



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ

142/2014

(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. γ.(δδ) Ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 30^η Απριλίου του έτους δύο χιλιάδες δεκατέσσερα (2014) ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00 και επί της οδού Λ. Κηφισίας 7 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) Πρόεδρος:** Ραΐκος Δημήτριος
- 2) Αντιπρόεδρος:** Μπουσουλέγκα Χριστίνα
- 3) Μέλη:** Καραμανλής Ευάγγελος
Κουλούρη Ιωάννα
Λουρίκας Δημήτριος
Σταθακόπουλος Δημήτριος

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

Γραμματέας: Γιαμά Αλεξάνδρα

Εισηγητής : Βασιλεία Τριανταφύλλου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

ΘΕΜΑ: Αίτηση θεραπείας Δήμου Χαϊδαρίου για την ανάκληση της υπ' αριθ. 84/2014 απόφασης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης της Αρχής σε αίτημά του για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, για την σύναψη σύμβασης προμήθειας καυσίμων (Βενζίνης-πετρελαίου θέρμανσης) για τις ανάγκες του Δήμου, των σχολείων Α/θμιας και Β/θμιας εκπαίδευσης και για τις ανάγκες κίνησης των πάσης φύσεως οχημάτων του Δήμου Χαϊδαρίου, χρονικής διάρκειας της σύμβασης 12 μήνες από της υπογραφής, προϋπολογισμού του αιτήματος 206.962,69€ (συμ/νου ΦΠΑ), σε συνέχεια του διενεργηθέντος, εν μέρει άγονου, διεθνούς διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 465.000,00€ (συμπ/νου ΦΠΑ).

1. Με την υπ' αριθ. πρωτ. 11232/04-04-2014 έγγραφη αίτηση θεραπείας του Δήμου Χαϊδαρίου προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία παρελήφθη από την Αρχή 04-04-2014 και έλαβε αριθμό πρωτ. 1643, ζητείται η διόρθωση της υπ' αριθ. 84/2014 απόφασης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης της Αρχής σε αίτημά του για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατόπιν προηγηθέντος άγονου διεθνούς διαγωνισμού, για την σύναψη σύμβασης προμήθειας καυσίμων (Βενζίνης-πετρελαίου θέρμανσης) για τις ανάγκες του Δήμου, των σχολείων Α/θμιας και Β/θμιας εκπαίδευσης και για τις ανάγκες κίνησης των πάσης φύσεως οχημάτων του Δήμου Χαϊδαρίου, χρονικής διάρκειας της σύμβασης 12 μήνες από της υπογραφής, συνολικού προϋπολογισμού 206.962,69€ (συμπ/νου ΦΠΑ).

I. Ιστορικό-πραγματικό πλαίσιο

2. Από το φάκελο της υπόθεσης και τα σχετικά έγγραφα που συνοδεύουν το αίτημα του Δήμου προκύπτουν τα ακόλουθα:

2.1. Με την υπ' αριθ. πρωτ. 45275/23-12-2013 Διακήρυξη, ο Δήμος Χαϊδαρίου προκήρυξε ανοικτό διεθνή διαγωνισμό για την προμήθεια : 1. Πετρελαίου Diesel θέρμανσης, για τις ανάγκες του Δήμου και των σχολείων Α/θμιας και Β/θμιας εκπαίδευσης του Δήμου, ποσού 52.816,50€ και 81.293,85€ αντίστοιχα πλέον ΦΠΑ, 2. Πετρελαίου Diesel κίνησης και βενζίνης αμόλυβδης (95 RON), ποσού 165.022,00€ και 34.152,00€ αντίστοιχα, πλέον ΦΠΑ και 3. Λιπαντικών, ποσού 44.764,00€ πλέον ΦΠΑ και συνολικού προϋπολογισμού 378.048,35 πλέον ΦΠΑ (465.000,00€ συμπ/νου ΦΠΑ). Η προμήθεια αφορούσε στην κάλυψη αναγκών: του Δήμου, των σχολείων Α/θμιας και Β/θμιας εκπαίδευσης και τις ανάγκες κίνησης των πάσης φύσεως οχημάτων του Δήμου Χαϊδαρίου. Κριτήριο κατακύρωσης ορίστηκε : α) για το πετρέλαιο κίνησης το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες στη μέση τιμή χονδρικής πώλησης, όπως αυτή προσδιορίζεται από την αρμόδια Διεύθυνση Περιφέρειας Αττικής σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, β) για το πετρέλαιο θέρμανσης και τη βενζίνη κίνησης το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες στη μέση τιμή λιανικής πώλησης και γ) για τα λιπαντικά η χαμηλότερη τιμή. Ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 05η/02/2014.

2.2. Με την υπ' αριθ. 24/14-02-2014 απόφασή της (ΑΔΑ: ΒΙΕΕΩΗ3-ΦΤΓ) η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε το από 05-02-2014 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας-Αξιολόγησης Δημοσίων Διαγωνισμών και κήρυξε άγονο τον διαγωνισμό για το Πετρέλαιο Diesel θέρμανσης και τη βενζίνη αμόλυβδη, ενώ, με την υπ' αριθ. 36/25-02-2014 απόφασή της (ΑΔΑ: ΒΙΕΚΩΗ3-ΠΓΓ), ενέκρινε τα από 10-02-2014 και 12-02-2014 πρακτικά της Επιτροπής και αποδέχτηκε τις προσφορές των εταιρειών: ELDONS HELLAS LTD για τα λιπαντικά, ως έχουσα τη χαμηλότερη τιμή, και Ε.Κ.Ο. ΑΒΕΕ, για το πετρέλαιο κίνησης, ως μοναδική εταιρεία που κατέθεσε προσφορά.

2.3. Ο Δήμος Χαϊδαρίου, με το υπ' αριθ. πρωτ. 7408/05-03-2014 έγγραφο αίτημά του προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., αιτήθηκε την παροχή σύμφωνης γνώμης για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, για την ανάθεση της προμήθειας με αντικείμενο την προμήθεια καυσίμων (Βενζίνης-πετρελαίου θέρμανσης), για τις ανάγκες του Δήμου, των σχολείων Α/θμιας και Β/θμιας εκπαίδευσης και για τις ανάγκες κίνησης των πάσης φύσεως οχημάτων του Δήμου Χαϊδαρίου, χρονικής διάρκειας της σύμβασης 12 μήνες από της υπογραφής, συνολικού προϋπολογισμού 206.962,69€ (συμπ/νου ΦΠΑ), σε συνέχεια του διενεργηθέντος, εν μέρει άγονου, διεθνούς διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 465.000,00€ (συμπ/νου ΦΠΑ), με επίκληση των διατάξεων της παρ. 2 του άρθρου 23 του ΕΚΠΟΤΑ.

2.4. Η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., με την υπ' αριθ. 84/17-03-2014 απόφασή της, δεν παρείχε τη σύμφωνη γνώμη της επί του εν λόγω αιτήματος, για το λόγο ότι διαπιστώθηκαν ουσιώδεις πλημμέλειες της διακήρυξης.

Κατόπιν τούτων, ο Δήμος Χαϊδαρίου, με την υπ' αριθ. πρωτ. 11232/04-04-2014 έγγραφη αίτηση θεραπείας αιτείται την «διόρθωση» της υπ' αριθ. 84/2014 απόφασης περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης της Αρχής. Η εν λόγω αίτηση θεραπείας έχει ως ακολούθως:

« Α Ι Τ Η Σ Η Θ Ε Ρ Α Π Ε Ι Α Σ »

Του ΟΤΑ **ΔΗΜΟΥ ΧΑΪΔΑΡΙΟΥ ΑΤΤΙΚΗΣ** που εδρεύει στο Χαϊδάρει, οδός Στρ. Καραϊσκάκη 138 & Επαύλεως, όπως εκπροσωπείται νόμιμα από το Δήμαρχο του

Για τη διόρθωση

Της υπ' αριθ. **84/2014 Απόφασης** (της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2 περ. γ (δδ) του Ν. 4013/2011)

Με την ανωτέρω υπ' αριθ. 84/2014 απόφαση της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2 περ. γ (δδ) του Ν. 4013/2011, απορρίφθηκε το υπ' αριθ. πρωτ. 7408/5-3-2014 έγγραφο αίτημα μας προς την υπηρεσία σας περί διατύπωσης σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατόπιν προηγηθέντος άγονου διεθνούς διαγωνισμού, για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας καυσίμων (βενζίνης - πετρελαίου θέρμανσης) για τις ανάγκες του Δήμου Χαϊδαρίου, των σχολείων Α/θμιας και Β/θμιας εκπαίδευσης και για τις ανάγκες κίνησης των πάσης φύσεως οχημάτων του Δήμου Χαϊδαρίου, χρονικής διάρκειας της σύμβασης 12 μήνες από της υπογραφής της και συνολικού προϋπολογισμού 206.962,69 € (συμ/νου ΦΠΑ).

Σύμφωνα με το σκεπτικό της προσβαλλόμενης απόφασης το αρμόδιο όργανο αρνήθηκε τη χορήγηση της σύμφωνης γνώμης για προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης επειδή διαπίστωσε ουσιώδεις πλημμέλειες στην υπ' αριθμ. Πρωτ. 45275/23-12-2013 διακήρυξη για τη διενέργεια ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού που κηρύχθηκε άγονος όσον αφορά την προμήθεια πετρελαίου diesel θέρμανσης και βενζίνης κίνησης.

Συγκεκριμένα έκρινε ότι:

Από το άρθρο 13 της διακήρυξης που ορίζει ότι για την αξιολόγηση των προσφορών λαμβάνεται υπόψη (ειδικά για την ομάδα Β - καύσιμα κίνησης), όταν η έδρα του πρατηρίου είναι εκτός των διοικητικών ορίων του Δήμου, η σχέση της απόστασης μετρούμενη από το Δημαρχιακό Μέγαρο με το πρατήριο του προμηθευτή να είναι αποδεδειγμένα η συμφέρουσα, δεν προκύπτει κατά τρόπο σαφή ένα κριτήριο κατακύρωσης, είτε της χαμηλότερης τιμής είτε της πλέον συμφέρουσας, από οικονομική άποψη προσφοράς. Και τούτο, διότι, η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να αναθέσει τη σύμβαση, κατά παράβαση των προαναφερόμενων διατάξεων (σημείο 8 της απόφασης) δεν θεσπίζει κατά τρόπο σαφή ένα κριτήριο κατακύρωσης (αυτό της χαμηλότερης τιμής) αλλά συγχέει τα ως άνω κριτήρια, προβλέποντας παράλληλα στοιχεία τα οποία προσιδιάζουν σε αμφότερα. Ειδικότερα, κατά την κρίση του αποφασίζοντος οργάνου, με τη διατύπωση του άρθρου 13 της διακήρυξης, προσδίδεται βαρύτητα (στάθμιση) στο κριτήριο της απόστασης του πρατηρίου του προμηθευτή από το Δημαρχιακό Μέγαρο, παρά το γεγονός ότι ως κριτήριο έχει οριστεί η χαμηλότερη τιμή. Επιπλέον, από την εν γένει διατύπωση του άρθρου 13 της διακήρυξης, δεν ορίζεται με τρόπο σαφή εάν, καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή η ευχέρεια να συνεκτιμήσει, εκτός της τιμής του προμηθευόμενου είδους κατά ομάδα, και τα λοιπά αναγραφόμενα, στο άρθρο 13 στοιχεία, ήτοι χρόνος παράδοσης, συμφωνία της προσφοράς προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, ποιότητα των καυσίμων και λιπαντικών με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, τα οποία ούτως ή άλλως καθιστούν την προσφορά αποδεκτή με βάση τους καθοριζόμενους στις τεχνικές προδιαγραφές και τη διακήρυξη, ουσιώδεις όρους, προκειμένου να προβεί εν τέλει στην κατακύρωση.

Κατά συνέπεια, έκρινε η απόφαση ότι, οι προαναφερόμενοι όροι της διακήρυξης είναι αντίθετοι με την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, με αποτέλεσμα να πλήττεται ουσιωδώς ο υγιής ανταγωνισμός, καθόσον, ενδεχομένως, απέτρεψαν τυχόν

υποψήφιους οικονομικούς φορείς να συμμετάσχουν στη διαγωνιστική διαδικασία υποβάλλοντας σχετική προσφορά.

Σε κάθε περίπτωση, αναφέρεται στην απόφαση ότι, έχει κριθεί από την Αρχή ότι, κάθε όρος που τυχόν εισάγει περιορισμό στις γενικές αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, θα πρέπει να τεκμηριώνεται με ειδική αιτιολόγηση, ώστε να προκύπτει ότι είναι αναγκαίος και πρόσφορος για την επίτευξη του στόχου στον οποίον αποβλέπει. Τέτοια αιτιολόγηση δεν προκύπτει ρητά από την οικεία διακήρυξη ούτε τεκμηριώνεται επαρκώς από τα έγγραφα του διαγωνισμού, ώστε να προκύπτει με σαφήνεια και να δικαιολογείται αντικειμενικά για ποιο λόγο δεν μπορεί η προμήθεια αυτή να παρασχεθεί από οικονομικό φορέα, όταν η έδρα του πρατηρίου του είναι εκτός των διοικητικών ορίων του Δήμου.

Με την ανωτέρω αιτιολογία η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να διορθωθεί διότι εσφαλμένα έκρινε ότι λόγω της διατύπωσης του άρθρου 13 της διακήρυξης δημιουργείται ασάφεια ως προς το σύστημα αξιολόγησης των προσφορών, και ότι εξ' αυτού του λόγου ενδεχομένως αποτράπηκαν πιθανοί ενδιαφερόμενοι από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό για τους εξής λόγους:

Όπως αναφέρεται και στην προσβαλλόμενη απόφαση ο ανοικτός διεθνής διαγωνισμός για την προμήθεια καυσίμων κίνησης και θέρμανσης καθώς και λιπαντικών έγινε από το Δήμο Χαϊδαρίου σύμφωνα με τις διατάξεις του ΕΚΠΟΤΑ (ΥΑ 11389/93) και του ΠΔ 60/2007 που έχει εν προκειμένω εφαρμογή λόγω της συνολικής δαπάνης των προς προμήθεια ειδών.

Σύμφωνα με το άρθρο 51 του ΠΔ 60/2007 και σύμφωνα με το άρθρο 20 του ΕΚΠΟΤΑ προβλέπονται δύο συστήματα επιλογής αναδόχου ανάλογα με τα τιθέμενα στην διακήρυξη κριτήρια αξιολόγησης. Έτσι, είτε επιλέγεται αυτός που δίνει τη χαμηλότερη τιμή, όπως στην υπό κρίση περίπτωση, είτε αυτός που δίνει την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά, η οποία εξαρτάται από συγκεκριμένα κριτήρια για τα οποία στην διακήρυξη πρέπει να προβλέπεται συγκεκριμένο ποσοστό βαρύτητας.

Ακόμη όμως και στην περίπτωση όπου επιλέγεται το σύστημα της επιλογής του αναδόχου που προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή τίθενται πάντοτε πρόσθετα κριτήρια για την αποδοχή του αναδόχου. Το άρθρο 20 του ΕΚΠΟΤΑ ρητά προβλέπει ότι: ... Η κατακύρωση τελικά γίνεται στον προμηθευτή του οποίου η προσφορά είναι αποδεκτή με βάση τους καθοριζόμενους στις τεχνικές προδιαγραφές και τη διακήρυξη ουσιαστικούς όρους, που προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή. ...».

Η επιλογή του συγκεκριμένου τρόπου ανάδειξης προμηθευτή καυσίμων είναι δεσμευτική και προβλέπεται από το άρθρο 41 παρ. 1γ και 4 του ΕΚΠΟΤΑ περί ανάδειξης προμηθευτή - χορηγητή. Συγκεκριμένα στο άρθρο 41 ορίζεται ότι:

1. Με ανάδειξη προμηθευτών - χορηγητών πραγματοποιούνται προμήθειες:.....

γ) Πετρελαιοειδών για τους Ο.Τ.Α., τα νομικά τους πρόσωπα δημοσίου δικαίου και για τα

4. Προμηθευτής χορηγητής αναδεικνύεται εκείνος που προσφέρει το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης, εφόσον το προαναφερόμενο είδος είναι εντός των τεχνικών προδιαγραφών και λοιπών όρων της διακήρυξης σε συνδυασμό με τις λοιπές σχετικές διατάξεις του παρόντος».

Εν προκειμένω, **ΡΗΤΑ, ΣΑΦΕΣΤΑΤΑ ΚΑΙ ΠΑΝΗΓΥΡΙΚΑ αναφέρεται στη διακήρυξη ότι το σύστημα επιλογής του αναδόχου είναι η χαμηλότερη τιμή** όσον αφορά τα προϊόντα με σταθερή τιμή (λιπαντικά) και το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες στη μέση τιμής χονδρικής πώλησης όπως αυτή προσδιορίζεται από την αρμόδια Δ/νση της Περιφέρειας Αττικής όσον αφορά τα προϊόντα με κυμαινόμενη τιμή (καύσιμα). Η χαμηλότερη τιμή ή η μεγαλύτερη έκπτωση ως κριτήριο κατακύρωσης αναφέρεται στο προοίμιο της προκήρυξης και επαναλαμβάνεται σε όλα τα σημεία της διακήρυξης όπου γίνεται αναφορά στον τρόπο αξιολόγησης. Έτσι στο άρθρο δ όπου περιγράφεται ο τρόπος υποβολής της προσφοράς αναφέρεται ότι: «Στην παρούσα περίπτωση όπου κριτήριο επιλογής είναι η χαμηλότερη τιμή». Επίσης στο άρθρο 13 περί αξιολόγησης προσφορών επαναλαμβάνεται ότι κριτήριο τελικής επιλογής είναι η χαμηλότερη προσφορά.

Πουθενά στο κείμενο της διακήρυξης δεν αναφέρονται άλλα στοιχεία που θα μπορούσαν να δημιουργήσουν σύγχυση ως προς το κριτήριο αξιολόγησης αφού πουθενά δεν προβλέπονται συντελεστές

βαρύτητας για άλλα κριτήρια που θα μπορούσαν να ληφθούν υπόψη.

Ωστόσο, το ζήτημα της απόστασης του πρατηρίου από το δημαρχιακό μέγαρο θα μπορούσε να αποτελέσει λόγω αποκλεισμού κάποιου συμμετέχοντος, εφόσον η απόφαση ήταν τέτοια που θα «ακύρωνε» ουσιαστικά την προσφερόμενη έκπτωση, όχι όμως και συντελεστής βαρύτητας για την τελική επιλογή του αναδόχου. **Η απόσταση επομένως τίθεται ως ουσιώδης όρος της διακήρυξης κατά την έννοια του άρθρου 20 του ΕΚΠΟΤΑ και όχι ως συντελεστής βαρύτητας για την αξιολόγηση συμμετέχοντος**, ώστε να δημιουργείται σύγχυση ως προς το κριτήριο αξιολόγησης και κατ'επέκταση το σύστημα επιλογής του αναδόχου.

Εν προκειμένω θα πρέπει να τονιστεί και το εξής : Δεδομένου ότι η βενζίνη δεν παραδίδεται σε προκαθορισμένο σημείο (όπως / συμβαίνει πχ με το πετρέλαιο θέρμανσης), αλλά κάθε όχημα του Δήμου υποχρεούται να μεταβαίνει στο πρατήριο του αναδόχου για / να προμηθευτεί καύσιμα, είναι προφανές ότι το ζήτημα της απόστασης του πρατηρίου καυσίμων κίνησης κατά τη διαδικασία επιλογής αναδόχου είναι κρίσιμο και θα μπορούσε, όπως / προαναφέραμε, να «ματαιώσει» την προσφερόμενη έκπτωση εάν / ο προσφέρων είχε πρατήριο καυσίμων σε σημαντική απόσταση από το Δήμο. Τότε το κάθε όχημα θα κατανάλωνε σημαντικές ποσότητες καυσίμων όχι για να εκτελέσει το έργο για το οποίο προορίζεται αλλά μόνο και μόνο για να προμηθευτεί τα καύσιμα που θα καταναλώνει στις άσκοπες διαδρομές από και προς το πρατήριο βενζίνης. Κατά δε με την έννοια του διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού, σύμφωνα με τους όρους του οποίου υποχρεωτικά διενεργούμε τη συγκεκριμένη προμήθεια καυσίμων (κατ' άρθρο 41 του ΕΚΠΟΤΑ), δεν δικαιούμαστε να απαγορεύσουμε τη συμμετοχή οποιουδήποτε, ανεξάρτητα από τον τόπο εγκατάστασης του. Έτσι θα μπορούσε κάλλιστα να εμφανιστεί στο διαγωνισμό πρατηριούχος που διατηρεί πρατήριο όχι μόνο εκτός του Δήμου αλλά ακόμη και εκτός των ορίων του Νομού Αττικής, ή ακόμη και εκτός της Επικράτειας. Κι αυτό, διότι, κακώς, ο νόμος, χάριν της προστασίας του ανταγωνισμού, (αλλά παραβιάζοντας τους κανόνες της λογικής) δεν επιτρέπει την πρόβλεψη στη διακήρυξη για την προμήθεια καυσίμων κίνησης μίας ακτίνας μέγιστης απόστασης της εγκατάστασης του προσφέροντος από την έδρα του Δήμου, ώστε εντός αυτού του προκαθορισμένου πλαισίου να επιλέγει τον προσφέροντα τη χαμηλότερη τιμή.

Επομένως είναι σαφές ότι, εξαιτίας της «πλημμέλειας» του νόμου που θα μπορούσε να οδηγήσει σε παράλογα αποτελέσματα, η διακήρυξη προέβλεψε ως ασφαλιστική δικλείδα για την αποτροπή ανεφάρμοστων καταστάσεων τη δυνατότητα αποκλεισμού ενός αναδόχου, εάν η απόσταση του πρατηρίου του από τη έδρα του Δήμου οδηγούσε σε ματαίωση του κριτηρίου αξιολόγησης που είναι, σε ότι αφορά τα καύσιμα, η μεγαλύτερη έκπτωση.

Το κρίσιμο ζήτημα της απόστασης των πρατηρίων καυσίμων έλαβε υπόψη του και το Ελεγκτικό Συνέδριο, το οποίο, στα πλαίσια προσυμβατικού ελέγχου, με την υπ' αριθ. 35/2011 πράξη του Κλιμακίου ΣΤ, δέχθηκε κατ'εξαίρεση ως νόμιμη την (εν τοις πράγμασι) κατάτμηση της προμήθειας καυσίμων που προορίζονται για διαφορετικά δημοτικά διαμερίσματα ενός Δήμου, επιτρέποντας να ανατίθεται η προμήθεια των καυσίμων κάθε δημοτικού διαμερίσματος σε διαφορετικό πρατήριο καυσίμων επειδή θεώρησε ανέφικτο τα οχήματα και μηχανήματα έργου ενός Δήμου να εξυπηρετούνται από κάποιο πρατήριο καυσίμων που βρίσκεται πολλά χιλιόμετρα μακριά επειδή ουσιαστικά όταν μετακινηθεί για ανεφοδιασμό κάποιο όχημα, σε μία τέτοιο περίπτωση, όταν επιστρέψει πίσω στη βάση του θα χρειάζεται εκ νέου ανεφοδιασμό.

Επομένως, το Ελεγκτικό Συνέδριο, αντιλαμβανόμενο την ιδιαιτερότητα της προμήθειας καυσίμων, με την απόφασή του «διόρθωσε» την ατελή πρόβλεψη του Νόμου, νομιμοποιώντας κατ' εξαίρεση μία διαδικασία *de facto* «κατάτμησης».

Επανερχόμενοι στην κρινόμενη διακήρυξη του Δήμου Χαϊδαρίου τονίζουμε ότι σε κάθε περίπτωση, από κανένα σημείο της διακήρυξης **δεν δημιουργείται ασάφεια ως προς το κριτήριο αξιολόγησης των προσφορών**, και μάλιστα κατά τρόπον ώστε να αποτρέψει τη συμμετοχή οποιουδήποτε στο διαγωνισμό.

Σαφέστατα δε, στο τέλος του άρθρου 8 της διακήρυξης προβλέπεται ότι όσοι επιθυμούν να συμμετέχουν στο διαγωνισμό δύνανται να ζητούν διευκρινίσεις από την Επιτροπή του διαγωνισμού, ενώ καθένας που

έκρινε ότι η διακήρυξη ήταν πλημμελής λόγω ασάφειας είχε το δικαίωμα να υποβάλλει ένσταση και να καταφύγει στα αρμόδια να κρίνουν τη νομιμότητα της διακήρυξης διοικητικά δικαστήρια σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 16 της διακήρυξης που παραπέμπει στο άρθρο 15 του ΕΚΠΟΤΑ.

Παράλληλα, κι αν δεχθούμε ότι πράγματι η διακήρυξη είναι ασαφής ως προς τη διατύπωση του άρθρου 13, στο άρθρο 26 προβλέπεται ρητά ότι «Όπου η διακήρυξη παρουσιάζει ασάφειες υπερισχύει ο ΕΚΠΟΤΑ». Σύμφωνα δε με όσα εκθέσαμε ανωτέρω, το άρθρο 20 παρ. α του ΕΚΠΟΤΑ προβλέπει την κατακύρωση προμήθειας σε προμηθευτή με κριτήριο τη χαμηλότερη τιμή, αφού ληφθούν υπόψη τα στοιχεία που παρατίθενται στη συνέχεια μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται η συμφωνία της προσφοράς προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και της πρόσκλησης.

Κατόπιν των ανωτέρω αποδεικνύεται ότι κατά κανένα τρόπο οι ελεγχόμενοι όροι της διακήρυξης και ιδίως το άρθρο 13 αυτής δεν αντίκειται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, με αποτέλεσμα να πλήττεται ο υγιής ανταγωνισμός, όπως εσφαλμένα έκρινε η εδώ προσβαλλόμενη απόφαση, ούτε προφανώς δεν απέτρεψαν κανέναν τυχόν υποψήφιο να συμμετάσχει στη διαγωνιστική διαδικασία, αφού αφενός οι όροι του διαγωνισμού ήταν σαφείς, αφετέρου κάθε ενδιαφερόμενος θα μπορούσε να ζητήσει διευκρινίσεις από την Επιτροπή Διαγωνισμού ή να προσβάλλει τη διακήρυξη κατά τα ανωτέρω.

Τέλος σημειώνουμε ότι η απόφασή σας θα πρέπει να διορθωθεί και για τον πρόσθετο λόγο ότι, **η υπηρεσία σας με την υπ' αριθ. 202/2013 απόφαση ορθά είχε εγκρίνει την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για την προμήθεια πετρελαίου θέρμανσης, βενζίνης super και βενζίνης αμόλυβδης σε συνέχεια άγονου διαγωνισμού για την προμήθεια καυσίμων για το έτος 2013, που διενεργήθηκε σύμφωνα με τους ίδιους ακριβώς όρους που περιλαμβάνονταν στην υπ' αριθ. πρωτ. 40355/24-12-2012 διακήρυξη διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού.** Στο άρθρο 12 της ανωτέρω διακήρυξης προβλεπόταν με την ίδια ακριβώς διατύπωση του άρθρου 13 της εδώ ελεγχόμενης διακήρυξης ότι « Στην παρούσα περίπτωση όπου κριτήριο τελικής επιλογής είναι η χαμηλότερη προσφορά, για την αξιολόγηση των προσφορών λαμβάνονται υπόψη τα παρακάτω στοιχεία :.....

- ειδικά για την Β ομάδα - καύσιμα κίνησης όταν η έδρα του πρατηρίου είναι εκτός των διοικητικών ορίων του Δήμου, η σχέση της απόστασης μετρούμενη από το Δημορχιακό Μέγαρο με το πρατήριο του προμηθευτή να είναι αποδεδειγμένα η συμφέρουσα.»

Επομένως, ακόμη κι αν κρινόταν ότι πράγματι η διατύπωση του άρθρου 13 δημιουργεί ασάφεια, αποτρεπτική της συμμετοχής προμηθευτών στο διαγωνισμό και ως εκ τούτου αντικείμενη στη αρχή της ίσης μεταχείρισης (γεγονός που αποδείξαμε ότι δεν ισχύει), αυτό δεν οφείλεται σε πρόθεση του Δήμου να καταστρατηγήσει την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού αλλά σε **συγγνωστή πλάνη, καθόσον δικαιολογημένα οι υπηρεσίες πίστευαν ότι λειτουργούν σύννομα, αφού οι ίδιες ακριβώς διαδικασίες είχαν πριν από λίγους μήνες ελεγχθεί και εγκριθεί για τη νομιμότητα τους από την υπηρεσία σας.**

Επειδή η διατήρηση της εδώ προσβαλλόμενης και προδήλως εσφαλμένης απόφασής σας θα προκαλέσει τεράστια προβλήματα δυσλειτουργίας στις υπηρεσίες μας καθόσον, εάν υποχρεωθούμε να προσφύγουμε εκ νέου σε διαγωνισμό, (που είναι εξαιρετικά πιθανό να κηρυχθεί άγονος, αφού ουδείς εμφανίστηκε στον προηγούμενο, όχι για να καταθέσει προσφορά, αλλά έστω για να ζητήσει διευκρινίσεις) θα παρέλθει σημαντικό διάστημα, κατά τη διάρκεια του οποίου τα οχήματα του Δήμου δεν θα μπορούν να κινηθούν λόγω αδυναμίας ανεφοδιασμού τους.

Επειδή, αποδείχθηκε ότι η εδώ προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 84/2014 απόφασή σας είναι εσφαλμένη.

ΠΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ ΖΗΤΟΥΜΕ

Να γίνει δεκτή η παρούσα αίτηση θεραπείας, κατά το τυπικό και ουσιαστικό μέρος αυτής και σε όλο το αιτητικό της με σκοπό να γίνει δεκτό το υπ' αριθ. πρωτ. 7408/5-3-2014 έγγραφο αίτημα του Δήμου Χαϊδαρίου για την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατόπιν προηγηθέντος άγονου διεθνούς διαγωνισμού για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας καυσίμων (βενζίνης και πετρελαίου θέρμανσης) για τις ανάγκες του Δήμου Χαϊδαρίου, των σχολείων Α/θμιας και Β/θμιας εκπαίδευσης και για τις ανάγκες κίνησης

των πάσης φύσεως οχημάτων του Δήμου Χαϊδαρίου, χρονικής διάρκειας της σύμβασης 12 μήνες από της υπογραφής της και συνολικού προϋπολογισμού 206.962,69 € (συμ/νου ΦΠΑ)...».

II. Νομικό πλαίσιο

4. 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 αναθέτουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. [...]».

5. Στο άρθρο 6 παρ. 1 του π.δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/EK...» ορίζεται: “Το παρόν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που δεν εξαιρούνται, δυνάμει των εξαιρέσεων που προβλέπονται στα άρθρα 16, 17 και 9 έως 15, και των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ) είναι ίση προς ή ανώτερη από τα ακόλουθα κατώτατα όρια: β) 211.000 ευρώ, προκειμένου για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που συνάπτονται είτε ι) από αναθέτουσες αρχές άλλες από εκείνες που αναφέρονται στο Παράρτημα IV [...]”.

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 2 του αριθ. 1336/2013 Κανονισμού της Επιτροπής της 13ης Δεκεμβρίου 2013 για την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/EK, 2004/18/EK και 2009/81/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά στα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στις 134.000 και 207.000 ευρώ αντίστοιχα.

6. Επίσης, στο άρθρο 8 παρ. 1, 3 και 5 του ίδιου π.δ. ορίζεται: “1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας δημόσιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, εκτός ΦΠΑ, όπως προσδιορίζεται από την αναθέτουσα αρχή. Στον υπολογισμό αυτό, λαμβάνεται υπόψη το εκτιμώμενο συνολικό ποσό, συμπεριλαμβανομένων τόσο του τυχόν προβλεπόμενου δικαιώματος προαίρεσης όσο και των τυχόν παρατάσεων της σύμβασης [...] 3. Κανένα σχέδιο έργου και καμία σύμβαση προμήθειας ή υπηρεσιών δεν επιτρέπεται να καταταμηθεί, προκειμένου να αποφευχθεί η εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος διατάγματος. 5. [...] β) Όταν η προμήθεια ομοειδών προϊόντων μπορεί να οδηγήσει σε ταυτόχρονη σύναψη χωριστών συμβάσεων κατά τμήματα, λαμβάνεται υπόψη η εκτιμώμενη συνολική αξία αυτών των τμημάτων κατά την εφαρμογή του άρθρου 6 σημεία α) και β). Όταν η συνολική αξία των τμημάτων είναι ίση με ή υπερβαίνει την αξία που καθορίζεται στο άρθρο 6, το παρόν εφαρμόζεται στη σύναψη κάθε τμήματος.

7. Στο άρθρο 25 παρ. 1 περ. α' του ίδιου π.δ., «Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού» (άρθρο 31 οδηγίας 2004/18/EK), ορίζεται: «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις: 1) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών: α) εάν, ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν κρίνεται κατάλληλη, ή εάν δεν υπάρχει κανείς υποψήφιος, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή, ύστερα από αίτημα της» [...].

8. Στο άρθρο 51 (Κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων) του ίδιου ως άνω π.δ., ορίζεται ότι: «... 1.

Με την επιφύλαξη των κείμενων διατάξεων περί ελάχιστων ορίων αμοιβής ορισμένων υπηρεσιών, τα κριτήρια βάσει των οποίων οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν τις δημόσιες συμβάσεις, είναι είτε: α) όταν η σύμβαση ανατίθεται στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, κριτήρια συνδεόμενα με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης, ιδίως η ποιότητα, η τιμή, η τεχνική αξία, τα αισθητικά και λειτουργικά χαρακτηριστικά, τα περιβαλλοντικά χαρακτηριστικά, το κόστος λειτουργίας, η αποδοτικότητα, η εξυπηρέτηση μετά την πώληση και η τεχνική συνδρομή, η ημερομηνία παράδοσης και η προθεσμία παράδοσης ή εκτέλεσης, είτε β) αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή. 2. Με την επιφύλαξη του τρίτου εδαφίου της παρούσης παραγράφου, στην προβλεπόμενη στην παράγραφο 1 σημείο α) περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή προβλέπει στην προκήρυξη διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, ή στο περιγραφικό έγγραφο στην περίπτωση του ανταγωνιστικού διαλόγου, τη βαρύτητα (σχετική στάθμιση) που προσδίδει σε καθένα από τα επιλεγέντα κριτήρια για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς. Η στάθμιση αυτή μπορεί να εκφράζεται με τον καθορισμό μιας διακύμανσης («ψαλίδας») με κατάλληλο εύρος. Όταν, κατά τη γνώμη της αναθέτουσας αρχής, δεν είναι δυνατή η στάθμιση για λόγους που μπορούν να αποδειχθούν, η αναθέτουσα αρχή καθορίζει, στην προκήρυξη διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, ή στο περιγραφικό έγγραφο, στην περίπτωση του ανταγωνιστικού διαλόγου, τη φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας των κριτηρίων αυτών...».

9. Στο άρθρο 209 παρ. 1 του ν. 3463/2006 «Κύρωση του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων» (ΦΕΚ 114/Α), όπως ισχύει, ορίζεται: «1. Οι προμήθειες των Δήμων ... διενεργούνται σύμφωνα με τις διατάξεις του Ενιαίου Κανονισμού Προμηθειών των Ο.Τ.Α. (Ε.Κ.Π.Ο.Τ.Α), όπως ισχύει, με την επιφύλαξη των ειδικών ρυθμίσεων...». Ειδικότερα, στην υπ' αριθμ. 11389/93 Απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών με τίτλο «Ενιαίος Κανονισμός Προμηθειών Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ε.Κ.Π.Ο.Τ.Α)» (ΦΕΚ 185/Β), ορίζεται: «...Άρθρο 3, παρ. 3γ. "Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν επίσης να συνάπτουν τις συμβάσεις προμηθειών προσφεύγοντας στη διαδικασία των διαπραγματεύσεων χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, στις ακόλουθες περιπτώσεις: 1. Όταν δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά μετά από πρόσκληση σε ανοικτό ή κλειστό διαγωνισμό, στο μέτρο που οι αρχικοί όροι της σύμβασης δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιαδώς και εφόσον διαβιβάζεται στο νομάρχη, μαζί με τη σχετική απόφαση, ητιολογημένη έκθεση[...].4. Στο βαθμό που είναι απόλυτα αναγκαίο, όταν για κατεπείγοντες λόγους οφειλομένους σε γεγονότα που δεν είναι δυνατό να προβλεφθούν από τις αναθέτουσες αρχές, δεν είναι δυνατό να τηρηθούν οι προϋποθέσεις που απαιτούνται στους ανοικτούς ή κλειστούς διαγωνισμούς." Άρθρο 20...Αξιολόγηση προσφορών 1. Για την αξιολόγηση των προσφορών λαμβάνονται υπόψη κυρίως τα παρακάτω στοιχεία: α. Όταν για την τελική επιλογή του προμηθευτή κριτήριο είναι μόνο η χαμηλότερη τιμή: - Η συμφωνία της προσφοράς προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και της πρόσκλησης. - Ο ανταγωνισμός που αναπτύχθηκε. - Η προσφερόμενη τιμή σε σχέση με τιμές που προσφέρθηκαν σε προηγούμενους διαγωνισμούς και την τρέχουσα στην αγορά τιμή, για όμοιο ή παρεμφερές υλικό. Η κατακύρωση τελικά γίνεται στον προμηθευτή του οποίου η προσφορά είναι αποδεκτή με βάση τους καθοριζόμενους στις τεχνικές προδιαγραφές και τη διακήρυξη ουσιαδεις όρους, που προσφέρει την χαμηλότερη τιμή. Ισότιμες θεωρούνται οι προσφορές που περιέχουν την αυτή ακριβώς τιμή και είναι σύμφωνες με τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και της πρόσκλησης. β. Όταν για την τελική επιλογή του προμηθευτή κριτήριο είναι η συμφερότερη προσφορά: Άρθρο 23. .. Διαδικασία με διαπραγμάτευση η απευθείας ανάθεση-πρόχειρος διαγωνισμός 1. Προμήθεια με "διαδικασία μέσω διαπραγμάτευσης" ή "απευθείας ανάθεση" μπορεί να γίνει εάν συντρέχει μία από τις περιπτώσεις που προβλέπονται στις περιπτώσεις των

εδαφίων β και γ της παραγράφου 3 του άρθρου 3 του παρόντος κανονισμού.... ».

10. Στις 12-12-2012 δημοσιεύθηκε πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου (ΦΕΚ Α 240), η οποία κυρώθηκε με το Ν. 4111/2013 (ΦΕΚ Α 18) και η οποία στο άρθρο 4 προβλέπει: «... Η διαδικασία ανάδειξης προμηθευτών-χορηγητών, για προμήθειες α. τροφίμων, β. λοιπών αναλώσιμων ειδών παντοπωλείου καθώς και παρόχων των σχετικών υπηρεσιών, γ. πετρελαιοειδών και δ. φαρμάκων και αναλώσιμου υγειονομικού υλικού για τις ανάγκες των Δήμων, των Ιδρυμάτων και όλων των νομικών τους προσώπων, πραγματοποιείται εφεξής από τους οικείους Δήμους. Κάθε γενική ή ειδική διάταξη που αντιτίθεται στο παρόν, καταργείται. 2. Οι ανωτέρω προμήθειες πραγματοποιούνται σύμφωνα με τη διαδικασία που προβλέπεται στον Ενιαίο Κανονισμό Προμηθειών των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (ΕΚΠΟΤΑ), όπως αυτός ισχύει κάθε φορά...».

III. Νομική Εκτίμηση

11. Με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας ζητείται η «διόρθωση» της προσβαλλόμενης απόφασης της Αρχής και η επανεξέταση της συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής της διατάξεως του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α του π.δ. 60/2007. Το ήδη εξετασθέν αίτημα του Δήμου Χαϊδαρίου αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας, με την έννοια της περίπτωσης (γ) της παραγράφου 2 του άρθρου 2 του π.δ. 60/2007 και η αιτούμενη προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης εμπίπτει στη διάταξη της περ. α' της παρ. 1 του άρθρου 25 του π.δ. 60/2007. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας 206.962,69€ (συμπ/νου ΦΠΑ), σε συνδυασμό προς την προκηρυχθείσα, συνολική, προϋπολογιζόμενη αξία 465.000,00 (συμπ/νου ΦΠΑ), συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή γνώμης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 6 και 8 παρ. 1 του π.δ. 60/2007 και του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ, υποπερίπτωση δδ) του ν. 4013/2011.

Με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας, ο Δήμος Χαϊδαρίου δεν επικαλείται διάφορους ισχυρισμούς από τους ήδη αναφερθέντες και ληφθέντες υπόψη για το σχηματισμό κρίσης από την Αρχή, ούτε επικαλείται νέα στοιχεία ή περιστάσεις, ικανά να επιφέρουν τροποποίηση των ήδη κριθέντων. Ειδικότερα :

A. Οι ισχυρισμοί που προβάλλονται με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας έχουν ήδη προβληθεί από το Δήμο Χαϊδαρίου, με το αρχικό αίτημά του, και έχουν κριθεί από την Αρχή με την αριθμ. 84/2014 απόφασή της.

Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την υπ' αριθ. πρωτ. 45275/23-12-2013 διακήρυξη διαγωνισμού, κριτήριο κατακύρωσης ορίστηκε : α) για το πετρέλαιο κίνησης το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες στη μέση τιμή χονδρικής πώλησης, όπως αυτή προσδιορίζεται από την αρμόδια Διεύθυνση Περιφέρειας Αττικής σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, β) για το πετρέλαιο θέρμανσης και τη βενζίνη κίνησης το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες στη μέση τιμή λιανικής πώλησης και γ) για τα λιπαντικά τη χαμηλότερη τιμή.

Στο άρθρο, δε, 13 (Αξιολόγηση προσφορών) της διακήρυξης ορίζεται ότι: «...Στην παρούσα περίπτωση όπου κριτήριο τελικής επιλογής είναι η χαμηλότερη προσφορά, για την αξιολόγηση των προσφορών λαμβάνονται υπόψη τα παρακάτω στοιχεία:

- η τιμή του προμηθευόμενου είδους κατά ομάδα
- ειδικά για την Β ομάδα-Καύσιμα Κίνησης, (πετρέλαιο Diesel κίνησης, βενζίνη αμόλυβδη) όταν η έδρα του πρατηρίου είναι εκτός των διοικητικών ορίων του Δήμου, η σχέση της απόστασης μετρούμενη από το Δημαρχιακό Μέγαρο με το πρατήριο του προμηθευτή να

είναι αποδεδειγμένα η συμφέρουσα [...]

- ο χρόνος παράδοσης
- η συμφωνία της προσφοράς προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης
- η ποιότητα των καυσίμων και λιπαντικών με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης.

Η κατακύρωση τελικά γίνεται στον προμηθευτή που η προσφορά είναι αποδεκτή με βάση τους καθοριζόμενους στις τεχνικές προδιαγραφές και την διακήρυξη ουσιώδεις όρους που προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή. Ισότιμες θεωρούνται οι προσφορές που περιέχουν την ίδια ακριβώς τιμή και είναι σύμφωνες με τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Κάθε άλλο πρόσφορο στοιχείο κατά την κρίση του αρμοδίου οργάνου.... ».

Με το ανωτέρω, όμως, περιεχόμενο της διακήρυξης, παρά το γεγονός ότι τίθεται ως κριτήριο κατακύρωσης η χαμηλότερη τιμή, για την αξιολόγηση των προσφορών λαμβάνεται υπόψη, εκτός της τιμής του προμηθευόμενου είδους κατά ομάδα, ειδικά για την Β ομάδα-Καύσιμα Κίνησης, (πετρέλαιο Diesel κίνησης, βενζίνη αμόλυβδη) όταν η έδρα του πρατηρίου είναι εκτός των διοικητικών ορίων του Δήμου, η σχέση της απόστασης μετρούμενη από το Δημαρχιακό Μέγαρο με το πρατήριο του προμηθευτή να είναι αποδεδειγμένα η συμφέρουσα [...]. Συνεπώς, είναι αυτονόητο ότι στην περίπτωση κατά την οποία υποβάλλουν προσφορές υποψήφιοι των οποίων η έδρα του πρατηρίου είναι εκτός των διοικητικών ορίων του Δήμου, κατά την αξιολόγηση των προσφορών θα ληφθεί υπόψη η σχέση της απόστασης μετρούμενη από το Δημαρχιακό Μέγαρο με το πρατήριο του προμηθευτή η οποία να είναι αποδεδειγμένα η συμφέρουσα προκειμένου να συναφθεί σύμβαση.

Συνεπώς, η διακήρυξη δεν ορίζει με τρόπο σαφή ένα κριτήριο κατακύρωσης, είτε της χαμηλότερης τιμής είτε της πλέον συμφέρουσας, από οικονομική άποψη, προσφοράς. Και τούτο διότι, η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να αναθέσει τη σύμβαση, κατά παράβαση των προαναφερόμενων διατάξεων (σημείο 8 της παρούσας) δεν θεσπίζει κατά τρόπο σαφή ένα κριτήριο κατακύρωσης (αυτό της χαμηλότερης τιμής) αλλά συγχέει τα ως άνω κριτήρια, προβλέποντας παράλληλα στοιχεία τα οποία προσιδιάζουν σε αμφότερα (βλ. ΣτΕ ΕΑ, 76/2011, 396/2011).

Από τον συνδυασμό δε των διατάξεων στο σημείο II της παρούσας, συνάγεται ότι το σύστημα της χαμηλότερης προσφοράς προϋποθέτει, λογικώς, προσφερόμενα είδη τα οποία είναι από άποψη τεχνικών χαρακτηριστικών, ιδιοτήτων και ποιότητας κατ' αρχήν ισοδύναμα και τα οποία, ως εκ τούτου, διαφοροποιούνται ουσιαστικά μόνον ως προς την προσφερόμενη τιμή. Στην περίπτωση αυτή, η χρησιμοποίηση από την αναθέτουσα αρχή ως κριτηρίου επιλογής μόνο της χαμηλότερης τιμής έχει την έννοια της επιλογής του φθηνότερου, μεταξύ των προσφερόμενων παρεμφερών προϊόντων, ευνοεί τον ανταγωνισμό, λόγω του ότι επιτρέπει την συμμετοχή περισσότερων προμηθευτών, αποβαίνει δε επωφελής για τη Διοίκηση, εφ' όσον οδηγεί αναγκαίως σε συμπίεση των τιμών εκ μέρους των υποψήφιων προμηθευτών, αφού κριτήριο κατακύρωσης είναι η χαμηλότερη τιμή προσφοράς.

Αναφορικά δε με τον ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχής «...Ακόμη όμως και στην περίπτωση όπου επιλέγεται το σύστημα της επιλογής του αναδόχου που προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή τίθενται πάντοτε πρόσθετα κριτήρια για την αποδοχή του αναδόχου. Το άρθρο 20 του ΕΚΠΟΤΑ ρητά προβλέπει ότι :... Η κατακύρωση τελικά γίνεται στον προμηθευτή του οποίου η προσφορά είναι αποδεκτή με βάση τους καθοριζόμενους στις τεχνικές προδιαγραφές και τη διακήρυξη ουσιώδεις όρους , που προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή...», είναι αβάσιμος και απορρηπτός.

Και τούτο διότι, σύμφωνα με τα παραπάνω, προϋποτίθεται ότι τα προσφερόμενα είδη είναι από

άποψη τεχνικών χαρακτηριστικών, ιδιοτήτων και ποιότητας κατ' αρχήν ισοδύναμα και τα οποία, ως εκ τούτου, διαφοροποιούνται ουσιαστικά μόνον ως προς την προσφερόμενη τιμή. Επιπρόσθετα, το άρθρο 20 του ΕΚΠΟΤΑ δεν διαφοροποιείται από τα οριζόμενα στο άρθρο 51 του π.δ. 60/2007. Παρά το γεγονός ότι αναγράφεται στο εν λόγω άρθρο «...όταν για την τελική επιλογή του προμηθευτή κριτήριο είναι μόνο η χαμηλότερη τιμή: - Η συμφωνία της προσφοράς προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και της πρόσκλησης. - Ο ανταγωνισμός που αναπτύχθηκε. - Η προσφερόμενη τιμή σε σχέση με τιμές που προσφέρθηκαν σε προηγούμενους διαγωνισμούς και την τρέχουσα στην αγορά τιμή, για όμοιο ή παρεμφερές υλικό. Η κατακύρωση τελικά γίνεται στον προμηθευτή του οποίου η προσφορά είναι αποδεκτή με βάση τους καθοριζόμενους στις τεχνικές προδιαγραφές και τη διακήρυξη ουσιώδεις όρους, που προσφέρει την χαμηλότερη τιμή....», δεν θεσπίζονται, εν προκειμένω από την διάταξη του άρθρου 20 του ΕΚΠΟΤΑ, πρόσθετα κριτήρια για την αξιολόγηση των προσφορών αλλά κριτήρια συμμετοχής (on/off). Όμως, η αναθέτουσα αρχή, ερμηνεύοντας εσφαλμένα τη διάταξη αυτή, συγχέει τα ως άνω κριτήρια, και εφαρμόζει αυτά κατά την αξιολόγηση των προσφορών, προκειμένου να αναθέσει τη σύμβαση.

Κατά συνέπεια, οι προαναφερόμενοι, τεθέντες στη διακήρυξη, όροι είναι αντίθετοι με την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, με αποτέλεσμα να πλήττεται ουσιωδώς ο υγιής ανταγωνισμός, καθόσον, ενδεχομένως, απέτρεψαν τυχόν υποψήφιους οικονομικούς φορείς να συμμετάσχουν στη διαγωνιστική διαδικασία υποβάλλοντας σχετική προσφορά.

Η ανάθεση δε των δημοσίων συμβάσεων πρέπει να είναι σύμφωνη με τις αρχές της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) και ιδίως με την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, την αρχή της ελευθερίας της εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και με τις αρχές που απορρέουν από αυτές, όπως είναι η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αρχή της αποφυγής διακρίσεων, η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, η αρχή της αναλογικότητας και η αρχή της διαφάνειας.

Β. Η αναθέτουσα αρχή, προς επίρρωση των ισχυρισμών της επικαλείται την υπ' αριθ. 35/2011 πράξη του Κλιμακίου ΣΤ αλυσιτελώς, δεδομένου ότι η κρινόμενη, με την εν λόγω πράξη, υπόθεση ουδεμία σχέση έχει με την, εν προκειμένω, κρινόμενη, καθώς δεν συνδέεται με το ζήτημα της σύγχυσης κριτηρίων. Επισημαίνεται δε ότι, με την εν λόγω πράξη Ελ. Συνεδρίου, κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή των σχετικών συμβάσεων σύμφωνα με όσα ειδικότερα αναφέρονται στο σκεπτικό αυτής.

Γ. Αναφορικά με την επίκληση του προβαλλόμενου ισχυρισμού περί συνδρομής νόμιμης περίπτωσης συγγνωστής πλάνης, είναι αβάσιμος και απορριπτέος. Και τούτο διότι γενική αρχή του ημεδαπού δικαίου (όπως πχ. η συγγνωστή πλάνη) δεν μπορεί να οδηγεί στη μη εφαρμογή ρητών κανόνων του ενωσιακού δικαίου (Ελ.Συν Τμ. VI 27/2013).

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας, η αναθέτουσα αρχή δεν προβάλλει νέους, διάφορους ισχυρισμούς από τους ήδη αναφερθέντες και ληφθέντες υπόψη κατά την έκδοση της υπ' αριθ. 84/2014 απόφασης της Αρχής και επίσης δεν γίνεται επίκληση κάποιου νέου στοιχείου ή περίπτωσης, επαρκώς αιτιολογημένων και ικανών να επιφέρουν τροποποίηση των ήδη κριθέντων.

Επειδή, δεν προκύπτει η βασιμότητα των προβαλλόμενων λόγων με την υπο κρίση αίτηση θεραπείας και κατά συνέπεια δεν προκύπτει, περαιτέρω, η συνδρομή προϋπόθεσης για την παροχή σύμφωνης γνώμης για την αιτούμενη υιοθέτηση της εξαιρετικής διαδικασίας διαπραγμάτευσης.

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, αποφασίζουμε:

Την απόρριψη της αίτησης θεραπείας του Δήμου Χαϊδαρίου, με την οποία ζητήθηκε η ανάκληση της υπ. αριθ. 84/2014 απόφασης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτήν καθώς και στην παρούσα απόφαση.

ΑΘΗΝΑ 30 Απριλίου 2014

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΡΑΪΚΟΣ