



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΓΝΩΜΗ
Δ4 / 2018**

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

ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την **22α Ιανουαρίου 2018, ημέρα Δευτέρα και ώρα 10:00 π.μ.**, και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 (5ος όροφος), όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (εφεξής Αρχή) σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα Μέλη της Αρχής.

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

- | | |
|--------------------------------------|----------------|
| 1. Γεώργιος Καταπόδης | (Πρόεδρος) |
| 2. Χριστίνα Μπουσουλέγκα | (Αντιπρόεδρος) |
| 3. Μαρία Στυλιανίδου | (Μέλος) |
| 4. Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης | (Μέλος) |
| 5. Ερωφίλη Χριστοβασίλη | (Μέλος) |
| 6. Δημήτριος Σταθακόπουλος | (Μέλος) |
| 7. Δημήτριος Λουρίκας | (Μέλος) |

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

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

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

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστη ο εισηγητής κ. Κανελλόπουλος ο οποίος αποδεσμεύτηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

Ερώτημα: Το αριθμ. 53608/19-12-2017 έγγραφο του Δήμου Ξάνθης (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 7513/22-12-2017).

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 ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων Θέρμανσης και Κίνησης» προϋπολογισμού € 82.222,83 χωρίς Φ.Π.Α., ή € 101.956,29 με Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Κέντρου Κοινωνικής Προστασίας & Αλληλεγγύης του Δήμου Ξάνθης, και του Κέντρου Πολιτισμού του Δήμου Ξάνθης, οικονομικού έτους 2017, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, 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. 20776/23-5-2017 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: 17PROC006248026 2017-05-29) της, ο Δήμος Ξάνθης διενήργησε ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων και Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 658.302,82 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 816.295,50 με Φ.Π.Α., οικονομικού έτους 2017, με κριτήριο κατακύρωσης **α)** το μεγαλύτερο ενιαίο ποσοστό έκπτωσης (πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής) επί της Μέσης Ημερήσιας Λιανικής Τιμής Πώλησης της Περιφερειακής Ενότητας Ξάνθης, για τα Καύσιμα και **β)** τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για τα Λιπαντικά. Τα Τμήματα της Διακήρυξης ήταν έξι (6):

ΤΜΗΜΑΤΑ	ΦΟΡΕΑΣ	ΕΙΔΟΣ	ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ € ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.
1	ΚΕΝΤΡΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ & ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗΣ	ΚΑΥΣΙΜΑ	70.861,61
2	Α΄ ΒΑΘΜΙΑ ΣΧΟΛΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ	ΚΑΥΣΙΜΑ	136.590,00
3	Β΄ ΒΑΘΜΙΑ ΣΧΟΛΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ	ΚΑΥΣΙΜΑ	120.890,00
4	ΔΗΜΟΣ ΞΑΝΘΗΣ	ΚΑΥΣΙΜΑ	300.610,00
5	ΔΗΜΟΣ ΞΑΝΘΗΣ	ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ	17.990,00
6	ΚΕΝΤΡΟ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ	ΚΑΥΣΙΜΑ	<u>11.361,22</u>
ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.			658.302,82

Ανάδοχος θα ανακηρυσσόταν ο οικονομικός φορέας που θα προσέφερε τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για κάθε Τμήμα. Η Σύμβαση είχε διάρκεια δώδεκα (12) μήνες. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr, ορίστηκε η 3η Ιουλίου 2017 και ώρα 15:00 πμ. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 7η Ιουλίου 2017 και ώρα 10:00 πμ. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 41204 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 30η Μαΐου 2017.

Στο άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Όσον αφορά το σκέλος των καυσίμων κίνησης και θέρμανσης του διαγωνισμού, θα ισχύει το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες στη τιμή του δελτίου τιμών....».

1.2 Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 22η Μαΐου 2017 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 26η Μαΐου 2017 (S 100 - 199521).

1.3 Περίληψη της Διακήρυξης δημοσιεύτηκε την 30η Μαΐου 2017 στις εφημερίδες «ΓΕΝΙΚΗ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ», «ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ & ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ», «ΑΔΕΣΜΕΥΤΗ ΘΡΑΚΗΣ», «ΕΜΠΡΟΣ» & «ΘΡΑΚΗ» και την 3η Ιουνίου 2017 στην εφημερίδα «ΑΚΡΙΤΑΣ».

1.4 Περίληψη της Διακήρυξης δημοσιεύτηκε στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων την 2η Ιουνίου 2017, (ΦΕΚ 283/2017).

1.5 Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.cityofxanthi.gov.gr.

1.6 Με το από 14-7-2017 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προσφορών, **α)** απέρριψε την προσφορά της επιχείρησης: **ι)** «ΣΙΟΥΤΑΣ ΙΩΑΝΝΗΣ – ΣΙΟΥΤΑΣ ΣΤΕΡΓΙΟΣ Ο.Ε.» διότι δεν υπέβαλλε ηλεκτρονικά την Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής σύμφωνα με το άρθρο 2.4.2. της Διακήρυξης, υπέβαλλε δύο φορές την Τεχνική Προσφορά με διαφορετικό περιεχόμενο και στο Ενιαίο Ευρωπαϊκό Έντυπο Συμβάσεων δεν δήλωσε ότι θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων και **β)** έκανε αποδεκτές τις προσφορές των επιχειρήσεων:

A.A.	ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ	ΤΜΗΜΑΤΑ
1	ΙΜΠΕΞ Α.Β.Ε.Ε.	5
2	ΣΕΡΡΑΙΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ	1, 3, 4, 6
3	ΤΟΨΗΣ Α.Ε.	5
4	ΧΑΡΑΛΑΜΠΙΔΗΣ ΝΙΚΟΛΑΟΣ & ΣΙΑ Ο.Ε.	1, 2, 3, 4, 6

διότι οι προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης.

1.7 Με την αριθμ. 167/6-9-2017 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε, κατά πλειοψηφία, το από 14-7-2017 Πρακτικό. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 12-9-2017.

1.8 Με το από 27-9-2017 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Οικονομικών Προσφορών: **α)** πρότεινε την κατακύρωση των Τμημάτων 2, 3, 4 και 5 στις εταιρείες «ΙΜΠΕΞ Α.Β.Ε.Ε.» και «ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΧΑΡΑΛΑΜΠΙΔΗΣ & ΣΙΑ Ο.Ε.» και **β)** πρότεινε την απόρριψη των Οικονομικών Προσφορών για τα Τμήματα 1 και 6 διότι οι Οικονομικές Προσφορές των επιχειρήσεων «ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΧΑΡΑΛΑΜΠΙΔΗΣ & ΣΙΑ Ο.Ε.» και «ΣΕΡΡΑΙΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ» που υποβλήθηκαν, ήταν εκφρασμένες με δεκαδικό ποσοστό έκπτωσης και όχι με ακέραιο όπως ορίζονταν στο άρθρο 2.4.4. της Διακήρυξης.

1.9 Με την αριθμ. 217/23-10-2017 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε το από 27-9-2017 Πρακτικό. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 30-10-2017.

1.10 Με το από 30-11-2017 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Κατακύρωσης **α)** έκανε αποδεκτά τα Δικαιολογητικά των εταιρειών «ΙΜΠΕΞ Α.Β.Ε.Ε.» και «ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΧΑΡΑΛΑΜΠΙΔΗΣ & ΣΙΑ Ο.Ε.», διότι αυτά (Δικαιολογητικά) ήταν σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, προτείνοντας την κατακύρωση των Τμημάτων 2, 3, 4, και 5 και **β)** πρότεινε την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τα Τμήματα 1 και 6.

1.11 Με την αριθμ. 253/6-12-2017 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε, κατά πλειοψηφία, το από 30-11-2017 Πρακτικό και αποφάσισε τη προσφυγή στη

διαδικασία της διαπραγμάτευσης, για τα Τμήματα 1 και 6, για τα οποία απορρίφθηκαν οι προσφορές, ύστερα από τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 13-12-2017.

1.12 Με το αριθμ. 53194/14-12-2017 έγγραφό του, ο Δήμος Ξάνθης βεβαιώνει ότι δεν εκκρεμούν Ενστάσεις, Προδικαστικές Προσφυγές ή Ένδικα Μέσα κατά του διαγωνισμού.

1.13 Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Ξάνθης, με το προαναφερόμενο έγγραφό του, στο οποίο επισυνάπτεται σχέδιο Απόφασης, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια **διαδικασίας με διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης για την προμήθεια «Καυσίμων Κίνησης και Θέρμανσης (Τμήματα 1, 6)», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 82.222,83 χωρίς Φ.Π.Α., για τα οποία απορρίφθηκαν οι προσφορές, οικονομικού έτους 2017.**

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 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. [...]».

3. 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.

4. 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 προαιρέσεως 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. [...].».

5. Το άρθρο 26, παράγραφος 2, περίπτωση β' του Ν. 4412/2016 ορίζει 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 καθορίστηκε και τεκμηριώθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης. (...)». Ακολουθώντας, στο άρθρο 29 του ίδιου νόμου με το οποίο ενσωματώνονται οι διατάξεις του άρθρου 29 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιγράφεται η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση».

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](#). [...].».

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

7. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Ξάνθης αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης βάσει της παραγράφου 2, περίπτωση β' του άρθρου 26 του Ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες του άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

8. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας ανάθεσης προμήθειας προϋπολογισμού € 82.222,83 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια του ανοικτού άνω των ορίων του Ν. 4412/2016 διαγωνισμού προϋπολογισμού 658.302,82 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.

9. Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 26, παράγραφος 2, περίπτωση β', προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση, είναι: **α)** η νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή διαδικασία και **β)** η μη υποβολή προσφοράς.

10. 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 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).

11. Στην προκείμενη περίπτωση ο Δήμος Ξάνθης, επικαλείται, ρητά ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός του, τις διατάξεις του άρθρου 26, παράγραφος 2, περίπτωση β' του Ν. 4412/2016, ήτοι την υποβολή μη κανονικών προσφορών, κατόπιν διενέργειας ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμού.

12. 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 β' του άρθρου 26, 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).

13. Ως προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται η κατωτέρω νομική πλημμέλεια που αφορά το ποσοστό έκπτωσης:

Ειδικότερα, στο άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Όσον αφορά το σκέλος των καυσίμων κίνησης και θέρμανσης του διαγωνισμού, θα ισχύει το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες στη τιμή του δελτίου τιμών...».

Με την αριθμ. 217/23-10-2017 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε το από 27-9-2017 Πρακτικό, με το οποίο η Επιτροπή Αξιολόγησης των Οικονομικών

Προσφορών πρότεινε την απόρριψη των Οικονομικών Προσφορών της εταιρείας «ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΧΑΡΑΛΑΜΠΙΔΗΣ & ΣΙΑ Ο.Ε.» επειδή προσέφερε ποσοστό έκπτωσης 1,5% για τα Τμήματα 1 & 6 και της επιχείρησης «ΣΕΡΡΑΙΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ» η οποία προσέφερε ποσοστό έκπτωσης 1,3% για τα Τμήματα 1 & 6 διότι ήταν εκφρασμένες με δεκαδικό ποσοστό έκπτωσης και όχι με ακέραιο όπως ορίζονταν στο άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης.

Ο ανωτέρω όρος της Διακήρυξης θεωρείται άνευ πρακτικής χρησιμότητας και σε κάθε περίπτωση καταχρηστικός, αφού οδηγεί την διαγωνιστική διαδικασία για τα Τμήματα 1 & 6 σε άγονο αποτέλεσμα, μολονότι υποβλήθηκαν δύο προσφορές, και ως εκ τούτου θα μπορούσαν τα εν λόγω Τμήματα να είχαν κατακυρωθεί στον οικονομικό φορέα που προσέφερε το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης, και να μην ζητείται από την Αρχή η σύμφωνη γνώμη για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης.

Επιπρόσθετα, η Αναθέτουσα Αρχή με τον ανωτέρω όρο δημιουργεί στην πράξη, εμπόδιο στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού στη διαγωνιστική διαδικασία με δεδομένο ότι υποβλήθηκαν δύο προσφορές για τα Τμήματα 1 & 6, εκφρασμένες με δεκαδικό ποσοστό έκπτωσης.

Τέλος, με τον εν λόγω όρο η Αναθέτουσα Αρχή κάνει περισσότερο προβλέψιμες τις οικονομικές προσφορές των υποψηφίων Αναδόχων, καθώς μειώνει σε πολύ μεγάλο βαθμό τα δυνητικά ποσοστά έκπτωσης (τιμές) που θα μπορούσαν να υποβληθούν στο διαγωνισμό, δημιουργώντας ενδεχομένως με αυτόν το τρόπο, κίνητρα για συμπαιγνία μεταξύ των οικονομικών φορέων, λαμβανομένου υπόψη και της φύσης της αγοράς πετρελαιοειδών, η οποία λειτουργεί με όχι μεγάλα περιθώρια κέρδους, όπως αυτό προκύπτει από γεγονός ότι σε διαγωνισμούς πετρελαιοειδών τα ποσοστά έκπτωσης που προσφέρονται δεν κυμαίνονται σε ευρεία κλίμακα, όπως πχ. τα ποσοστά έκπτωσης που προσφέρονται σε δημοπρασίες έργων.

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** αποφάσισε:

Την μη παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του Δήμου Ξάνθης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια καυσίμων για τις ανάγκες του Κέντρου Κοινωνικής Προστασίας & Αλληλεγγύης του Δήμου Ξάνθης, και του Κέντρου Πολιτισμού του Δήμου Ξάνθης, οικονομικού έτους 2017, κατά τις διατάξεις του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β' του ν. 4412/2016, ήτοι την υποβολή μη κανονικών προσφορών, λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 22 Ιανουαρίου 2018

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Καταπόδης Γεώργιος