



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΑΠΟΦΑΣΗ
205/2014**

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 25^η Ιουνίου του έτους δύο χιλιάδες δεκατέσσερα (2014) ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00 π.μ. και επί της οδού Λ. Κηφισίας 7, στους Αμπελόκηπους, 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** : Ράϊκος Δημήτριος
2. Μέλη : Καραμανλής Ευάγγελος
Κουλούρη Ιωάννα
Λουρίκας Δημήτριος
Σταθακόπουλος Δημήτριος

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

Γραμματέας: Τσιάβου Στυλιανή

Εισηγήτρια: Μητσάκη Πολυξένη, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

ΘΕΜΑ: Αίτηση θεραπείας του Δήμου Μινώα Πεδιάδας για ανάκληση της υπ' αριθμ. 151/2014 Απόφασης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης σε αίτημά του για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την προμήθεια καυσίμων, συνολικού προϋπολογισμού 274.396,60€ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), για την κάλυψη των αναγκών κίνησης των μεταφορικών μέσων του Δήμου για το έτος 2014, σε συνέχεια άγονου διαγωνισμού.

1. Με την υπ' αριθ. πρωτ. 11965/28-05-2014 αίτηση θεραπείας του Δήμου Μινώα Πεδιάδας προς την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής Αρχή), η οποία παρελήφθη από την Αρχή στις 29-05-2014 και έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου 2378, ζητείται η επανεξέταση του υπ' αριθ. πρωτ. 6428/24-03-2014 αιτήματός του (αριθ. πρωτ. Εισερχ. 1509/28-03-2014), όπως συμπληρώθηκε, επί του οποίου εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 151/2014 Απόφαση της Αρχής περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατόπιν προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού, για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας καυσίμων κίνησης (πετρελαίου κίνησης, βενζίνης αμόλυβδης και βενζίνης σουπερ) για την κάλυψη των αναγκών κίνησης των μεταφορικών μέσων του Δήμου για το έτος 2014, συνολικού προϋπολογισμού 274.396,60€ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.).

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. Η Αρχή, με την υπ' αριθμ. 151/08-05-2014 Απόφασή της, δεν παρείχε τη σύμφωνη γνώμη της επί του υπ' αριθ. πρωτ. 6428/24-03-2014 έγγραφου αιτήματος του Δήμου Μινιά Πεδιάδας (αριθ. πρωτ. εισερχ. 1509/28-03-2014), όπως συμπληρώθηκε, με αντικείμενο την παροχή σύμφωνης γνώμης για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, σε συνέχεια άγονου διαγωνισμού, για την ανάθεση της προμήθειας καυσίμων κίνησης (πετρελαίου κίνησης, βενζίνης αμόλυβδης και βενζίνης σούπερ) για την κάλυψη των αναγκών των μεταφορικών μέσων του Δήμου για το έτος 2014, συνολικού προϋπολογισμού 274.396,60€ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), κατ' επίκληση της διάταξης του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α του π.δ. 60/2007.

2.2. Με την ως άνω απόφασή της, η Αρχή δεν παρείχε τη σύμφωνη γνώμη της στο σχετικό αίτημα του Δήμου Μινιά Πεδιάδας για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της περ. α της παρ. 1 του άρθρου 25 του π.δ. 60/2007, καθώς διαπιστώθηκαν ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες κατά τη διενέργεια του προηγθέντος διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού, τόσο σε σχέση με τους όρους της υπ' αριθ. πρωτ. 981/20-01-2014 διακήρυξης (γεωγραφικός περιορισμός, περιοριστικός όρος ως προς το φορέα έκδοσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής), όσο και ως προς την τήρηση των κανόνων δημοσιότητας του διαγωνισμού (διάσταση πληροφοριών μεταξύ της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της διακήρυξης καθώς και του εθνικού τύπου).

3. Κατόπιν τούτων, ο Δήμος Μινιά Πεδιάδας, με την υπ' αριθ. πρωτ. 11965/28-05-2014 αίτηση θεραπείας (αριθ. πρωτ. εισερχ. 2378/29-05-2014) αιτείται την επανεξέταση του υπ' αριθ. πρωτ. 6428/24-03-2014 αιτήματός του (αριθ. πρωτ. εισερχ. 1509/28-03-2014), όπως αυτό συμπληρώθηκε, επί του οποίου εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 151/2014 Απόφαση της Αρχής περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης. Η εν λόγω αίτηση θεραπείας έχει ως ακολούθως:

«Με την ανωτέρω σχετική απόφασή σας, δεν παρείχατε στο Δήμο μας τη σύμφωνη γνώμη για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, προκειμένου ο Δήμος να προχωρήσει στην ανάθεση της προμήθειας καυσίμων κίνησης, για το έτος 2014.

Αποτέλεσμα του ανωτέρω και με δεδομένο ότι οι προηγούμενες συμβάσεις έληξαν τον Φεβρουάριο του 2014, είναι η αδυναμία του Δήμου να προχωρήσει στην ανάδειξη αναδόχου για τη συγκεκριμένη προμήθεια, με αποτέλεσμα να αντιμετωπίζει σοβαρά προβλήματα στην κίνηση των οχημάτων και συνολικά του μηχανολογικού εξοπλισμού (απορριμματοφόρα οχήματα, χωματουργικά μηχανήματα κ.α.).

Ο Δήμος κατέληξε στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης έπειτα από την πραγματοποίηση δύο (2) ανοικτών διαγωνισμών (αρχικό και επαναληπτικό), οι οποίοι ήταν άγονοι, καθώς δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά.

Από την πλευρά του Δήμου τηρήθηκαν όλοι οι κανόνες δημοσιότητας που προβλέπονται στη σχετική νομοθεσία, που αφορούν τόσο στις χρονικές προθεσμίες όσο και στον αριθμό των απαιτούμενων έντυπων δημοσίευσης (έντυπο ευρωπαϊκής εφημερίδας, ΦΕΚ, τοπικές εφημερίδες, εφημερίδες πανελλήνιας κυκλοφορίας κ.α.), πάντα με προάσπιση του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Καθ' όλη τη διάρκεια πραγματοποίησης του διαγωνισμού δεν έχουν υποβληθεί στην αρμόδια υπηρεσία του Δήμου, ενστάσεις που να σχετίζονται με τους όρους της διακήρυξης που τυχόν θίγουν τον ελεύθερο ανταγωνισμό.

Επειδή όπως αναφέρθηκε στις προηγούμενες παραγράφους, είναι επιτακτική η ανάγκη προμήθειας καυσίμων κίνησης, για την εύρυθμη λειτουργία των υπηρεσιών του Δήμου και ειδικότερα αυτών που σχετίζονται με την προστασία της υγιεινής των κατοίκων (συλλογή απορριμμάτων κ.α.), παρακαλούμε επανεξετάσετε το αίτημά μας σχετικά με την παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την προμήθεια καυσίμων κίνησης».

II. Νομικό πλαίσιο

4. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011 (Α' 204), όπως ισχύει, προβλέπεται ότι: «[...] δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών 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 εμπíπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. [...]».

5. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 3 του π.δ. 60/2007 (Α' 64) ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις ενεργώντας με διαφάνεια».

6. Στη διάταξη του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 60/2007 ορίζεται ότι: «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 αίτημά της, [...]».

7. Οι διατάξεις του άρθρου 30 παρ. 1 και 5 του π.δ. 60/2007 ορίζουν ότι: «1. Οι Προκηρύξεις περιλαμβάνουν τις πληροφορίες που αναφέρονται στο Παράρτημα VII Α καθώς και κάθε πρόσθετη πληροφορία που κρίνεται χρήσιμη από την αναθέτουσα αρχή, χρησιμοποιώντας τα τυποποιημένα έντυπα που εγκρίνονται από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή σύμφωνα με την προβλεπόμενη στο άρθρο 77 παράγραφος 2 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, διαδικασία. [...] 5. Οι Προκηρύξεις και το περιεχόμενό τους δεν μπορούν να δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία της αποστολής τους στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή. Οι Προκηρύξεις που δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο δεν πρέπει να περιλαμβάνουν πληροφορίες διαφορετικές από εκείνες που περιέχονται στις Προκηρύξεις που αποστέλλονται στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή ή δημοσιεύονται στο "προφίλ αγοραστή" σύμφωνα με το άρθρο 29 παράγραφος 1 πρώτο εδάφιο, πρέπει δε να αναφέρουν την ημερομηνία αποστολής της σχετικής ειδοποίησης στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή ή της δημοσίευσης στο "προφίλ αγοραστή". [...]».

8. 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 προΐσταται εκείνης που εξέδωσε την πράξη, την ακύρωσή της (ιєραρχική 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

9. Η υπό εξέταση αίτηση θεραπείας του Δήμου Μινώα Πεδιάδας αφορά στην επανεξέταση του υπ' αριθ. πρωτ. 6428/24-03-2014 αιτήματος του Δήμου Μινώα Πεδιάδας (αριθ. πρωτ. εισερχ. 1509/28-03-2014), όπως συμπληρώθηκε, επί του οποίου εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 151/2014 Απόφαση της Αρχής, με την οποία είχε κριθεί ότι συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής, κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, για παροχή γνώμης.

10. Αναφορικά με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του Δήμου στην κρινόμενη αίτηση θεραπείας, περί τήρησης όλων των κανόνων δημοσιότητας και περί μη υποβολής ενστάσεων κατά των όρων του εν θέματι

διαγωνισμού (βλ. ανωτέρω, Ιστορικό, υπό 3), επισημαίνονται τα εξής:

Καταρχήν, η νομιμότητα της προηγηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας δε συνέχεται μόνο με την αποστολή της σχετικής προκήρυξης προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε.), στο ΦΕΚ και στον απαιτούμενο αριθμό ελληνικών εφημερίδων, καθώς και την τήρηση των σχετικών προθεσμιών εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, αλλά προϋποθέτει περαιτέρω αφενός οι πληροφορίες που περιλαμβάνονται στην Ε.Ε.Ε.Ε. να μη διαφέρουν σε σχέση με τις δημοσιευόμενες στον εθνικό τύπο και αφετέρου οι όροι της διακήρυξης να είναι ακριβείς και σαφείς και να μην πλήττουν τις αρχές του ανταγωνισμού, της πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και της διαφάνειας.

Στην προκειμένη περίπτωση, η Αρχή έκρινε, με την υπ' αριθμ. 151/2014 Απόφασή της, ότι:

(α) Ο όρος που εισήχθη στο τυποποιημένο έντυπο της περίληψης που δημοσιεύτηκε στην Ε.Ε.Ε.Ε., στο Τμήμα ΙΙΙ.1.4) με τίτλο «Άλλοι ειδικοί όροι», σύμφωνα με τον οποίο «Στο σκέλος που αφορά στην προμήθεια καυσίμων κίνησης, γίνονται δεκτές μόνο επιχειρήσεις (πρατήρια υγρών καυσίμων), που η έδρα τους είναι εντός των γεωγραφικών ορίων του νομού Ηρακλείου», συνιστά γεωγραφικό περιορισμό στον αριθμό των υποψήφιων αναδόχων βάσει γεωγραφικού προσδιορισμού του τόπου εγκατάστασής τους, ο οποίος έρχεται σε αντίθεση με το άρθρο 3 του π.δ. 60/2007, καθόσον ευνοεί τις επιχειρήσεις εκείνες που είναι εγκατεστημένες εντός των ορίων της συγκεκριμένης περιοχής.

Πέραν τούτου, διαπιστώθηκε διάσταση πληροφοριών μεταξύ του τυποποιημένου εντύπου προκήρυξης σύμβασης που απεστάλη στην Ε.Ε.Ε.Ε. και της διακήρυξης, δεδομένου ότι, κατά παράβαση του άρθρου 30 παρ. 1 και 5 του π.δ. 60/2007, στο κείμενο της διακήρυξης (άρθρο 6 παρ. 1) προβλέπεται ότι «Δικαίωμα συμμετοχής επί ποινή απαραδέκτου στο διαγωνισμό έχουν: (α) Φυσικά ή νομικά πρόσωπα της ημεδαπής ή της αλλοδαπής ή συνεταιρισμοί ή κοινοπραξίες ή ενώσεις προμηθευτών που ασχολούνται με τα καύσιμα. [...]». Η ίδια ως άνω μη επιτρεπόμενη διάσταση διαπιστώθηκε και αναφορικά με τη δημοσίευση στον εθνικό τύπο και στο Φ.Ε.Κ.

(β) Επιπλέον, η Αρχή έκρινε ότι ο όρος της διακήρυξης σύμφωνα με τον οποίο η εγγύηση συμμετοχής «...θα συνταχθεί στην Ελληνική γλώσσα και θα εκδοθεί από Τράπεζα είτε από άλλο νομικό πρόσωπο που έχει κατά νόμο το δικαίωμα αυτό και λειτουργεί νόμιμα στην Ελλάδα είτε από ισόποσο γραμμάτιο του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων» (άρθρο 7 παρ. 1.2.), ο οποίος περιέχεται και στη δημοσίευση στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων (ΦΕΚ 28/24-01-2014), εισάγει περιορισμό αναφορικά με το φορέα έκδοσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής και έρχεται σε αντίθεση με το άρθρο 3 του π.δ. 60/2007, καθόσον ευνοεί τους υποψήφιους της ημεδαπής σε σχέση με εκείνους της αλλοδαπής και αντιβαίνει ευθέως στο ενωσιακό δίκαιο.

Περαιτέρω, διαπιστώθηκε διάσταση μεταξύ των όρων της διακήρυξης, καθότι στο άρθρο 9 παρ. 1 και 2 αυτής προβλέπεται, σε αντίθεση με τα αναγραφόμενα στο άρθρο 7 παρ. 1.2., ότι: «9.1. Οι εγγυήσεις εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα ή άλλα νομικά πρόσωπα που λειτουργούν νόμιμα στα κράτη-μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης και έχουν σύμφωνα με τα ισχύοντα το δικαίωμα αυτό. 9.2. Οι εγγυήσεις αν δεν είναι διατυπωμένες στην Ελληνική θα συνοδεύονται από επίσημη μετάφραση».

Ως εκ τούτου, οι ανωτέρω όροι της διακήρυξης, οι οποίοι κρίθηκαν με την προσβαλλόμενη απόφαση ως ασαφείς, αόριστοι και αντίθετοι με την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, παρά το γεγονός ότι δεν προσβλήθηκαν με ενστάσεις, όπως ισχυρίζεται ο Δήμος με την αίτηση θεραπείας του, ενδεχομένως απέτρεψαν υποψήφιους οικονομικούς φορείς να συμμετάσχουν στη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας σχετική προσφορά.

11. Επειδή η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της περ. α της παρ. 1 του άρθρου 25 του π.δ. 60/2007, συνέχεται άμεσα με τον προηγηθέντα 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).

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' αριθμ. 151/2014 Απόφασης της Αρχής και επίσης δεν γίνεται επίκληση κάποιου νέου στοιχείου ή περιστάσης, επαρκώς αιτιολογημένων και ικανών να επιφέρουν ανάκληση της ληφθείσας απόφασης ή τροποποίηση των ήδη κριθέντων.

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 απόρριψη της αίτησης θεραπείας του Δήμου Μινώα Πεδιάδας με την οποία ζητείται η επανεξέταση της υπ' αριθμ. 151/2014 Απόφασης της Αρχής, για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτήν καθώς και στην παρούσα απόφαση.

Αθήνα, 25 Ιουνίου 2014

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Δημήτριος Ραΐκος