύει στην υπό εξέταση περίπτωση.

Επειδή, οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών (άρθρο 53 παρ. 1 Ν.4412/2016), όπως και ισχύει εν προκειμένω.

Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, η διακήρυξη, ως κανονιστική διοικητική πράξη, δεν απαιτείται κατ' αρχήν να φέρει αιτιολογία, η δε αναθέτουσα Αρχή έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης, καθορίζοντας τις ειδικότερες τεχνικές προδιαγραφές, με σκοπό την κατά την κρίση της καλύτερη εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος (ΣΤΕ 1256/2006,29/2018 ΑΕΠΠ κ.ά.). Εξάλλου, όπως έχει κριθεί, η συμπερίληψη στη διακήρυξη απαιτήσεων, αναγκαίων κατά την εκτίμηση της Υπηρεσίας, καίτοι δύναται, ενδεχομένως, να συνεπάγεται τη δυσχέραση ή την αδυναμία συμμετοχής ορισμένων προμηθευτών στο διαγωνισμό, δεν παραβιάζει αυτή και μόνη τους κανόνες του ανταγωνισμού, δοθέντος ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (ΕΑΣΤΕ 2/2011, 39/2011, 314/2013, ΣΤΕ ΓΙΕ 102/2007, ΔΕφΑθ 296/2013 κ.ά., ομοίως Δ. Τομαράς, Πάρεδρος ΣΤΕ, οι διοικητικές συμβάσεις, έκδ. β', 2015, σελ. 36, 39).

Επειδή περαιτέρω, δεν παραβιάζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι κάποιες προδιαγραφές συνεπάγονται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, σύμφωνα και με την παγία νομολογία που η αναθέτουσα, κατά τη σκ. 3, μνημονεύει στις απόψεις της. Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187, 231/2017) τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017). Άρα, δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος όρος διακήρυξης και επομένως και τεχνική προδιαγραφή για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό και αυτό ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή καθιστά κατ' αποτέλεσμα μόνο έναν οικονομικό φορέα ή ένα προϊόν ως δυνάμενο να μετάσχει στη διαδικασία παραδεκτός. Επιπλέον δει η μη άσκηση Προσφυγών από τους συμμετέχοντες κατά κανένα στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας καθιστά αυτήν πλήρως νόμιμη.

Ενόψει των ανωτέρω, και προκειμένου ο Δήμος μας να μην καταλήξει εκτεθειμένος ως προς τις υποχρεώσεις του, σας παρακαλούμε να επανεξετάσετε το υπ' αριθ. 4896/20-09-2018 Αίτημα του Δήμου μας, θεωρώντας την διαγωνιστική διαδικασία ως νομίμως διεξαχθείσα κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα.

Επικουρικώς δε, και ενόψει του γεγονότος ότι το αίτημά μας αφορούσε επτά διαφορετικές ομάδες Α1, Α2, Β1, Β2, Γ, Δ και Ε εκ των οποίων οι δύο για καύσιμα κίνησης και οι πέντε για καύσιμα θέρμανσης σας παρακαλούμε για την διακριτή εξέταση των αιτημάτων ως προς τις ομάδες Α1 και Β1, ώστε σε περίπτωση που αυτό καταστεί εφικτό, να μας δοθεί σύμφωνη γνώμη για τις δύο από αυτές ομάδες, για τις οποίες δεν προσήλθε κανένας ενδιαφερόμενος”.

II. Νομικό πλαίσιο

3. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης, ορίζει τα ακόλουθα: «δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν την 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 εμπíπτουν, 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 της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου [...]».

4. Το άρθρο 18 “Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)” ορίζει ότι:

“1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.

Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.

Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων”.

5. Στις διατάξεις του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β', παρ. 3 και 4 του ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι:

“2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στον ανταγωνιστικό διάλογο, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

[...] β) όσον αφορά έργα, αγαθά ή υπηρεσίες για τα οποία, έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υποβάλλονται μόνο μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές. Στις περιπτώσεις αυτές, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτείται να δημοσιεύουν προκήρυξη σύμβασης, εφόσον στη διαδικασία περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες οι οποίοι πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 73 έως 83 και οι οποίοι, κατά την προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, και μόνον αυτούς.

3. Μη κανονικές προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα:

α) όσες δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης,

β) όσες παρελήφθησαν εκπρόθεσμα,

γ) όταν υπάρχουν αποδεικτικά στοιχεία αθέμιτης πρακτικής, όπως συμπαιγνίας ή διαφθοράς,

δ) όσες κρίνονται από την αναθέτουσα αρχή ασυνήθιστα χαμηλές.

4. Απαράδεκτες προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα:

α) όσες υποβάλλονται από προσφέροντες οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα και

β) όσων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως καθορίσθηκε και τεκμηριώθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης”.

6. Στη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ίδιου νόμου, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι: “2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για

δημόσιες συμβάσεις έργων, δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και δημόσιες συμβάσεις 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 ουσιαδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημά της

Μη κατάλληλη θεωρείται μία 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.

Μη κατάλληλη θεωρείται μία αίτηση συμμετοχής όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 [...].

7. Το άρθρο 95 “Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών”, παρ. 2 του ίδιου νόμου ορίζει μεταξύ άλλων:

“2. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ορίσει στα έγγραφα της σύμβασης ότι οι οικονομικές προσφορές συντάσσονται και υποβάλλονται, σύμφωνα με τα παρακάτω:

α) αν κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, οι οικονομικοί φορείς προσφέρουν επιμέρους ποσοστά έκπτωσης για κάθε ομάδα τιμών ομοειδών εργασιών του τιμολογίου και του προϋπολογισμού, εκφραζόμενα σε ακέραιες μονάδες επί τοις εκατό (%), ιδίως όταν είναι μεγάλο το πλήθος των τιμών μονάδας, με τις οποίες θα καταρτισθεί η σύμβαση. Οι οικονομικές προσφορές συντάσσονται, αριθμητικώς και ολογράφως, υποχρεωτικά επί του εντύπου που χορηγεί η αναθέτουσα αρχή. Τα επιμέρους ποσοστά έκπτωσης πρέπει να βρίσκονται σε ομαλή σχέση μεταξύ τους. Ομαλή είναι η προσφορά όταν κανένα επιμέρους ποσοστό έκπτωσης (Ει) δεν είναι μικρότερο από 1,10Εμ-10% ούτε μεγαλύτερο από 0,90Εμ + 10%. Προσφορά που έχει αποκλίσεις από τα όρια αυτά είναι απαράδεκτη. Είναι δυνατόν, σε κάποια ή κάποιες ομάδες εργασιών η προσφερόμενη έκπτωση να είναι μηδενική, εφόσον τηρούνται οι παραπάνω απαιτήσεις ομαλότητας [...].

8. Στη διάταξη του άρθρου 63 του ν. 4257/14 (ΦΕΚ 93/14.04.2014 τεύχος Α'): “Επείγουσες ρυθμίσεις αρμοδιότητας Υπουργείου Εσωτερικών” προβλέπεται ότι:

“Το ποσοστό έκπτωσης που προβλέπεται στο άρθρο 41 του π.δ. 173/1990 και στο άρθρο 42 της υπ’ αριθμ. 11389/1993 απόφασης του Υπουργού 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 και αρνητικό, χωρίς να υπερβαίνει το 5%”.

9. Στο άρθρο 24 του ν. 2690/1999 (Α' 45) "Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις" ορίζεται ότι:

"1. Αν από τις σχετικές διατάξεις δεν προβλέπεται η δυνατότητα άσκησης της, κατά το επόμενο άρθρο, ειδικής διοικητικής, ή ενδικοφανούς προσφυγής, ο ενδιαφερόμενος, για την αποκατάσταση υλικής ή ηθικής βλάβης των έννομων συμφερόντων του που προκαλείται από ατομική διοικητική πράξη μπορεί, για οποιονδήποτε λόγο, με αίτησή του, να ζητήσει, είτε από τη διοικητική αρχή η οποία εξέδωσε την πράξη, την ανάκληση ή την τροποποίησή της (αίτηση θεραπείας), είτε, από την αρχή η οποία προέβλεπε εκείνης που εξέδωσε την πράξη, την ακύρωσή της (ιεραρχική προσφυγή). 2. Η διοικητική αρχή στην οποία υποβάλλεται η, κατά την προηγούμενη παράγραφο, αίτηση οφείλει να γνωστοποιήσει στον ενδιαφερόμενο την απόφασή της για την αίτηση αυτή το αργότερο μέσα σε τριάντα (30) ημέρες, εκτός αν από ειδικές διατάξεις προβλέπεται διαφορετική προθεσμία. [...]"

III. Νομική Εκτίμηση

10. Η υποβληθείσα αίτηση θεραπείας του Δήμου Θερμαϊκού αφορά στην επανεξέταση του υπ' αριθ. πρωτ. 17724/08-10-2018 αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, επί του οποίου εκδόθηκε η υπ' αριθμ. Δ105/2018 Γνώμη, με την οποία είχε κριθεί ότι συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για εξέταση του αιτήματος και παροχή σύμφωνης γνώμης, κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011.

11. Στην προκειμένη περίπτωση, με την με αριθμ. Δ105/2018 απόφασή της, η Αρχή, κατόπιν υπαγωγής του υποβληθέντος αιτήματος στην ορθή νομική βάση, ήτοι με εφαρμογή της διάταξης της περίπτωσης β' της παραγράφου 2 του άρθρου 26 του ν. 4412/2016 ως προς τα τμήματα στα οποία υπεβλήθησαν μη κανονικές προσφορές (Α2, Β2, Γ, Δ, Ε) και της διάταξης της περίπτωσης α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, ως προς τα τμήματα στα οποία δεν υπεβλήθη καμία προσφορά (Α1, Β1), δεν παρείχε τη σύμφωνη γνώμη της επί του αιτήματος λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Ειδικότερα έκρινε ότι: *"[...] η απαίτηση [...] της διακήρυξης, [...] να είναι το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες, αφενός μεν δεν προκύπτει από διάταξη νόμου αφετέρου ειδικά στα Καύσιμα, προβλέπεται ότι το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης μπορεί να είναι και αρνητικό (άρθρο 63 ν. 4257/2014 (Α' 93)). Σύμφωνα δε με την με αριθμό 448/2018 απόφαση του Τμήματος IV του Ελεγκτικού Συνεδρίου, έχει κριθεί ότι μη νόμιμα αποκλείστηκε προσφορά ως μη σύμφωνη με διακήρυξη, η οποία όριζε ότι το ποσοστό έκπτωσης πρέπει να είναι σε ακέραιες μονάδες, το οποίο δεν προβλεπόταν στο νόμο και κρίθηκε ότι ο σχετικός όρος περιόρισε τον ανταγωνισμό χωρίς να εδράζεται σε κανένα δικαιολογητικό λόγο.*

Εν προκειμένω δε, όσον αφορά την προμήθεια καυσίμων, έχει παρατηρηθεί ότι, στις σχετικές διαγωνιστικές διαδικασίες, το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης έχει πολύ μικρό εύρος διακύμανσης.

Επίσης, επισημαίνεται ότι για τα υπό εξέταση τμήματα Α2, Β2, Γ, Δ, και Ε υποβλήθηκαν συνολικά

δύο προσφορές με ποσοστό έκπτωσης με δεκαδικό ψηφίο, οι οποίες τελικά απορρίφθηκαν για το λόγο αυτό. Ως εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι, κατά την κρίση της Αρχής, ο σχετικός όρος, ο οποίος δεν εδράζεται σε διάταξη νόμου, μειώνει σε πολύ μεγάλο βαθμό τα δυνητικά ποσοστά έκπτωσης (τιμές) που θα μπορούσαν να υποβληθούν στο διαγωνισμό λαμβανομένου υπόψη και της φύσης της αγοράς πετρελαιοειδών, η οποία λειτουργεί με μικρά περιθώρια κέρδους και ως εκ τούτου συνεχεται με το άγονο αποτέλεσμα του υπό εξέταση διαγωνισμού. [...]”.

12. Με την υποβληθείσα αίτηση θεραπείας ο Δήμος Θερμαϊκού επικαλείται ότι “η θέσπιση του επίμαχου όρου της υποβολής προσφορών μόνο σε ακέραιες μονάδες, ουδεμία επίδραση ασκεί στην νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας καθώς αφενός από καμία διάταξη του ισχύοντος Ν. 4412/2016 δεν απαγορεύεται και αφετέρου η πρόβλεψή του σχετικού όρου ως υποχρεωτικού κατά την προϊσχύσασα νομοθεσία συνηγορεί στην νομιμότητα αυτού” (Ιστορικό υπό 2).

Ωστόσο, διαπιστώνεται ότι η απαίτηση της υποβολής του ποσοστού έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες δεν προκύπτει από το άρθρο 63 του ν.4257/2014, ούτε από το άρθρο 13 του ν.3438/2006, ούτε από το άρθρο 41 του π.δ. 173/1990, ούτε από καμία άλλη διάταξη νόμου, δύναται δε να οδηγήσει σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μεταξύ των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, ο οποίος αντίκειται στις αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με τις προβλέψεις του άρθρου 18 του ν. 4412/16 (βλ. Νομικό πλαίσιο υπό 4). Εξάλλου, σημειώνεται ότι εφόσον ο νομοθέτης είχε τη βούληση να περιορίσει την διατύπωση του ποσοστού έκπτωσης των προσφορών μόνον σε ακέραιες μονάδες κατά τη διαδικασία σύναψης σύμβασης προμηθειών, θα την είχε διατυπώσει ρητώς, όπως έχει αντίστοιχα προβλέψει με την διάταξη της παραγράφου 2 του άρθρου 95 του ν. 4412/16 στην περίπτωση σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, ιδίως όταν είναι μεγάλο το πλήθος των τιμών μονάδας (Νομικό πλαίσιο υπό 7).

13. Κατόπιν των ανωτέρω η Αρχή πιθανολογεί ότι, ως προς τα τμήματα στα οποία δεν υπεβλήθη καμία προσφορά (A1, B1), τυχόν θεραπεία της διαπιστωθείσας νομικής πλημμέλειας, όπως λεπτομερώς αναλύεται στην προσβαλλόμενη με αριθμό Δ105/2018 απόφασή της, δεν θα οδηγούσε με βεβαιότητα σε αύξηση της συμμετοχής των οικονομικών φορέων, δεδομένου ότι, όπως συχνά παρατηρείται, διαγωνιστικές διαδικασίες καυσίμων καταλήγουν σε άγονο αποτέλεσμα. Ως εκ τούτου, στην υπό εξέταση αίτηση θεραπείας, φαίνεται ότι στοιχειοθετείται η συνδρομή των προϋποθέσεων για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τα τμήματα A1 και B1 σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α΄ του ν. 4412/2016.

14. Εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων, διαπιστώνεται ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α΄ του ν. 4412/2016 για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας καυσίμων κίνησης του Δήμου Θερμαϊκού και των νομικών προσώπων αυτού, προϋπολογισμού 574.229,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, ως προς τα δύο (2) εκ των εννέα (9) τμημάτων του προηγηθέντος ανοιχτού διαγωνισμού άνω των ορίων, ήτοι τις Ομάδες A1 και B1, για τα οποία δεν υπεβλήθη καμία προσφορά, ενώ δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β΄ του ν. 4412/2016 για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας καυσίμων θέρμανσης, προϋπολογισμού 840.008,00€ μη

συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, ως προς τα πέντε (5) τμήματα της με αρ. 281/18-6-2018 διακήρυξης, ήτοι τις Ομάδες Α2, Β2, Γ, Δ, και Ε, στα οποία υπεβλήθησαν προσφορές που δεν έγιναν αποδεκτές.

IV. Συμπέρασμα

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

Την εν μέρει αποδοχή της αίτησης θεραπείας του Δήμου Θερμαϊκού με την οποία ζητείται η επανεξέταση της υπ' αριθμ. Δ105/2018 Γνώμης της Αρχής και την παροχή της σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του Δήμου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας καυσίμων κίνησης, προϋπολογισμού 574.229,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, ως προς τα δύο (2) εκ των εννέα (9) τμημάτων του διενεργηθέντος διαγωνισμού (Ομάδες Α1 και Β1), για τα οποία δεν υπεβλήθη καμία προσφορά, κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' και με τον όρο της μη ουσιώδους τροποποίησης των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού που προηγήθηκε, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 15 Νοεμβρίου 2018

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης