



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ105 ΕΑΔΗΣΥ/2023

άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016., όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 4 του ν. 4912/2022

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ

της παρ. 5 του άρθρου 353 του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 10 του ν. 4912/2022

Στην Αθήνα σήμερα, 27 Σεπτεμβρίου 2023, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:30 π.μ., στα επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κομνά Τράκα γραφεία της, συνήλθε η ως άνω ΕΠΙΤΡΟΠΗ της ΕΝΙΑΙΑΣ ΑΡΧΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (εφεξής και «Αρχή» ή «ΕΑΔΗΣΥ») σε συνεδρίαση, μετά από σχετική πρόσκληση της Προέδρου, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα Μέλη.

Τα προσκληθέντα Μέλη της Επιτροπής παρέστησαν κατά τη συνεδρίαση, ως εξής:

Πρόεδρος: Ανδρονίκη Θεοτοκάτου (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Μέλη: Ευαγγελία Κουτούπα (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Δημήτριος Χανής (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Χρυσάνθη Ζαράρη

Αδάμ Καραγλάνης

Βασιλική Σκαρτσούνη

Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης, ΠΕ Διοικητικού Οικονομικού.

Εισηγήτρια: Φιλία Κοντραφούρη, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό ΕΑΔΗΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης, παρέστησαν, η εισηγήτρια, η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης, Μαρία Παναγοηλιοπούλου (μέσω τηλεδιάσκεψης), καθώς και η

Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου της ΕΑΔΗΣΥ, Μαριλένα Σιδέρη, οι οποίες αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας των Μελών της Επιτροπής και τη λήψη απόφασης.

ΘΕΜΑ: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής περί προσφυγής του Δήμου Παπάγου-Χολαργού στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης, βάσει του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας αμόλυβδης βενζίνης, εκτιμώμενης αξίας 136.890 ευρώ πλέον ΦΠΑ, κατόπιν προηγηθέντος ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων που απέβη εν μέρει άγονος.

Με το υπ' αρ. πρωτ. 19633/31-08-2023 (αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΔΗΣΥ 3783/01-09-2023) αίτημα, όπως συμπληρώθηκε με το 20440/12-09-2023 έγγραφο (αρ. πρωτ. εισερ. 4006/15-09-2023), ο Δήμος Παπάγου-Χολαργού αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με το άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, για την ανάθεση της εν θέματι σύμβασης.

I. Ιστορικό – Πραγματικά περιστατικά

Από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα εξής:

1.1. Με την υπ' αριθ. 115/2023 (ΑΔΑ: Ψ7Ρ3ΩΞ1-ΦΞΟ) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής εγκρίθηκαν οι όροι της διακήρυξης και οι τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού για την προμήθεια, με τίτλο: «Προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για τις ανάγκες του δήμου Παπάγου-Χολαργού, του ν.π.δ.δ. Δ.Ο.Π.Α.Π. και των σχολικών επιτροπών Α' βαθμιας και Β' βαθμιας Εκπαίδευσης του Δήμου διάρκειας (2) ετών με δικαίωμα προαίρεσης ως προς τα υγρά καύσιμα.

Εν συνεχεία, με την υπ' αρ. πρωτ. 11766/24-05-2023 διακήρυξη με ΑΔΑΜ:23PROC012739148 2023-05-24, ο Δήμος διενήργησε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων για την παραπάνω προμήθεια, εκτιμώμενης αξίας 1.886.850,96 €, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% και δικαιώματος προαίρεσης. Ο προϋπολογισμός διαμορφώθηκε στο παραπάνω ποσό δυνάμει της με αριθμό 12023074/04-05-2023 συνολικής μελέτης του Δήμου. Η διακήρυξη διαιρέθηκε σε 7 τμήματα.

1.2. Το άρθρο 1.3. της διακήρυξης «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» προέβλεπε, μεταξύ άλλων, ότι «*Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια υγρών καυσίμων (και συγκεκριμένα πετρελαίου κίνησης, αμόλυβδης βενζίνης), λιπαντικών και λοιπών συναφών υλικών για τις ανάγκες του Δήμου Παπάγου-Χολαργού και πετρελαίου θέρμανσης του Ν.Π.Δ.Δ. Δ.Ο.Π.Α.Π και των Σχολικών Επιτροπών, διάρκειας δύο (2) ετών, δαπάνης 1.886.850,96 €, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% και δικαιώματος προαίρεσης ως προς τα καύσιμα κίνησης του Δήμου και ως προς τα καύσιμα θέρμανσης του Ν.Π.Δ.Δ. Δ.Ο.Π.Α.Π και των Σχολικών Επιτροπών για το έτος 2025.*

Η χρήση του δικαιώματος προαίρεσης κρίνεται απαραίτητη, λόγω των διαδικασιών του διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού (αξιολόγηση, προσκόμιση και έλεγχος δικαιολογητικών) και την απρόβλεπτη διακύμανση στις τιμές των καυσίμων, που στο παρελθόν αποδείχθηκε ότι είτε καθυστερούν την

σύναψη σύμβασης είτε εξαντλούν το ποσό, με κίνδυνο την έλλειψη καυσίμων στον ευαίσθητο τομέα της αποκομιδής απορριμμάτων και της θέρμανσης των σχολικών κτιρίων.

Προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα τμήματα της προμήθειας, για τη συνολική ωστόσο προκηρυχθείσα ποσότητα του κάθε τμήματος.

Απόρριψη ενός ή περισσότερων ειδών ενός τμήματος επιφέρει αυτόματα την απόρριψη της προσφοράς ολόκληρης του τμήματος.

Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί το δικαίωμα να αναθέσει ένα ή περισσότερα τμήματα σε έναν προσφέροντα εφόσον αυτός υποβάλλει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, για κάθε τμήμα.

Για όλους τους φορείς οι συμβάσεις/αναθέσεις που θα προκύψουν από το διαγωνισμό θα έχουν ως ημερομηνία έναρξης μεταγενέστερη ημερομηνία τυχόν συμβάσεων ομοειδών που βρίσκονται σε ισχύ.

Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 1.521.654,00€ χωρίς ΦΠΑ. Στο ως άνω αναφερόμενο ποσό συμπεριλαμβάνεται και το δικαίωμα προαίρεσης ως προς τα υγρά καύσιμα κίνησης και ως προς τα υγρά καύσιμα θέρμανσης Ν.Π.Δ.Δ Δ.Ο.Π.Α.Π και Σχολικών Επιτροπών. [...]

Η Αναθέτουσα Αρχή δεν υποχρεούται να απορροφήσει το σύνολο των καυσίμων και λιπαντικών που αναγράφονται στον προϋπολογισμό, εφόσον οι ανάγκες αυτής επιβάλλουν ότι δεν είναι απαραίτητη η λήψη όλης της αντίστοιχης εκτιμώμενης ως μέγιστης απαραίτητης ποσότητας, και ο/οι προμηθευτής/ές δε δικαιούται/νται να αξιώσει/ουν αποζημίωση για αυτό.

Κάθε νομικό πρόσωπο θα συνάπτει ξεχωριστή σύμβαση με τον ανάδοχο.

Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε δύο (2) έτη από την υπογραφή της και ανάρτηση αυτής στο ΚΗΜΔΗΣ, με δικαίωμα προαίρεσης.

Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και συγκεκριμένα:

- για τα είδη «πετρέλαιο κίνησης» του τμήματος Α, «αμόλυβδη βενζίνη» του τμήματος Β και «πετρέλαιο θέρμανσης» των τμημάτων Ε, ΣΤ και Ζ με το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά Μέση Λιανική Τιμή Πώλησης του καυσίμου την ημέρα παράδοσής του, όπως αυτή προκύπτει από το εβδομαδιαίο Δελτίο Επισκόπησης Τιμών Καυσίμων, που εκδίδεται από το Παρατηρητήριο Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας για το Νομό Αττικής (www.fuelprices.gr), όπως ισχύει κάθε φορά σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία.
- για τα λιπαντικά και λοιπά υλικά των τμημάτων Γ και Δ με την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής για το σύνολο των ειδών έκαστου τμήματος, με την προϋπόθεση ότι τα προσφερόμενα είδη θα καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές της προμήθειας.

Το ανωτέρω ποσοστό για τα καύσιμα μπορεί να είναι και αρνητικό, χωρίς να υπερβαίνει το 5% σύμφωνα με το άρθρο 63 Ν. 4257/14».

1.3. Ως προς τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής η διακήρυξη προέβλεπε τα εξής:

«2.2.4 Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας

Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας.

Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016.

Στην περίπτωση οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε κράτος μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ) ή σε τρίτες χώρες που προσχωρήσει στη ΣΔΣ, ή σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην προηγούμενη περίπτωση και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε αντίστοιχα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα.

Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού.

Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να προσκομίζουν για τα ΤΜΗΜΑΤΑ Α,Β,Ε,ΣΤ,Ζ άδεια πώλησης υγρών καυσίμων.

Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης.

2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

ΔΕΝ ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ ΣΤΗΝ ΠΑΡΟΥΣΑ.

2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς:

ΓΙΑ ΤΑ ΤΜΗΜΑΤΑ Α και Β:

Απαιτείται να διαθέτουν τουλάχιστον ένα πρατήριο υγρών καυσίμων (βενζινάδικο) ιδιόκτητο ή συνεργαζόμενο, απ' όπου τα οχήματα του Δήμου και τα οχήματα των Νομικών Προσώπων, θα μπορούν να προμηθεύονται καύσιμα κίνησης (ο Δήμος θα το χρησιμοποιεί στις περιπτώσεις βλάβης των αντλιών του ή σε περίπτωση μη λειτουργίας των ιδιόκτητων δεξαμενών).

Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης”.

1.4. Ως προς τα αποδεικτικά μέσα η διακήρυξη όριζε ότι

«B. 2. Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4. (απόδειξη καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του κράτους εγκατάστασης. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του αντίστοιχου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, με το οποίο πιστοποιείται αφενός η εγγραφή τους σε αυτό και αφετέρου το ειδικό επάγγελμά τους. Στην περίπτωση που χώρα δεν τηρεί τέτοιο μητρώο, το έγγραφο ή το πιστοποιητικό μπορεί να αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας ότι δεν τηρείται τέτοιο μητρώο και ότι ασκεί τη δραστηριότητα που απαιτείται για την εκτέλεση του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης.

Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς προσκομίζουν βεβαίωση εγγραφής στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού ή πιστοποιητικό που εκδίδεται από την οικεία υπηρεσία του Γ.Ε.Μ.Η. των ως άνω Επιμελητηρίων.

Επισημαίνεται ότι, τα δικαιολογητικά που αφορούν στην απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4 (απόδειξη καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) γίνονται αποδεκτά, εφόσον έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, εκτός εάν, σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτών, φέρουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος.

Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να προσκομίζουν για την απόδειξη της παραγράφου 2.2.4 που αφορά τα ΤΜΗΜΑΤΑ Α,Β,Ε,ΣΤ,Ζ αντίγραφο άδειας πώλησης υγρών καυσίμων.

Β.3.Για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν: για τα τμήματα Α,Β προσκομίζουν υπεύθυνη δήλωση με τα στοιχεία των ιδιοκτητών ή συνεργαζόμενων πρατηρίων υγρών καυσίμων, καθώς και τις άδειες λειτουργίας αυτών.

Στην περίπτωση, που τα πρατήρια είναι συνεργαζόμενα, θα πρέπει να κατατεθούν επικυρωμένα αντίγραφα των συμφωνητικών συνεργασίας».

1.5. Ως προς τα περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά», η διακήρυξη όριζε τα εξής:

«2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής

Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποιινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α- δ στοιχεία:

α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), όπως προβλέπεται στις παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και τη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση με την οποία ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις πληροφορίες που παρέχει με το ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 9 του ίδιου άρθρου,

β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης,

γ) Υπεύθυνη δήλωση, ψηφιακά υπογεγραμμένη, περί του χρόνου ισχύος της προσφοράς.

Δ) Υπεύθυνη δήλωση, ψηφιακά υπογεγραμμένη, σύμφωνα με το Παράρτημα VII της παρούσας.

Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό υπόδειγμα ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παρούσας διακήρυξης ως Παράρτημα ΙΙΙ αυτής.

Το συμπληρωμένο από τον Οικονομικό Φορέα ΕΕΕΣ, καθώς και η τυχόν συνοδευτική αυτού υπεύθυνη δήλωση, υποβάλλονται σύμφωνα με την περίπτωση δ της παραγράφου 2.4.2.5 της παρούσας, σε ψηφιακά υπογεγραμμένο ηλεκτρονικό αρχείο με μορφότυπο PDF.

2.4.3.2 Τεχνική προσφορά

Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος ΙΙ της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα.

Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν:

- το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν”.

1.6. Ως προς τη ρήτρα αναπροσαρμογής της τιμής, η διακήρυξη ορίζει τα ακόλουθα:

“6.7 Αναπροσαρμογή τιμής

1. Για τα τμήματα με χαμηλότερη τιμή:

Οι προσφερόμενες τιμές δύναται να αναπροσαρμοστούν σύμφωνα με τα οριζόμενα του άρθρου 7 του Ν. 4965/2022 (ΦΕΚ 162/02.09.2022 τεύχος Α) με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 53 του ν. 4412/2016. Για την τεκμηρίωση της αναπροσαρμοσμένης τιμής ο ανάδοχος οφείλει να καταθέσει συνοδευτικά του τιμολογίου την αντίστοιχη εγκύκλιο του Δείκτη Τιμών Καταναλωτή όπως εκείνη δημοσιεύεται από το Υπουργείο Ανάπτυξης, για το μήνα που προηγείται του χρόνου παράδοσης των αγαθών, σε σχέση με τον ίδιο μήνα του έτους κατά το οποίο κατατέθηκε η προσφορά του οικονομικού φορέα.

Επισημαίνεται ότι η εφαρμογή του όρου περί αναπροσαρμογής των τιμών λαμβάνει χώρα πάντοτε υπό τους περιορισμούς του άρθρου 132 περί τροποποίησης συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους.

Επίσταται ιδιαιτέρως η προσοχή των αναθετουσών αρχών στην νομοθετική υποχρέωση που προβλέπεται στο ανωτέρω άρθρο περί μη δυνατότητας αύξησης της τιμής περισσότερο από το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης. Η υποχρέωση αυτή τηρείται σε κάθε περίπτωση ακόμα και αν η αξία της

σύμβασης που θα προέκυπτε μετά την εφαρμογή του μαθηματικού τύπου είναι μεγαλύτερη του 50% της αξίας της (αρχικά) συναφθείσας σύμβασης

2.Για τα τμήματα με ποσοστό έκπτωσης: Οι τιμές μονάδας θα προκύπτουν μετά την εφαρμογή του προσφερόμενου ποσοστού έκπτωσης επί τοις εκατό στην τιμή του είδους, στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης του είδους κατά την ημέρα παράδοσης, όπως αυτή θα προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο δελτίο πιστοποίησης τιμών του Τμήματος Εμπορίου της Περιφέρειας Αττικής.

Στις περιπτώσεις αυτές η τιμή αναπροσαρμόζεται κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης με βάση την εκάστοτε ισχύουσα τιμή αναφοράς, εφαρμοζόμενου του ποσοστού έκπτωσης.

Το δηλωθέν ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) επί της εκάστοτε διαμορφούμενης και πιστοποιούμενης από το εκάστοτε εκδιδόμενο δελτίο πιστοποίησης τιμών του Τμήματος Εμπορίου της Περιφέρειας Αττικής θα μείνει αμετάβλητο καθ' όλη την διάρκεια ισχύος της σύμβασης”.

1.7. Προκήρυξη της παρούσας σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 19/05/2023 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δημοσιεύτηκε στις 24/05/2023 (2023/S 099-307821).

Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 23/05/2023 (23PROC012739148).

Τα έγγραφα της σύμβασης αναρτήθηκαν στη Διαδικτυακή Πύλη (www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ στις 24/05/2023 με Συστημικό Αύξοντα Αριθμό: 193917. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 24/05/2023.

Περίληψη της διακήρυξης, όπως προβλέπεται στην περίπτωση (ιστ) της παραγράφου 3 του άρθρου 76 του ν.4727/2020, αναρτήθηκε στις 04/01/2023 στο διαδίκτυο, στον ιστότοπο <http://et.diangeia.gov.gr/> (ΑΔΑ 6Α14ΩΞ1-Π15).

Η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο διαδίκτυο στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής, στη διεύθυνση (URL): www.dparxoi.gov.gr και τοιχοκολλήθηκε στον Πίνακα Ανακοινώσεων του Δημοτικού Καταστήματος στις 24/05/2023.

Η περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στις ημερήσιες εφημερίδες Συνείδηση και Χτύπος στις 25/05/2023 και 27/05/2023 αντίστοιχα.

Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 24/05/2023 και ως καταληκτική ημερομηνία η 27/06/2023. Η ηλεκτρονική αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» και του (υπό)φακέλου «Οικονομική Προσφορά» ορίστηκε για την 30/06/2023 και ώρα 12:00 μ.

Η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, που συγκροτήθηκε με την με αρ. 7/11-1-2023 (ΑΔΑ: 68Ν5ΩΞ1-Ε0Π) απόφαση, με το από 30/06/2023 πρακτικό της, διαπίστωσε, μεταξύ άλλων, ότι

κατατέθηκαν εμπροθέσμως προσφορές από 12 οικονομικούς φορείς για όλα τα τμήματα και προχώρησε σε έλεγχο των εγγυητικών επιστολών.

Ακολούθως, στις 23/08/2023 προέβη στον έλεγχο του Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», από τον οποίο διαπιστώθηκε ότι ο μοναδικός οικονομικός φορέας που δήλωσε συμμετοχή για το Τμήμα Β - Αμόλυβδη Βενζίνη της διακήρυξης, «ΑΦΟΙ ΒΑΜΒΟΥΔΑΚΗ ΟΕ», δεν προσκόμισε, όπως όφειλε, επί ποινή αποκλεισμού, βάσει του άρθρου 2.4.3. της διακήρυξης, Υπεύθυνη Δήλωση σύμφωνα με το Παράρτημα VII περί συμμόρφωσης με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2022/576 του Συμβουλίου της 8ης Απριλίου 2022 και ειδικότερα ότι δεν υφίσταται ρώσικη συμμετοχή στην εταιρεία που εκπροσωπεί.

Κατόπιν των ανωτέρω η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε προς την οικονομική επιτροπή: 1. Τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα «ΑΦΟΙ ΒΑΜΒΟΥΔΑΚΗ ΟΕ» και 2. Την κήρυξη του Τμήματος Β-Αμόλυβδη Βενζίνη, ως άγονο, λόγω αποκλεισμού του μοναδικού οικονομικού φορέα που κατέθεσε προσφορά για το συγκεκριμένο τμήμα.

Το παραπάνω πρακτικό εγκρίθηκε με την αρ. 169/30-08-2023 απόφαση της Οικονομικής, η οποία κοινοποιήθηκε στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα στις 31/08/2023, όπως προκύπτει από σχετικό έλεγχο στο ΕΣΗΔΗΣ.

3. Η αναθέτουσα προσκομίζει την αρ. πρωτ. 20440/12-09-2023 βεβαίωση του Τμήματος Προμηθειών και διαχείρισης αποθηκών του Δήμου, στην οποία αναφέρεται ότι στον εν εξελίξει διαγωνισμό «δεν εκκρεμεί ένσταση ή προσφυγή ή άλλο ένδικο βοήθημα.....».

Το ανωτέρω επιβεβαιώθηκε και από έρευνα της Αρχής στην ηλεκτρονική πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού με συστημικό αριθμό 193917.

Επίσης, στο σχέδιο απόφασης βεβαιώνεται ότι η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης δυνάμει του άρθρου 32 παρ.2 εδ. α' ν. 4412/2016 θα λάβει χώρα «με όρους συμμετοχής τους αναφερόμενους στην με αριθμό πρωτ. 11766/24-05-2023 Διακήρυξη με ΑΔΑΜ:23PROC012739148 2023-05-24 του αρχικού διαγωνισμού».

II. Νομικό Πλαίσιο

4.A. Οι διατάξεις του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β', παρ. 3 και 4 του ν. 4412/2016 (Α' 147), οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπουν 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 προηγούμενη 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”.

4.Β. Οι διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ίδιου νόμου, οι οποίες ενσωματώνουν την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπουν 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 ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημά της [...]".

III. Νομική Εκτίμηση

5. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Παπάγου-Χολαργού αφορά στη σύναψη σύμβασης προμήθειας με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, βάσει των διατάξεων της παραγράφου 2 περ. α' του άρθρου 32 του ν. 4412/2016. Η ανωτέρω σύμβαση εντάσσεται στην κατηγορία δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, για τις οποίες ως κατώτατο ενωσιακό όριο, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, έχει οριστεί το ποσό των ευρώ 215.000 €. Η αιτούμενη σύμβαση ανέρχεται στο ποσό των 136.890,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, αλλά αποτελεί τμήμα διαγωνιστικής διαδικασίας συνολικής εκτιμώμενης αξίας 1.521.654 ευρώ, πλέον ΦΠΑ και ως εκ τούτου συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή σύμφωνης γνώμης, κατ' άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ίδιου ως άνω νόμου, όπως ισχύει.
6. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 26 και 32 του ν. 4412/2016 περιπτώσεις (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56). Οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις, οι οποίες 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 συσταλτικής ερμηνείας (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. Ι-1949, σκέψη 13 και της 13ης Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, Ι-13947, σκέψη 48).

7. Η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ρητά, ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της, τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016. Σύμφωνα με το ιστορικό, για το τμήμα Β υποβλήθηκε μία προσφορά, η οποία κρίθηκε απορριπτέα από τη γνωμοδοτική Επιτροπή και ακολούθως απορρίφθηκε από την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, επειδή δεν πληρούσε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής και συγκεκριμένα δεν προσκομίστηκε *Υπεύθυνη δήλωση, ψηφιακά υπογεγραμμένη*, για τη συμμόρφωση του προσφέροντος με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2022/576 του Συμβουλίου της 8ης Απριλίου 2022. Συγκεκριμένα, ο οικονομικός φορέας όφειλε να δηλώσει υπεύθυνα ότι *«πέβαλε προσφορά στην εν λόγω διαδικασία σύναψης σύμβασης, ..., σύμφωνα με τους περιορισμούς που περιλαμβάνονται στο άρθρο 5(ια) του Κανονισμού του Συμβουλίου (ΕΕ) αριθ. 833/2014 της 31ης Ιουλίου 2014 σχετικά με περιοριστικά μέτρα λόγω των ενεργειών της Ρωσίας που αποσταθεροποιούν την κατάσταση στην Ουκρανία, όπως τροποποιήθηκε από τον με αριθ. 2022/576 Κανονισμό του Συμβουλίου (ΕΕ) της 8ης Απριλίου 2022»*.

8. Επισημαίνεται, ότι για την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 32.2.α του ν. 4412/2016 απαιτείται η μη υποβολή προσφοράς ή η υποβολή «ακατάλληλης» προσφοράς. Κατά τη ρητή διατύπωση του ως άνω άρθρου: *«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.»*

Στην υπό κρίση περίπτωση για το τμήμα Β του διαγωνισμού υποβλήθηκε μία (1) προσφορά, η οποία απορρίφθηκε. Ειδικότερα, όπως εκτέθηκε στο ιστορικό και επιβεβαιώθηκε από σχετικό έλεγχο της Αρχής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό 179058,1 ο συγκεκριμένος προσφέρων είχε προσκομίσει νομίμως και εμπροθέσμως την απαιτούμενη εγγυητική επιστολή και το ΕΕΕΣ, πλην όμως δεν είχε προσκομίσει ένα από τα δικαιολογητικά που απαιτούνταν για τον υποφάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής. Η προσφορά αυτή δεν θεωρείται «μη κατάλληλη», ήτοι δεν δύναται να εξομοιωθεί με μη υποβληθείσα. Τούτο δε, καθόσον η μη καταλληλότητα προσφορών αφορά σε περιπτώσεις πλημμελειών ουσίας, ιδιαίτερα σοβαρών ελλείψεων των προσφορών, οι οποίες φανερώνουν ότι κατ' ουσίαν η αγορά δεν ανταποκρίθηκε στην προς ανάθεση σύμβαση, έτσι όπως αυτή προδιαγράφηκε στα τεύχη του διαγωνισμού από την αναθέτουσα αρχή. Μη κατάλληλες, συνεπώς, θεωρούνται γενικά οι προσφορές που δεν έχουν καμία σχέση με τη σύμβαση, δηλαδή το περιεχόμενό τους δεν εναρμονίζεται με τις απαιτήσεις της σύμβασης και είναι ασύμβατο με τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής (βλ. (ΕΣ/Τμ. VI 3558/2009, 44/2007, Γνώμες της Αρχής 51/2015, 328/2014, 23/2017, Δ82/2018 Δ81/2019).

Ως εκ τούτου, εν προκειμένω δε έλκεται σε εφαρμογή η διάταξη του άρθρου 32 παρ.2 εδ.α' του ν. 4412/2016.

9. Περαιτέρω, δεδομένου ότι η Αρχή έχει δικαίωμα υπαγωγής του αιτήματος στην ορθή νομική βάση, πρέπει να ερευνηθεί η συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β' του ν. 4412/2016, οι οποίες είναι οι ακόλουθες:

A) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία

B) να έχουν υποβληθεί μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές.

Σχετικά με την ως άνω υπό Α) προϋπόθεση, επισημαίνεται ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων, 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.

Στην περίπτωση δε αυτή, 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 του ν. 4412/2016 και οι οποίοι, κατά την προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, και μόνον αυτούς.

10. Από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου της υπό κρίση υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

Κατά τη διαγωνιστική διαδικασία που διενεργήθηκε για την προεκτεθείσα προμήθεια, εκτιμώμενης αξίας 1.886.850,96 €, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% και δικαιώματος προαίρεσης, τηρήθηκαν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας, το δε κείμενο της διακήρυξης στηρίχθηκε στο υπόδειγμα διακήρυξης προμηθειών της Αρχής. Η υποβληθείσα προσφορά για το τμήμα Β', εμπίπτει στην έννοια της μη κανονικής προφοράς, κατά τις διατάξεις του άρθρου 26 παρ. 2 εδ. β' του ν. 4412/2016, καθόσον η διαπιστωθείσα έλλειψη στον υποφάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής του οικονομικού φορέα δεν προσδίδει στην προσφορά του χαρακτήρα «μη υποβληθείσας ή τελείως άσχετης με τη διακήρυξη», ήτοι ακατάλληλης προφοράς.

11. Επισημαίνεται, ότι κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο τελευταίο εδάφιο του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β' του ν. 4412/2016, 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 προηγούμενη ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, και μόνον αυτούς.

13. Κατά την προσφυγή της αναθέτουσας στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση δεν τίθεται μεν εκ του νόμου υποχρέωσή της περί μη ουσιώδους τροποποίησης των όρων της διακήρυξης του προηγούμενου ανοικτού διαγωνισμού (πρβλ. Δ33, Δ43 και Δ61/2020 Γνώμες της Αρχής), πλην όμως, σε συμμόρφωση με τα διαλαμβανόμενα στην αιτιολογική σκέψη 45 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αυτή οφείλει: α) να καθορίσει - κατά ουσιώδη ή μη τροποποίηση των όρων της ανωτέρω διακήρυξης –«*εκ των προτέρων τις ελάχιστες απαιτήσεις που χαρακτηρίζουν τη φύση*» της προς ανάθεση δημόσιας σύμβασης, οι οποίες είναι οι «*όροι και τα χαρακτηριστικά (κυρίως φυσικά, λειτουργικά και νομικά) στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται ή τα οποία πρέπει να διαθέτει μια προσφορά ώστε να μπορεί η αναθέτουσα αρχή να αναθέσει τη σύμβαση σύμφωνα με τα κριτήρια ανάθεσης που έχει επιλέξει*» και οι οποίες «*δεν θα πρέπει να τροποποιηθούν κατά τις διαπραγματεύσεις*», β) να καθορίσει - κατά ουσιώδη ή μη τροποποίηση των όρων της ανωτέρω διακήρυξης - τα υποκριτήρια ανάθεσης της προς σύναψη δημόσιας σύμβασης και τη στάθμισή τους, τα οποία « *πρέπει να παραμένουν σταθερά καθ'*

όλη τη διάρκεια της διαδικασίας και να μην υπόκεινται σε διαπραγμάτευση, ώστε να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων» γ) να λάβει υπόψη της, κατά τη διενέργεια της σκοπούμενης διαδικασίας διαπραγμάτευσης μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ότι «όλες οι προσφορές καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας πρέπει να υποβάλλονται γραπτώς» και «για τη διασφάλιση της διαφάνειας και της ιχνηλασιμότητας της διαδικασίας, όλες οι φάσεις πρέπει να τεκμηριώνονται δεόντως».

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Ενόψει των προεκτεθέντων, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει :

Την παροχή σύμφωνης γνώμης περί προσφυγής του Δήμου Παπάγου-Χολαργού στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης, βάσει του άρθρου 26 παρ.2 περ. β' του ν.4412/16, για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας αμόλυβδης βενζίνης, εκτιμώμενης αξίας 136.890 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, λόγω συνδρομής των οικείων προϋποθέσεων.

Αθήνα, 27 Σεπτεμβρίου 2023

Η Πρόεδρος

Ανδρονίκη Θεοδοκάτου