



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ 102/2015

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 13η Μαΐου του έτους δύο χιλιάδες δέκα πέντε (2015) ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:30, και επί της οδού Λ. Κηφισίας 7, 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 τη συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Πρόεδρος:** Ράϊκος 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: Στυλιανή Τσιάβου

Εισηγήτρια: Ελένη Γούναρη, Τοπογράφος Μηχανικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.Σ.Υ.

Ερώτημα: Το υπ' αρ. Πρωτ. 5499/20-04-2015 αίτημα του Δήμου Μινιά Πεδιάδας προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.Σ.Υ. (εφεξής Αρχή) που παρελήφθη στις 23-04-2015 (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 1768).

Θέμα: Διατύπωση σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατόπιν προηγηθέντος άγονου διεθνούς διαγωνισμού, για την σύναψη σύμβασης προμήθειας με τίτλο: “Προμήθεια καυσίμων για θέρμανση και κίνηση μεταφορικών μέσων” συνολικού προϋπολογισμού 291.056,92 € πλέον ΦΠΑ 23%.

Με το υπ' αρ. Πρωτ. 54999/20-04-2015 αίτημα του Δήμου Μινώα Πεδιάδας προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή) που παρελήφθη στις 23-04-2015 (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 1768), ο Δήμος Μινώα Πεδιάδας αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, για την ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών με τίτλο: “Προμήθεια καυσίμων για θέρμανση και κίνηση μεταφορικών μέσων” συνολικού προϋπολογισμού 291.056,92 € πλέον ΦΠΑ 23%.

I. Ιστορικό-πραγματικά περιστατικά

1. Από το φάκελο της υπόθεσης και τα περιεχόμενα σε αυτόν στοιχεία και σχετικά έγγραφα προκύπτουν τα ακόλουθα:

1.1 Στις 26-11-2014 θεωρήθηκε αρμοδίως η υπ' αρ. 42/2014 Τεχνική Μελέτη με τίτλο: “Προμήθεια καυσίμων για θέρμανση και κίνηση μεταφορικών μέσων” συνολικού προϋπολογισμού 291.056,92 € πλέον ΦΠΑ. Η εν λόγω μελέτη συντάχθηκε από τη Δ/ση Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου Μινώα Πεδιάδας και περιλαμβάνει τα τεύχη: α) Τεχνική Έκθεση, β) Διακήρυξη, γ) Γενική και Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων και δ) Προϋπολογισμός.

1.2 Στις 09-12-2014 και με την υπ' αρ. 359 Απόφαση, το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου Μινώα Πεδιάδας αποφάσισε: α) την έγκριση της ανωτέρω Τεχνικής Μελέτης, β) την εκτέλεση της προμήθειας καυσίμων που περιγράφεται σε αυτή γ) τον Ανοικτό, Δημόσιο Διαγωνισμό με σφραγισμένες προσφορές, σύμφωνα με τις διατάξεις του ΕΚΠΟΤΑ, με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή, ως τρόπο διενέργειας ανάθεσης της εν λόγω σύμβασης προμήθειας καυσίμων. Ως ημερομηνία διεξαγωγής του Διαγωνισμού ορίστηκε η 29-01-2015.

Σε συνέχεια αυτής και στις 16-12-2014 εκδόθηκε η υπ' αρ. 211 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Μινώα Πεδιάδας με την οποία εγκρίθηκε μεταξύ άλλων και η Περιληπτική Διακήρυξη της εν λόγω Δημοπρασίας Προμήθειας καυσίμων.

1.3 Περαιτέρω, στις 13-02-2015 εκδόθηκε η υπ' αρ. 26 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου η οποία, μεταξύ άλλων, αποφάσισε τη διόρθωση της περιληπτικής Διακήρυξης, προκειμένου να αναγραφεί το ορθό: ‘διεθνής μειοδοτικός διαγωνισμός’ αντί για ‘δημόσιος μειοδοτικός διαγωνισμός’. Ομοίως με αυτή υπήρξε και η υπ' αρ. 30 Απόφαση, του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου που εκδόθηκε στις 18-02-2015 με την οποία αποφάσισε τη διόρθωση της προηγούμενης απόφασής του (υπ' αρ. 359/2014), στο σκέλος που αφορά στον τρόπο εκτέλεσης της προμήθειας καυσίμων ορίζοντας ότι: ‘.....καθορίζει τον τρόπο εκτέλεσης της προμήθειας με τη διαδικασία του διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού με σφραγισμένες προσφορές, σύμφωνα με τις διατάξεις του ΕΚΠΟΤΑ, με.....Δήμου Μινώα Πεδιάδας...’. Η διόρθωση έγινε κατόπιν εγγράφου του Τμήματος Προσωπικού της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Κρήτης καθόσον, προκειμένου να προχωρήσει ο έλεγχος νομιμότητας της 359/2014 απόφασης, απαιτείται να τροποποιηθεί το τεύχος διακήρυξης ώστε να προβλεφθεί η δημοσίευση αυτής στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καθώς πρόκειται για διεθνή διαγωνισμό.

1.4 Στις 12-03-2015 εκδόθηκε η υπ' αρ. 2808 απόφαση του Γενικού Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Κρήτης με την οποία κρίνονται νόμιμες οι υπ' αρ. 359/2014 και 30/2015 προαναφερθείσες αποφάσεις του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Μινώα Πεδιάδας.

1.5 Στις 16-12-2014 απεστάλη η περίληψη της διακήρυξης προς δημοσίευση στο συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ενώ στις 19-12-2014 δημοσιεύτηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (ΦΕΚ 748).

1.6 Στις 16-12-2014 και με αρ. πρωτ. 26575 αναρτήθηκε στην επίσημη ιστοσελίδα του Δήμου καθώς και στη 'ΔΙΑΥΓΕΙΑ', η Περιληπτική Διακήρυξη με ΑΔΑ: 76ΝΨΩΚ6-ΖΟΗ η οποία και εστάλη για δημοσίευση στις εφημερίδες: α) 'ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ & ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ', 'ΓΕΝΙΚΗ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ' (ημερ. Δημ. 06-01-2015), β) 'ΠΑΤΡΙΣ' (ημερ. δημ. 07-01-2015), γ) 'ΝΕΑ ΚΡΗΤΗ' (ημερ. Δημ. 08-01-2015) και δ) 'ΦΩΝΗ' (ημερ. Δημ. 12-01-2015).

Περαιτέρω, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) με κωδικό ΑΔΑΜ: 14PROC002517055 2015-01-05 καθώς και με ΑΔΑΜ: 15PROC002521203 2015-01-09.

Επιπλέον και η υπ' αρ. 359/2014 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου έλαβε ΑΔΑΜ: 14PROC002517033 2015-01-05

2. Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, αντικείμενο ανάθεσης είναι η προμήθεια: α) υγρών καυσίμων ήτοι πετρέλαιο κίνησης, βενζίνη για τα οχήματα, μεταφορικά μέσα και β) πετρελαίου θέρμανσης για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου Μινώα Πεδιάδας.

Τα υπό προμήθεια καύσιμα χωρίζονται σε δύο ομάδες:

ΟΜΑΔΑ Α: ΚΑΥΣΙΜΑ ΚΙΝΗΣΗΣ ΜΕΤΑΦΟΡΙΚΩΝ ΜΕΣΩΝ

α/α	Είδη Ομάδας Α'	Ενδεικτική Ποσότητα	Μονάδα μέτρησης	Ενδεικτική τιμή (€)	Ενδεικτικός προϋπολογισμός
1	Πετρέλαιο κίνησης	220.816,63	λίτρα	1,095	241.821,14
2	Βενζίνη αμόλυβδη	16.397,82	λίτρα	1,341	21.983,74
3	Βενζίνη σούπερ	7.703,70	λίτρα	1,427	10.991,86
ΣΥΝΟΛΟ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ 23%					274.796,75
ΣΥΝΟΛΟ ΜΕ ΦΠΑ					338.000,00

ΟΜΑΔΑ Β: ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ

σα/α	Είδη Ομάδας Α'	Ενδεικτική Ποσότητα	Μονάδα μέτρησης	Ενδεικτική τιμή (€)	Ενδεικτικός προϋπολογισμός
1	Πετρέλαιο θέρμανσης	19.065,78	λίτρα	0,85	16.260,17
ΣΥΝΟΛΟ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ 23%					16.260,17
ΣΥΝΟΛΟ ΜΕ ΦΠΑ					20.000,00

2.1 Στο τεύχος Διακήρυξης αναφέρεται πως: *'.....οι ενδιαφερόμενοι μπορούν να υποβάλουν προσφορά για μία ή περισσότερες ομάδες της προμήθειας, για τη συνολική ωστόσο προκηρυχθείσα ποσότητα της κάθε ομάδας...'*

2.2 Η Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής ορίζεται σε 1% επί του συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 23%), ενώ η Εγγυητική Επιστολή Καλής Εκτέλεσης αντιστοιχεί στο 10% της συνολικής συμβατικής αξίας χωρίς το ΦΠΑ. Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε (12) μήνες, από την ημερομηνία ανάθεσης αυτής.

3. Στις 29-01-2015 υπεγράφη το Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού σύμφωνα με το οποίο: *'.....καμία προσφορά δεν είχε αποσταλεί στην Υπηρεσία μέχρι την προηγούμενη της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού.....Ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού δεν κατατέθηκαν προσφορές...'*

3.1 Με την υπ' αρ. 25 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Μινώα Πεδιάδας που υπεγράφη στις 13-02-2015 αποφασίστηκαν τα εξής: α) εγκρίθηκε το ανωτέρω Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, β) κηρύχθηκε άγονος ο εν λόγω διαγωνισμός, γ) αποφασίστηκε η επανάληψη αυτού και δ) προκηρύχθηκε διεθνής ανοιχτός διαγωνισμός με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή και ημερομηνία διεξαγωγής την 26-03-2015.

3.2 Στις 12-03-2015 εκδόθηκε η υπ' αρ. 2354 απόφαση του Γενικού Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Κρήτης με την οποία κρίνεται νόμιμη η ανωτέρω απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Μινώα Πεδιάδας για επανάληψη του διαγωνισμού με τους ίδιους όρους.

3.3 Στις 13-02-2015 απεστάλη η περίληψη της διακήρυξης προς δημοσίευση στο συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ενώ στις 20-02-2015 δημοσιεύτηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (ΦΕΚ 58).

3.4 Στις 13-02-2015 και με αρ. πρωτ. 2113 αναρτήθηκε στην επίσημη ιστοσελίδα του Δήμου καθώς και στη 'ΔΙΑΥΓΕΙΑ', η Περιληπτική Διακήρυξη του επαναληπτικού διαγωνισμού με ΑΔΑ: 7Γ6ΥΩΚ6-1ΘΓ η οποία και εστάλη για δημοσίευση στις εφημερίδες: α) 'ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ & ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ', 'ΗΧΩ ΤΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ', 'ΠΑΤΡΙΣ', 'ΝΕΑ ΚΡΗΤΗ' (ημερ. Δημ. 21-02-2015) και β) 'ΦΩΝΗ' (ημερ. Δημ. 02-03-2015).

4. Στις 26-03-2015 υπεγράφη το Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού σύμφωνα με το οποίο: *'.....καμία προσφορά δεν είχε αποσταλεί στην Υπηρεσία μέχρι την προηγούμενη της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού.....Ενώπιον της Επιτροπής Διαγωνισμού δεν κατατέθηκαν προσφορές...'*

4.1 Στις 27-03-2015 υπεγράφη η υπ' αρ. 44 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Μινώα Πεδιάδας σύμφωνα με την οποία: α) εγκρίθηκε το ανωτέρω Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, β) κηρύχθηκε άγονος ο εν λόγω διαγωνισμός και γ) εγκρίθηκε η χρήση των διατάξεων περί ανάθεσης με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την εν λόγω προμήθεια, σύμφωνα με τα άρθρα 3 & 23 του ΕΚΠΟΤΑ.

5. Σε συνέχεια της προαναφερθείσας Απόφασης καταρτίστηκε σχετικό Σχέδιο Απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου με το οποίο εγκρίνεται η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση της εν θέματι σύμβασης προμήθειας καυσίμων, κατόπιν του

κηρυχθέντος άγονου διαγωνισμού, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 25 του π.δ. 60/07, (απόφαση 44/2015 της Οικονομικής Επιτροπής), μετά από την υπ' αρ..... σύμφωνη γνώμη της Αρχής σύμφωνα με την εγκεκριμένη μελέτη δημοπράτησης 42/2014.

II. Νομικό πλαίσιο

6. 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. [...]».

7. 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 από αυτές που καλύπτονται από την περίπτωση β) στοιχείο ιι) που συνάπτονται από τις αναθέτουσες αρχές, οι οποίες είναι κεντρικές κυβερνητικές αρχές του Παραρτήματος Ιν. [...]

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 Ιν [...]”

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/ΕΚ, 2004/18/ΕΚ και 2009/81/ΕΚ 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, αντιστοίχως.

8. Επίσης, στο άρθρο 8 παρ. 1, 3 και 5 του ίδιου π.δ. ορίζεται ότι : «...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 προαίρεσως όσο και των τυχόν παρατάσεων της σύμβασης [...] 3. Κανένα σχέδιο έργου και καμία σύμβαση προμήθειας ή υπηρεσιών δεν επιτρέπεται να κατατμηθεί, 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...»..

9. Στο άρθρο 25 παρ. 1 περ. α' του ίδιου π.δ. ορίζεται ότι «Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού» (άρθρο 31 οδηγίας 2004/18/ΕΚ), 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» [...].

10. Στις 12-12-2012 δημοσιεύθηκε πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου (Α' 240), η οποία κυρώθηκε με το ν. 4111/2013 (Α' 18) και η οποία στο άρθρο 4 προβλέπει ότι: «[...] 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...».

11. Στα άρθρα 134 (ΕΘΝΙΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ) και 136 (Υποχρέωση χρήσης ΕΣΗΔΗΣ) του Ν.4281/14 (ΦΕΚ 160 Α/08-08-2014): “Μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας, οργανωτικά θέματα Υπουργείου Οικονομικών και άλλες διατάξεις”, ορίζεται ότι: «...134. Οι διατάξεις του παρόντος Τίτλου εφαρμόζονται κατά την ανάθεση και εκτέλεση, με τη χρήση Τεχνολογιών Πληροφορικής και Επικοινωνιών (ΤΠΕ), δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών του Μέρους Β' του παρόντος από αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς. Μπορεί επίσης να εφαρμόζονται στις συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων και στις συμβάσεις του ν. 3389/2005 (Α' 232), εφόσον τούτο ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. [...] 136. 1. Οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το ΕΣΗΔΗΣ σε όλα τα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος, από την υποβολή του αιτήματος μέχρι την υπογραφή και την εκτέλεση των συμβάσεων αυτών, με εκτιμώμενη αξία ίση ή ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας ο χρόνος έναρξης υποχρεωτικής εφαρμογής του συνόλου ή μέρους από τις διατάξεις του παρόντος τίτλου μπορεί να μετατίθεται, σε όλες ή ορισμένες κατηγορίες δημοσίων συμβάσεων, για όλες ή για ορισμένες αναθέτουσες αρχές και σε όλες τις αποφάσεις ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων ή σε μέρη αυτών...». Επιπλέον, με την παρ. 3 του άρθρου 201 του ίδιου Νόμου, ορίζεται ότι : «3. Η ισχύς των άρθρων 134 έως 138, αρχίζει ως προς τις προμήθειες και υπηρεσίες, όσον αφορά τους φορείς της Κεντρικής Διοίκησης όπως ορίζεται στο άρθρο 14 του ν. 4270/2014 την 1η Ιουλίου 2014, όσον αφορά τους φορείς της Γενικής Κυβέρνησης την 1η Οκτωβρίου 2014 και όσον αφορά το σύνολο του δημόσιου τομέα την 1η Οκτωβρίου 2015. [...]».

12. Με την υπ' αριθ. Π1/2390 απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας (ΦΕΚ 2677/Β/2013) καθορίστηκαν οι Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

13. Στο άρθρο 157 'Εγγυήσεις' παρ. 1 του Ν. 4281/2014 ορίζονται τα εξής: '...1. Οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων“... β)“Εγγύηση καλής εκτέλεσης”, το ύψος της οποίας καθορίζεται σε ποσοστό έως 5% επί της αξίας της σύμβασης χωρίς να υπολογίζεται ο ΦΠΑ. [...]'. Επιπλέον, με την παρ. 5 του άρθρου 201 του ίδιου νόμου, ορίζεται ότι: “5. Το άρθρο 157 εφαρμόζεται....., με'τα τη

δημοσίευση του παρόντος νόμου στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. [...]. Ο Νόμος 4281/2014 δημοσιεύτηκε στο ΦΕΚ 160Α στις 08-08-2014.

III. Νομική Εκτίμηση

14. 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. [...]».

15. Περαιτέρω 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, C337/05, 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 αναγνωριζομένων 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. I-1949, σκέψη 13 και της 13^{ης} Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).

16. Εν προκειμένω, με βάση τα πραγματικά περιστατικά που επικαλείται στο αίτημά της η αναθέτουσα αρχή, τυγχάνει εξέτασης η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 25, παρ. 1.α του πδ 60/07 και για τις δύο Ομάδες Α & Β των καυσίμων, προϋπολογισθείσας δαπάνης 291.056,92 € πλέον ΦΠΑ για τις οποίες δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά.

17. Περαιτέρω, η εφαρμογή του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 60/2007 στη βάση της οποίας 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,

β) να μην έχει υποβληθεί, κατά την υπό σημείο α) ανωτέρω 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) τη μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση.

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

18. Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα ακόλουθα:

α) Ως προς την προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας

Ο Δήμος Μινώα Πεδιάδας, προκήρυξε δύο (2) διεθνείς ανοιχτούς διαγωνισμούς (αρχικό και επαναληπτικό) για την κάλυψη των αναγκών κίνησης των μεταφορικών μέσων του καθώς και για θέρμανση, στο πλαίσιο των οποίων δεν υπεβλήθη καμία προσφορά, κηρυσσόμενων ως εκ τούτου άγονων, με σχετικές αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής αυτού.

Ωστόσο, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει η κατωτέρω ουσιώδης νομική πλημμέλεια όσον αφορά στους όρους διεξαγωγής αυτού, η οποία ενδεχομένως συνέχεται με το άγονο του διαγωνισμού της υπ' αριθ. πρωτ. 2113/13-02-2015 Διακήρυξης (επαναληπτικού διαγωνισμού). Ειδικότερα:

Σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.4281/14 (ΦΕΚ 160 Α/08-08-2014), άρθρο 136 (Υποχρέωση χρήσης ΕΣΗΔΗΣ), ορίζεται ότι: *“1. Οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το ΕΣΗΔΗΣ σε όλα τα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος, από την υποβολή του αιτήματος μέχρι την υπογραφή και την εκτέλεση των συμβάσεων αυτών, με εκτιμώμενη αξία ίση ή ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. [...]”*. Επιπλέον, με την παρ. 3 του άρθρου 201 του ίδιου Νόμου, ορίζεται ότι: *“3. Η ισχύς των άρθρων 134 έως 138, αρχίζει ως προς τις προμήθειες και υπηρεσίες, [...] όσον αφορά τους φορείς της Γενικής Κυβέρνησης την 1η Οκτωβρίου 2014 [...]”*.

Σε αντίθεση ωστόσο με τις ανωτέρω διατάξεις, ο Δήμος Μινώα Πεδιάδας, κατά τη διενέργεια της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας δεν έκανε χρήση του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

Επισημαίνεται ότι, όπως παγίως έχει κριθεί νομολογιακά, ως ειδικότερη έκφανση της αρχής της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων και της αρχής της διαφάνειας των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, το νομοθετικό πλαίσιο που διέπει έναν διαγωνισμό είναι το ισχύον κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης (ρύθμιση που προβλέπεται και στο άρθρο 37, παρ. 1, του ν. 4281/2014, όπου ορίζεται ότι: *“1. [...] ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της διαδικασίας διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης και του ανταγωνιστικού διαλόγου, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης”*). Συνεπώς, παρά τη σύνταξη της σχετικής διακήρυξης που αφορά τον επαναληπτικό διαγωνισμό (ημερομηνία αποστολής στο TED: 13-02-2015), ο εν λόγω διαγωνισμός, του οποίου οι διατυπώσεις δημοσιότητας πραγματοποιήθηκαν μεταξύ 21-02-2015 έως και 02-03-2015, ήτοι σχεδόν 5 μήνες από την έναρξη ισχύος των ανωτέρω διατάξεων, καταλαμβάνεται σαφώς από την υποχρέωση χρήσης του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

Σύμφωνα με τα ανωτέρω και κατά την τρέχουσα νομολογία της Αρχής, η μη διεξαγωγή κατά την 26-03-2015, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, του υπό εξέταση διαγωνισμού με ηλεκτρονικά μέσα - ήτοι με τη χρήση του ΕΣΗΔΗΣ - όπως η υποχρέωση αυτή, εν προκειμένω, ετέθη σε ισχύ την 01-10-2014, συνιστά ουσιώδη νομική πλημμέλεια της υπό κρίση διαδικασίας (σχετ. οι με αριθ. 55, 59 και 68/2015 αποφάσεις της Αρχής).

Κατά συνέπεια, η διαδικασία διεξαγωγής του διαγωνισμού μέσω της κατάθεσης προσφορών στα γραφεία του Δήμου ή και της ταχυδρομικής αποστολής αυτών, συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας του διαγωνισμού.

Περαιτέρω, σημειώνεται ότι, ο Δήμος Μινώα, στην εγκεκριμένη μελέτη δημοπράτησης, καθορίζει την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης το ύψος της οποίας '*...αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% της συνολικής συμβατικής αξίας χωρίς το ΦΠΑ....*'. Το εν λόγω ποσοστό (10%) είναι διαφορετικό από το προβλεπόμενο στο άρθρο 157 του Ν. 4281/2014, η ισχύς του οποίου ξεκίνησε στις 08-08-2014, το οποίο και προβλέπει '*... ποσοστό έως 5%...*'. Σημειώνεται επιπλέον, ότι ουδεμία αναφορά γίνεται στην εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης στο σύνολο των δημοσιεύσεων (διακήρυξη προς Ε.Ε., περιληπτική διακήρυξη στη διαύγεια, Εθνικός Τύπος) πλην μόνον της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής.

Σε συνέχεια των προαναφερθέντων και ιδιαίτερα εξαιτίας της μη χρήσης του ΕΣΗΔΗΣ, συνεπώς της μη διεξαγωγή ηλεκτρονικού διαγωνισμού, παρέλκει η εξέταση των υπολοίπων προϋποθέσεων του άρθρου 25. παρ. 1 του ΠΔ 60/2007.

Κατόπιν των ανωτέρω και από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις προαναφερόμενες διατάξεις, διαπιστώνεται ότι δεν προκύπτει η συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 25 παρ. 1, περίπτωση α' του Π.Δ. 60/2007 για την παροχή σύμφωνης γνώμης για την ζητούμενη προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της 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, Η ΕΑΑΔΗΣΥ ομόφωνα αποφασίζει:

τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του Δήμου Μινώα Πεδιάδας, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας με τίτλο: "Προμήθεια καυσίμων για θέρμανση και κίνηση μεταφορικών μέσων" σύμφωνα με το άρθρο 25 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 60/07, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης προϋπολογισθείσας δαπάνης 291.056,92 € πλέον ΦΠΑ, λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα 13/5/2015

Θεωρήθηκε

Ο Πρόεδρος

Δημήτριος Ράικος