



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ

65/ 2014

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 28^η Φεβρουαρίου του έτους δύο χιλιάδες δέκα τέσσερα (2014) ημέρα Παρασκευή και ώρα 10.00 π.μ. και επί της οδού Κηφισίας 7 (5^{ος} όροφος) στους Αμπελοκήπους, 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 την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Πρόεδρος :** Ράϊκος Δημήτριος
- 2. Μέλη :** Καραμανλής Ευάγγελος
Σταθακόπουλος Δημήτριος
Λουρίκας Δημήτριος

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

Γραμματέας : Στυλιανή Τσιάβου

Εισηγητής : Αντώνιος Μ. Νίκας, Μηχ. Μηχανικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Αρχής

Ερώτημα : Το με αρ. πρωτ. 2864/24-01-2014 αίτημα του Δήμου Αγίου Δημητρίου Νομού Αττικής προς την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων το οποίο παρελήφθη στις 30/01/2014 (αρ. πρωτ. εισερχ. 477) και συμπληρώθηκε με το με αρ. πρωτ. 5982/11-2-2014 έγγραφο του Δήμου με συμπληρωματικά στοιχεία, το οποίο παρελήφθη από την Αρχή στις 14-2-2014 (αρ. πρωτ. εισερχομένου 811/14-2-2014).

Θέμα : Παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την προμήθεια καυσίμων (κίνησης και θέρμανσης), προϋπολογιζόμενης αξίας 421.414,71 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ (ή 342.613,60 ευρώ χωρίς τον ΦΠΑ), για την κάλυψη των αναγκών του ιδίου του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων, για διάρκεια οκτώ μηνών, καθόσον ο προηγηθείς δημόσιος ανοικτός διαγωνισμός, κατά το σκέλος που αφορά τα εν λόγω είδη και φορείς απέβη άγονος.

1. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 2864/24-01-2014 έγγραφο - αίτημα του Δήμου Αγίου Δημητρίου Νομού Αττικής (εφεξής Δήμος) με τα συνημμένα σε αυτό στοιχεία, το οποίο παρελήφθη από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής Αρχή) στις 30.01.2014 (αριθ. πρωτ. 477), και συμπληρώθηκε με το με αρ. πρωτ. 5982/11-02-2014 διαβιβαστικό του με συμπληρωματικά στοιχεία, το οποίο παρελήφθη από την Αρχή στις 14/02/2014 (αρ πρωτ εισερχομένου 811), ζητείται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής για την προσφυγή του Δήμου στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης, για την προμήθεια καυσίμων, πετρελαίου θέρμανσης και φωτισμού για τις ανάγκες του ιδίου και των νομικών του προσώπων, προϋπολογιζόμενης αξίας 342.613,60 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 23%, καθόσον ο προηγηθείς διαγωνισμός, κατά το σκέλος που αφορά τα εν λόγω είδη και φορείς, απέβη άγονος.

2. Από τα αναφερόμενα στο κρινόμενο αίτημα και στα συνυποβληθέντα αρχικά και συμπληρωματικά έγγραφα και στοιχεία προκύπτουν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά :

Ο Δήμος Αγίου Δημητρίου αιτείται την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, επικαλούμενος τις διατάξεις του άρθρου 25 του Π.Δ. 60/07, για την ανάθεση της προμήθειας καυσίμων, για τα ακόλουθα είδη και φορείς, για τα οποία δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά, στον διαγωνισμό που διενεργήθηκε στις 10/12/2013 :

α) Καύσιμα (θέρμανσης και κίνησης) για τον Δήμο Αγίου Δημητρίου, προϋπολογισμού 282.914,75 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 23%,

β) Καύσιμα (θέρμανσης) του Νομικού Προσώπου Οργανισμός Παιδείας Κοινωνικής Αλληλεγγύης και Προστασίας – ΟΠΚΑΠ, προϋπολογισμού 14.999,99 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 23%,

γ) Καύσιμα (θέρμανσης) του Νομικού Προσώπου Οργανισμός Πολιτισμού, Αθλητισμού και Περιβάλλοντος – ΟΠΑΠ, προϋπολογισμού 8.499,99 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 23%,

δ) Καύσιμα (θέρμανσης) του Νομικού Προσώπου Σχολικά Συγκροτήματα Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης, προϋπολογισμού 59.999,99 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 23%,

ε) Καύσιμα (θέρμανσης) του Νομικού Προσώπου Σχολικά Συγκροτήματα Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης, προϋπολογισμού 54.999,99 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 23%.

3. Με την υπ' Αριθμ. 272/2013 Απόφασή του (Πρακτικό της με αριθμό 22/2013 Τακτικής Συνεδρίασης της 16-09-2013, ΑΔΑ : ΒΛ9ΑΩ63-2ΙΕ) το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 65§1 του Ν. 3852/2010 (Πρόγραμμα Καλλικράτης – ΦΕΚ 87Α), ενέκρινε την διενέργεια όλων των προμηθειών και εργασιών του προϋπολογισμού του Δήμου για τα έτη 2013 και 2014, οι οποίες εμφανίζονται στον σχετικό πίνακα που περιέχει η απόφαση, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η προμήθεια του αιτήματος.

4. Στην συνέχεια η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, με την Απόφασή της με αριθμό 247/2013, (Πρακτικά της με αριθμό 33/2013 τακτικής συνεδρίασης της 24-09-2013, ΑΔΑ : ΒΛΛΙΩ63-Τ1Μ), σύμφωνα με το άρθρο 72 του Ν.3852/2010 (ΦΕΚ 87Α) : α) ψήφισε και ενέκρινε τις τεχνικές προδιαγραφές της προμήθειας (Μελέτη 133/2013 της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου) και β) κατάρτισε τους όρους της διακήρυξης για την διενέργεια του ανοικτού διαγωνισμού για την «Προμήθεια καυσίμων, πετρελαίου θέρμανσης και λιπαντικών για κίνηση μεταφορικών μέσων του Δήμου και των Νομικών Προσώπων», συνολικού προϋπολογισμού 447.391,08 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 23%.

Σημειώνεται ότι με τις ακόλουθες αποφάσεις έγιναν οι σχετικές εγκρίσεις διάθεσης πίστωσης και ανάληψης δέσμευσης υποχρέωσης :

- Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής 245/2013 (ΑΔΑ : ΒΛ9ΝΩ63-2ΘΒ) του Δήμου σε βάρος πιστώσεων ΚΑ 10.6641.03, 10.6643, 15.6641.01, 20.6641.04, 25.6641.01, 30.6641.03, 35.6641.03, 35.6644, 70.6641.03, 20.6641.06, 35.6641.02, προϋπολογισμού οικονομικού έτους 2014.

- Απόφαση 87/2013 (ΑΔΑ : ΒΛ93ΟΕΥ7-9ΛΟ) Διοικητικού Συμβουλίου του Οργανισμού Παιδείας Κοινωνικής Αλληλεγγύης και Προστασίας (ΟΠΚΑΠ) σε βάρος πιστώσεων ΚΑ 15.6643 προϋπολογισμού οικονομικού έτους 2014.

- Απόφαση 192/2013 (ΑΔΑ : ΒΛ9ΓΟΛΥΞ-ΟΟΝ) Διοικητικού Συμβουλίου του Οργανισμού Πολιτισμού, Αθλητισμού και Περιβάλλοντος (ΟΠΑΠ) σε βάρος πιστώσεων ΚΑ 15.6643 προϋπολογισμού οικονομικού έτους 2014.

- Απόφαση 114/2013 (ΑΔΑ : ΒΙΨΕΩ63-ΟΦΨ) Σχολικής Επιτροπής Σχολείων Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης σε βάρος ενδεικτικού προϋπολογισμού έτους 2015.
- Απόφαση 92/2013 (ΑΔΑ : ΒΛΛ4Ω63-ΠΔ6) Σχολικής Επιτροπής Σχολείων Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης σε βάρος ενδεικτικού προϋπολογισμού έτους 2015.

5. Κατόπιν τούτων ο Δήμος προκήρυξε τον με αρ. πρωτ. 39471/23-10-2013 δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό, (Προκήρυξη Νο 745), με σφραγισμένες προσφορές και με κριτήριο κατακύρωσης για μεν τα καύσιμα, το μεγαλύτερο ενιαίο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες επί της εκάστοτε μέσης λιανικής τιμής πώλησης του είδους για δε τα λιπαντικά την χαμηλότερη προσφορά, για την προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών, για τις ανάγκες του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων, ως εξής :

1) Προμήθεια καυσίμων για την κίνηση των μεταφορικών μέσων του Δήμου Αγίου Δημητρίου και πετρελαίου θέρμανσης για τα συστήματα θέρμανσης των κτηριακών του εγκαταστάσεων.

Ο προϋπολογισμός της προμήθειας, βάσει της υπ. αριθ. 133/2013 μελέτης της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου, ανέρχεται ενδεικτικά στο ποσό των 282.914.75 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., που θα βαρύνει τις πιστώσεις των κωδικών εξόδων του προϋπολογισμού του Δήμου, οι οποίοι είναι οι ακόλουθοι : 10.6641.03, 10.6643, 15.6641.01, 20.6641.04, 25.6641.01, 30.6641.03, 35.6641.03, 35.6644, 70.6641.03.

2) Προμήθεια πετρελαίου θέρμανσης για τα συστήματα θέρμανσης των κτηρίων του Νομικού Προσώπου (Οργανισμός παιδείας κοινωνικής αλληλεγγύης και προστασίας) του Δήμου Αγίου Δημητρίου .

Ο προϋπολογισμός της προμήθειας, ανέρχεται ενδεικτικά, βάσει της υπ. αριθ. 133/2013 μελέτης της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου, στο ποσό των 14.999,99€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. , που θα βαρύνει την πίστωση του κωδικού εξόδων Κ.Α.15.6643 του προϋπολογισμού του Νομικού Προσώπου.

3) Προμήθεια πετρελαίου θέρμανσης για τα συστήματα θέρμανσης των κτηρίων Ο.Π.Α.Π. (Οργανισμός πολιτισμού, αθλητισμού και περιβάλλοντος) του Δήμου Αγίου Δημητρίου.

Ο προϋπολογισμός της προμήθειας, ανέρχεται ενδεικτικά, βάσει της υπ. αριθ. 133/2013 μελέτης της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου, στο ποσό των 8.499,99€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. , που θα βαρύνει την πίστωση του αντίστοιχου κωδικού εξόδων Κ.Α 15.6643 του προϋπολογισμού του Νομικού Προσώπου.

4) Προμήθεια πετρελαίου θέρμανσης για τα συστήματα θέρμανσης των κτηρίων Ν.Π.Δ.Δ. (Σχολικά συγκροτήματα Πρωτοβάθμιας εκπαίδευσης) του Δήμου Αγίου Δημητρίου.

Ο προϋπολογισμός της προμήθειας, ανέρχεται ενδεικτικά, βάσει της υπ. αριθ. 133/2013 μελέτης της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου, στο ποσό των 59.999,99€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. , που θα βαρύνει τις δαπάνες του Νομικού Προσώπου.

5) Προμήθεια πετρελαίου θέρμανσης για τα συστήματα θέρμανσης των κτηρίων Ν.Π.Δ.Δ. (Σχολικά συγκροτήματα Δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης) του Δήμου Αγίου Δημητρίου.

Ο προϋπολογισμός της προμήθειας, ανέρχεται ενδεικτικά, βάσει της υπ. αριθ. 133/2013 μελέτης της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου, στο ποσό των 54.999,99€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. που θα βαρύνει τις δαπάνες του Νομικού Προσώπου.

6) Προμήθεια λιπαντικών για κίνηση μεταφορικών μέσων του Δήμου. Ο προϋπολογισμός της προμήθειας, ανέρχεται ενδεικτικά, βάσει της υπ. αριθ. 133/2013 μελέτης της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου, στο ποσό των 25.976,37€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., που θα βαρύνει τις πιστώσεις των κωδικών εξόδων Κ.Α-20.6641.06, Κ.Α 35.6641.02 του προϋπολογισμού του Δήμου.

Σημειώνεται ότι στην Μελέτη 133/2013 της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου, στο τεύχος ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ, αναφέρεται ότι :

«Θα γίνονται δεκτές προσφορές διαγωνιζόμενων που θα αφορούν το σύνολο (καύσιμα και λιπαντικά) ή μέρος των προς εκτέλεση προμηθειών (καύσιμα ή λιπαντικά), όπως προβλέπει η παρούσα διακήρυξη και τα συμβατικά τεύχη της».

Από τον όρο αυτό συμπεραίνεται ότι η προμήθεια είναι χωρισμένη σε δύο τμήματα, τα καύσιμα και τα λιπαντικά, και ότι είναι δυνατή η προσφορά για το σύνολο της προμήθειας (καύσιμα και λιπαντικά) είτε για ένα μόνο τμήμα (καύσιμα ή λιπαντικά).

6. Η περίληψη της με αρ. πρωτ. 39471/23-10-2013 διακήρυξης, (Προκήρυξη Νο 745) απεστάλη για δημοσίευση στο ΦΕΚ (Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων, Αρ. Φύλλου 690/25-10-2013) καθώς και στις εφημερίδες ΗΧΩ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ (δημοσίευση στο φύλλο της 25-10-2013), ΓΕΝΙΚΗ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ (δημοσίευση στο φύλλο της 4-10-2013), ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ ΚΑΙ ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ (δημοσίευση στο φύλλο της 25-10-2013) και ΣΥΝΕΙΔΗΣΗ (δημοσίευση στο φύλλο της 25-10-2013), ενώ απεστάλη στις 18/10/2013

με ηλεκτρονικό τρόπο, για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Τέλος η περίληψη αναρτήθηκε στο Πρόγραμμα Διαύγεια όπου έλαβε Αριθμό ΑΔΑ : ΒΛΛΥΩ63-Κ2Ω, ενώ σύμφωνα με την διακήρυξη τοιχοκολλήθηκε στον πίνακα ανακοινώσεων του Δημοτικού Καταστήματος. Τέλος σημειώνεται ότι δεν προκύπτει από κανένα έντυπο του φακέλου ότι η διακήρυξη και τα λοιπά τεύχη του διαγωνισμού αναρτήθηκαν στην ιστοσελίδα του Δήμου ή σε άλλη ιστοσελίδα υπερκείμενης αρχής. Η διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων, όπου έλαβε ΑΔΑΜ : 14PROC001892581.

7. Ο διαγωνισμός διεξήχθη στις 10/12/2013 ενώπιον της Επιτροπής Διενέργειας Δημόσιων Διαγωνισμών και Αξιολόγησης, η οποία συγκροτήθηκε με την αρ. 5/2013 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου. Σύμφωνα με το Πρακτικό 88/10-12-2013 της Επιτροπής, στο σκέλος που αφορά την προμήθεια καυσίμων, δεν προσήλθε κανένας ενδιαφερόμενος για να καταθέσει προσφορά, ενώ για το σκέλος που αφορά την προμήθεια λιπαντικών προσήλθε ένας ενδιαφερόμενος, η εταιρεία Θ. Πανουσάκης και Σια ΕΕ η οποία κατέθεσε αποδεκτή προσφορά με τιμή προσφοράς 24.203,20€. Κατά συνέπεια με την Γνωμοδότηση της με αρ 89, η Επιτροπή εισηγήθηκε προς την Οικονομική Επιτροπή για μεν το μέρος που αφορά την προμήθεια καυσίμων να κηρύξει τον διαγωνισμό άγονο, για δε το μέρος που αφορά τα λιπαντικά να ανατεθεί η προμήθεια στην ως άνω εταιρεία.

8. Στην συνέχεια η Οικονομική Επιτροπή με την με αριθμό 363/2013 Απόφασή της (Τακτική Συνεδρίαση με Αριθμό 46/2013, της 19-12-2013, ΑΔΑ : ΒΛΓΞΩ63-Χ7Ρ) αποφάσισε να εγκρίνει την ως άνω Γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού και για μεν το σκέλος που αφορά την προμήθεια καυσίμων να κηρύξει τον διαγωνισμό άγονο, για δε το σκέλος που αφορά την προμήθεια λιπαντικών, να κατακυρώσει τον διαγωνισμό στην εταιρεία Θ. Πανουσάκης και Σία ΕΕ, με τιμή 24.203,20 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Η απόφαση αυτή ενεκρίθη κατά την νομιμότητά της με την με αρ. πρωτ. 68728/55890/3-1-2014 απόφαση του Γενικού Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής.

Κατόπιν των ανωτέρω, το Δημοτικό Συμβούλιο με την με αριθμ. 442/2013 Απόφασή του (Τακτική Συνεδρίαση με ρ 32/2013 της 19-12-2013, ΑΔΑ : ΒΛΓΥΩ63-12Ο) ενέκρινε την εκτέλεση της προμήθειας καυσίμων με την διαδικασία της διαπραγμάτευσης και εξουσιοδότησε την Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού να εκτελέσει την διαδικασία αυτή.

9. Ακολούθως, ο Δήμος με το υπ' αρ. πρωτ. 2864/24-01-2014 έγγραφο-αίτημα του προς την Αρχή, το οποίο συμπληρώθηκε με το με αρ. πρωτ. 5982/11-02-2014 έγγραφό του, αιτήθηκε την παροχή σύμφωνης γνώμης αυτής για την προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την προμήθεια του μέρους που αφορά τα καύσιμα (κίνησης, θέρμανσης και φωτισμού) του ιδίου και των νομικών του προσώπων, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 342.613,60 ευρώ χωρίς τον ΦΠΑ, λόγω του άγονου του προηγηθέντος διαγωνισμού για το μέρος αυτό, προσκομίζοντας σχετικό σχέδιο απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου.

II. Νομικό πλαίσιο

10. Το άρθρο 2, παράγρ. 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, ορίζει τα ακόλουθα :

«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 εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. [...]»

11. Η διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 του Π.Δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...» ορίζει :

“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:
α) 137.000 ευρώ, για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, εκτός αυτών που καλύπτονται από την περίπτωση β) στοιχείο iii), που συνάπτονται από τις αναθέτουσες αρχές οι οποίες είναι κεντρικές κυβερνητικές αρχές του Παραρτήματος IV [...]”

β) 211.000 ευρώ, προκειμένου για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που συνάπτονται είτε i) από αναθέτουσες αρχές άλλες από εκείνες που αναφέρονται στο Παράρτημα IV, είτε ii) από τις αναθέτουσες αρχές που αναφέρονται στο Παράρτημα IV και οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αφορούν προϊόντα τα οποία δεν καλύπτει το Παράρτημα V, είτε iii) από οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή και έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες της κατηγορίας 8 του Παραρτήματος II A, υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών της κατηγορίας 5 των οποίων οι θέσεις στο CPV είναι αντίστοιχες με τους αριθμούς αναφοράς CPC 7524, 7525 και 7526, ή/και υπηρεσίες που αναφέρονται στο Παράρτημα II B.”

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 2 του αριθ. 1251/2011 Κανονισμού της Επιτροπής της 30ής Νοεμβρίου 2011 για την τροποποίηση των Οδηγιών 2004/17/ΕΚ, 2004/18/ΕΚ και 2009/81/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στις 130.000 και 200.000 ευρώ αντίστοιχα, ενώ από 1/1/2014 και για την διετία 2014-2015 τα όρια αυτά αναπροσαρμόστηκαν εκ νέου στις 134.000 και 207.000 ευρώ αντίστοιχα, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθμ. 1336/2013 της Επιτροπής.

12. Στο άρθρο 25 του Π.Δ. 60/2007 ορίζεται:

«...1.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...».

13. Σύμφωνα με το άρθρο 30§1 του Π.Δ. 60/2007 :

«1. Οι προκηρύξεις περιλαμβάνουν τις πληροφορίες που αναφέρονται στο Παράρτημα VIIA 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».

Το Παράρτημα VII A του Π.Δ. 60/2007, (όπως και το Παράρτημα I : ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ ΟΤΑ, του Ε.Κ.Π.Ο.Τ.Α.), στις πληροφορίες που πρέπει να περιλαμβάνονται στις προκηρύξεις δημοσίων συμβάσεων, μεταξύ άλλων, περιλαμβάνει :

«6β) Δημόσιες συμβάσεις προμηθειών :

- φύση των ζητούμενων προϊόντων ... ποσότητα των ζητούμενων προϊόντων, με αναφορά οποιωνδήποτε δικαιωμάτων προαίρεσης για συμπληρωματικές αγορές και, εάν είναι γνωστό, το προσωρινό χρονοδιάγραμμα για την άσκηση των εν λόγω δικαιωμάτων, καθώς και ο αριθμός τυχόν παρατάσεων...

7. Εάν οι συμβάσεις υποδιαιρούνται σε τμήματα, αναφορά της δυνατότητας για τους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν προσφορά για ένα, περισσότερα ή/και για όλα τα τμήματα ...

8. Προθεσμία ολοκλήρωσης των έργων / προμηθειών / υπηρεσιών ή διάρκεια της σύμβασης έργων / προμηθειών / υπηρεσιών...

9. Αποδοχή ή απαγόρευση υποβολής εναλλακτικών προσφορών ...

13. α) πρόσωπα τα οποία επιτρέπεται να παρίστανται στην αποσφράγιση των προσφορών ...

14. Κατά περίπτωση, απαιτούμενες εγγυήσεις ...

21. Χρονικό διάστημα κατά το οποίο ο προσφέρων δεσμεύεται από την προσφορά του (ανοικτές διαδικασίες) ...».

14. Το άρθρο 23 “Διαδικασία με διαπραγμάτευση ή απευθείας ανάθεση – πρόχειρος διαγωνισμός” της Υπ. Απόφασης 11389/93 (ΦΕΚ 185B/23-3-1993,) ΕΝΙΑΙΟΣ ΚΑΝΟΝΙΣΜΟΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ ΟΡΓΑΝΙΣΜΩΝ ΤΟΠΙΚΗΣ ΑΥΤΟΔΙΟΙΚΗΣΗΣ (Ε.Κ.Π.Ο.Τ.Α.), η οποία εκδόθηκε κατ’ εξουσιοδότηση του Ν. 1797/1988, όπως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε από τον Ν.2000/1991, ορίζει ότι :

«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....».

Οι περιπτώσεις αυτές αναφέρονται ως ακολούθως στο εν λόγω άρθρο 3 :

Άρθρο 3§3β : «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν συμβάσεις προμηθειών με τη διαδικασία των διαπραγματεύσεων σε περίπτωση υποβολής μη κανονικών προσφορών στα πλαίσια ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού ή σε περίπτωση κατά την οποία οι προσφορές, κατά τους παραπάνω διαγωνισμούς, δεν είναι δυνατό να γίνουν δεκτές βάσει των διατάξεων του παρόντος κανονισμού και υπό την προϋπόθεση ότι οι αρχικοί όροι της σύμβασης δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς»

Άρθρο 3§3γ : «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν επίσης να συνάπτουν τις συμβάσεις προμηθειών προσφεύγοντας στην 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 ουσιωδώς και εφόσον διαβιβάζεται στον νομάρχη, μαζί με την σχετική απόφαση, αιτιολογημένη έκθεση.....».

15. Στο άρθρο 209 παρ. 1 του Ν. 3463/2006 «Κύρωση του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων» (ΦΕΚ 114Α), 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....»

16. Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 48 του Ν.4111/2013 (ΦΕΚ 18Α), με τον οποίο κυρώθηκε η Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου της 12-12-2013 (ΦΕΚ 240Α) : «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».

Σημειώνουμε ότι αναλυτικές οδηγίες για την ως άνω διαδικασία αναφέρονται αναλυτικά στις διατάξεις της παραγράφου Β : «Προγραμματισμός προμηθειών – προτεινόμενη διαδικασία» της εγκυκλίου με αριθμ. 3 (αρ. πρωτ. 11543/26-3-2013) του Υπουργείου Εσωτερικών / Γενικής Διεύθυνσης Τοπικής Αυτοδιοίκησης / Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών / Τμήμα Γενικών Υποθέσεων.

III. Νομική Εκτίμηση

17. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου αφορά σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, κατά την έννοια του Π.Δ. 60/2007 περί προσαρμογής της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών». Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για την σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας προϋπολογισμού 342.613,60 ευρώ χωρίς τον ΦΠΑ 23%, σε συνδυασμό με τον συνολικό προϋπολογισμό της αρχικής σύμβασης που ανέρχεται στο ποσό των 363.372,58 ευρώ χωρίς τον ΦΠΑ 23%, συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή γνώμης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ` υποπερίπτωση δδ` του Ν. 4013/2011, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, και των άρθρων 6 και 8 του Π.Δ. 60/2007.

18. 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 περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 Π.Δ. 60/2007) (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 συσταλτικής 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. Ι-1949, σκέψη 13 και της 13^{ης} Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, Ι-13947, σκέψη 48).

19. Στην προκειμένη περίπτωση τυγχάνει εφαρμογής εν προκειμένω η διάταξη του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α' του Π.Δ. 60/2007 για το μέρος της προμήθειας, δηλαδή για τα καύσιμα του Δήμου και των νομικών του προσώπων, για το οποίο δεν υπεβλήθη καμία προσφορά.

Ειδικότερα, η εφαρμογή του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α' του Π.Δ. 60/2007, στη βάση του οποίου οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, προϋποθέτει:

Α) Να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία,

Ειδικότερα δε, σχετικά με την προϋπόθεση της νομίμως διεξαχθείσας προηγηθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, παγίως έχει κριθεί ότι 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 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).

Β) Να μην έχει υποβληθεί, κατά την ανωτέρω (υπό σημείο Α) νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές να μην κρίνεται κατάλληλη ή να μην υπάρχει κανείς υποψήφιος,

Γ) Την μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση,

Δ) Επιπλέον, προϋποθέτει ότι σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής εκθέσεως.

20. Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης Απόφασης, προκύπτουν τα ακόλουθα:

Α) Ως προς την προϋπόθεση, προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας :

Ο Δήμος Αγίου Δημητρίου προσέφυγε σε δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό με βάση την διακήρυξη με αρ. 39471/23-10-2013, για την προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για τις ανάγκες του ιδίου και των νομικών του προσώπων, συνολικού προϋπολογισμού 447.391,08 € συμπεριλαμβανομένου του νομίμου ΦΠΑ 23%, στο πλαίσιο του οποίου δεν υπεβλήθη καμία προσφορά για το μέρος της προμήθειας που αφορά τα καύσιμα κίνησης μεταφορικών μέσων, πετρελαίου κίνησης και φωτισμού, του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων, συνολικού προϋπολογισμού 421.414,71 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, κηρυσσομένου ως εκ τούτου του διαγωνισμού άγονου κατά το μέρος αυτό της προμήθειας.

Από τα στοιχεία όμως του φακέλου διαπιστώνονται, προεχόντως, οι κατωτέρω ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες κατά τη διενέργεια του δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού, σε σχέση με τους όρους της με αριθμ πρωτ. 39471/23-10-2013 Διακήρυξης, οι οποίες ενδεχομένως συνέχονται με το άγονο αποτέλεσμα. Συγκεκριμένα, και σχετικά με την με αρ. πρωτ. 39471/23-10-2013 Διακήρυξη :

1) Στο ΑΡΘΡΟ 27^ο : «*Παραλαβή - Παράδοση των καυσίμων - λιπαντικών*» της διακήρυξης, αναφέρεται : «*2. Η παράδοση των καυσίμων για την κίνηση των οχημάτων θα γίνεται τμηματικά στις εγκαταστάσεις του προμηθευτού, οι οποίες θα βρίσκονται απαραίτητως, εντός των ορίων του Δήμου ή όμορων δήμων και δεν θα απέχουν περισσότερο από 5km από το αμαξοστάσιο του Δήμου (Αγ. Δημητρίου και Θεομήτορος). Η παράδοση θα είναι άμεση, σε προκαθορισμένες ώρες που θα ορίσει η υπηρεσία και ο ανάδοχος θα δίνει προτεραιότητα στον ανεφοδιασμό των οχημάτων του Δήμου σε σχέση με άλλα οχήματα*».

Ο όρος αυτός περιορίζει εκ προοιμίου τον ανταγωνισμό και την ίση μεταχείριση των συμμετεχόντων, καθώς περιλαμβάνει σαφή αναφορά γεωγραφικού προσδιορισμού, ήτοι καθορίζει συγκεκριμένα γεωγραφικά όρια εντός των οποίων οι προσφέροντες θα πρέπει να διαθέτουν εγκαταστάσεις. Και τούτο διότι ευνοεί συγκεκριμένες επιχειρήσεις, αλλά επίσης τελεί σε δυσαναλογία σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, αφού δεν προκύπτει με σαφήνεια και δεν δικαιολογείται αντικειμενικά από την οικεία διακήρυξη ούτε τεκμηριώνεται επαρκώς από τα έγγραφα του διαγωνισμού, για ποιόν λόγο δεν μπορεί η προμήθεια αυτή να παρασχεθεί από οικονομικό φορέα που δεν διαθέτει τις συγκεκριμένες εγκαταστάσεις εντός της συγκεκριμένης απόστασης ή οι εγκαταστάσεις του οποίου θα απέχουν περισσότερο από 5 χιλιόμετρα από το αμαξοστάσιο του Δήμου, ενώ παράλληλα δεν προβλέπεται η δυνατότητα συνεργασίας με οικονομικό φορέα που διαθέτει τις εν λόγω εγκαταστάσεις στην περιοχή, ώστε να διευρυνθεί το πεδίο των δικαιούμενων συμμετοχής βάσει των διατάξεων του άρθρου 43 παρ. 3 του Π.Δ. 60/2007.

Κατά συνέπεια, ο προαναφερόμενος όρος της διακήρυξης αντιβαίνει στις θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, πλήττει ουσιωδώς τον υγιή ανταγωνισμό, και ενδεχομένως, απέτρεψε οικονομικούς φορείς να συμμετάσχουν στην διαγωνιστική διαδικασία υποβάλλοντας σχετική προσφορά.

Σε αντίστοιχες περιπτώσεις έχει κριθεί από την Αρχή (σχετικές οι υπ' αριθμ. 45/2012, 145, 163, 252, 276, 554, 536, 534/2003 αποφάσεις της Αρχής) 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 οποίο αποβλέπει (ΔΕΚ C-234/03, 27.10.2005, Contse, Συλλ. 2005μ I-9315).

2) Στο ΑΡΘΡΟ 8^ο : «Χρόνος και Τρόπος Υποβολής Προσφορών» της διακήρυξης, αναγράφεται :

«1. Οι προσφορές κατατίθενται ενώπιον της επιτροπής διενέργειας διαγωνισμών στις 10 του μήνα Δεκεμβρίου του έτους 2013 από ώρα 10:00π.μ μέχρι και 10:30π.μ.

2. Οι προσφορές μπορεί να αποσταλούν και ταχυδρομικά ή και με οποιοδήποτε άλλο τρόπο μέχρι την προηγούμενη του διαγωνισμού εργάσιμη ημέρα».

Οι όροι αυτοί εισάγουν μια μορφή άνισης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων που αποστέλλουν την προσφορά τους ταχυδρομικά ή με εταιρία ταχυμεταφορών ή άλλο μέσο και εκείνων που την καταθέτουν αυτοπροσώπως ή μέσω νομίμου εκπροσώπου, διαφοροποιεί τον χρόνο ημερομηνίας υποβολής των προσφορών ανάλογα με τον τρόπο υποβολής της (ταχυδρομική ή με κατάθεση στην αναθέτουσα αρχή), παρέχοντας πλεονέκτημα μιας επιπλέον ημέρας στους συμμετέχοντες που καταθέτουν τις προσφορές τους στην αναθέτουσα αρχή αυτοπροσώπως έναντι εκείνων που θα επιλέξουν την ταχυδρομική αποστολή και δημιουργεί περαιτέρω ανασφάλεια και σύγχυση ως προς την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών.

3) Στο ΑΡΘΡΟ 12^ο : «Ισχύς προσφορών» της διακήρυξης, αναφέρεται :

«1. Οι προσφορές ισχύουν με ποινή αποκλεισμού χωρίς καμία αλλαγή ανεξάρτητα από οποιαδήποτε αλλαγή της ισοτιμίας του Ευρώ προς ξένα νομίσματα, για χρονικό διάστημα τουλάχιστον τριών (3) μηνών από την ημέρα του διαγωνισμού.

2. Προσφορά που ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο των τριών (3) μηνών, απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Ο Δήμος μπορεί με έγγραφη γνωστοποίηση προς τους διαγωνιζόμενους να παρατείνει πριν από την λήξη της, την προθεσμία κατά ανώτατο όριο (3) μήνες, χωρίς οι διαγωνιζόμενοι να έχουν δικαίωμα για αντιρρήσεις. Μετά την λήξη και του παραπάνω χρονικού ορίου παράτασης ισχύος της προσφοράς, ματαιώνονται τα αποτελέσματα του διαγωνισμού, εκτός εάν συμφωνεί και ο μειοδότης για τη συνέχιση του διαγωνισμού».

Ο όρος για υποχρεωτική παράταση της ισχύος των προσφορών, με την έγγραφη γνωστοποίηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, χωρίς την αποδοχή εκ μέρους των υποψηφίων, είναι καταχρηστικός και υπέρμετρα επαχθής για τους προσφέροντες, καθώς τους υποχρεώνει να αποδεχθούν μονομερή παράταση της ισχύος των προσφορών τους μετά την λήξη της αρχικής ισχύος αυτών, υποχρέωση που δεν προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία, και ενδεχομένως λειτούργησε αποτρεπτικά για υποψήφιους οικονομικούς φορείς που επιθυμούσαν να συμμετάσχουν στην διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας σχετική προσφορά.

4) Στο ΑΡΘΡΟ 29^ο : «Κυρώσεις για εκπρόθεσμη παράδοση» της διακήρυξης, αναφέρεται :

«1. Σε περίπτωση που το υλικό παραδοθεί ή αντικατασταθεί μετά τη λήξη του συμβατικού χρόνου όπως διαμορφώθηκε με τυχόν μετάθεση και μέχρι τη λήξη του χρόνου της παράτασης που χορηγήθηκε, σύμφωνα με το άρθρο 29 της παρούσας επιβάλλονται, εκτός των τυχόν προβλεπόμενων, κατά περίπτωση, κυρώσεων και πρόστιμο που υπολογίζεται ως εξής:

α. Για καθυστέρηση που περιορίζεται σε χρονικό διάστημα που δεν υπερβαίνει το ½ του μέγιστου προβλεπόμενου, από το άρθρο 29 της παρούσας, χρόνου παράτασης, 2,5% επί της συμβατικής αξίας της ποσότητας που παραδόθηκε εκπρόθεσμα. Εάν κατά τον υπολογισμό του μισού του χρόνου παράτασης προκύπτει κλάσμα ημέρας, θεωρείται ολόκληρη μέρα.

β. Για καθυστέρηση που υπερβαίνει το παραπάνω ½, 5% επί της συμβατικής αξίας της ποσότητας που παραδόθηκε εκπρόθεσμα».

Παράλληλα στο Τεύχος ΓΕΝΙΚΗ ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ (ΓΣΥ), της Μελέτης με Αριθμ 133/2013 της Διεύθυνσης ΤΕΧΝΙΚΩΝ Υπηρεσιών του Δήμου, η οποία αποτελεί τεύχος του διαγωνισμού, στο άρθρο 8^ο : «Ποινικές ρήτρες – Έκπτωση αναδόχου», προβλέπεται :

«Σε περίπτωση μη εμπρόθεσμης εκτέλεσης της προμήθειας ο μειοδότης υπόκειται σε ποινική ρήτρα δύο

τοίς εκατό (2%) επί του προϋπολογισμού προσφοράς για τις δύο πρώτες εβδομάδες και τέσσερα τοίς εκατό (4%) επί της αξίας της καθυστερούμενης προς παράδοση προμήθειας για την τρίτη και τέταρτη εβδομάδα καθυστέρησης».

Τα περιεχόμενα των ως άνω άρθρων 29^ο της διακήρυξης και 8^ο της ΓΣΥ δεν συμφωνούν μεταξύ τους, κατά συνέπεια εισάγουν ασάφειες στα τεύχη του διαγωνισμού και μπορούν να επισύρουν διαφορετικές ερμηνείες από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς.

Σύμφωνα άλλωστε, με πάγια νομολογία και κατ' εφαρμογήν της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες της διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στην συγγραφή υποχρεώσεων, ώστε να επιτρέπεται στους ενδιαφερόμενους να τους κατανοούν πλήρως και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (απόφαση ΔΕΚ της 29^{ης} Απριλίου 2004, C-469/99, Επιτροπή κατά Cas Succhi di Frutta, βλέπε και ΕΑ 842/2010, 603/2009, 1015/2009).

Κατά συνέπεια, οι προαναφερόμενοι όροι στα εν λόγω άρθρα της διακήρυξης και της ΓΣΥ διαφέρουν μεταξύ τους και αντιβαίνουν προς την αρχή της διαφάνειας στην ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, και πλήττουν ουσιωδώς τον ελεύθερο ανταγωνισμό, διότι λόγω ακριβώς της ασάφειας που εισάγουν, ενδεχομένως, απέτρεψαν οικονομικούς φορείς να συμμετάσχουν στην διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας σχετική προσφορά.

21. Επομένως, με βάση τα ανωτέρω εκτεθέντα, διαπιστώνονται ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες της αναθέτουσας αρχής κατά τη διενέργεια του προηγηθέντος διαγωνισμού, οι οποίες ενδεχομένως, συνεχονται με το άγονο αποτέλεσμα μέρους αυτού.

IV. Συμπέρασμα

22. Ενόψει των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Αρχή ομόφωνα αποφασίζει :

Την απόρριψη του αιτήματος του Δήμου Αγίου Δημητρίου, και την μη παροχή σύμφωνης γνώμης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. γ περ. δδ του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση για την προμήθεια καυσίμων πετρελαίου θέρμανσης και φωτισμού του Δήμου Αγίου Δημητρίου και των Νομικών του Προσώπων (ΟΠΑΠ, ΟΠΚΑΠ, Α΄Θμια Σχολική Επιτροπή, Β΄Θμια Σχολική Επιτροπή), συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας 342.613,60 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 23%, λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα 28 Φεβρουαρίου 2014

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Ράϊκος Δημήτριος