



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ

55/2015

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 10^η Μαρτίου του έτους δύο χιλιάδες δεκαπέντε (2015) ημέρα Τρίτη και ώρα 10.30, και επί της οδού Λεωφόρος Κηφισίας 7, ΤΚ 11523 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. Αναπληρωτής Πρόεδρος: Δετσαρίδης Χρήστος

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: Τσιάβου Στυλιανή

Εισηγητής: Αριστοτέλης Ζαχαρόπουλος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατόπιν προηγηθέντος άγονου διεθνούς διαγωνισμού, για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας υγρών καυσίμων για τις ανάγκες όλων των υπηρεσιών του Δήμου και των νομικών προσώπων του, συνολικού προϋπολογισμού 477.691,60€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ήτοι 587.560,67€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για ένα (1) έτος .

Με το με αρ. πρωτ. 3380/09-02-2015 αίτημά του προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή) και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα, που παρελήφθησαν από την Αρχή στις 24-02-2015 (αρ. πρωτ. εισερχ. 886), ο Δήμος Σπάτων-Αρτέμιδος αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια υγρών καυσίμων (πετρέλαιο θέρμανσης, πετρέλαιο κίνησης, βενζίνη αμόλυβδη) για τις ανάγκες όλων των υπηρεσιών του Δήμου και των νομικών προσώπων του, συνολικού προϋπολογισμού 477.691,60€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.€, ήτοι 587.560,67€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για ένα (1) έτος σε συνέχεια δύο άγονων διεθνών διαγωνισμών που έχουν προηγηθεί, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων της διακήρυξης.

I. Ιστορικό - πραγματικά περιστατικά

Από το φάκελο της υπόθεσης και τα σχετικά έγγραφα που συνοδεύουν το αίτημα του Δήμου Σπάτων-Αρτέμιδας, προκύπτουν τα ακόλουθα:

1. Με τη με αρ. 210/2014 (ΑΔΑ Ω50ΞΩ1Χ-73Δ) Απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Σπάτων-Αρτέμιδος (απόσπασμα Πρακτικού της με αρ. 13/21-07-2014 Συνεδρίασης), εγκρίθηκε η ανάθεση της προμήθειας υγρών καυσίμων και λιπαντικών, για τις ανάγκες του Δήμου και των νομικών προσώπων του, με τη διαδικασία του διεθνούς δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού και με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη προσφορά στο σύνολο των τμημάτων της προμήθειας, σύμφωνα με τη με αρ. 41/2014 μελέτη της Δ/σης Καθαριότητας και Ανακύκλωσης του Δήμου, προϋπολογισμού 477.691,60 (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 23%), για ένα (1) έτος.

2. Με τη με αριθ. 421/2014 (ΑΔΑ 72ΚΚΩ1Χ-ΝΔΨ) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής εγκρίθηκαν οι Τεχνικές Προδιαγραφές, η μελέτη, καθορίστηκαν οι όροι του διαγωνισμού και διατέθηκε η πίστωση για την “ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΥΣΙΜΩΝ ΚΙΝΗΣΗΣ-ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΚΑΙ ΤΩΝ Ν.Π.Δ.Δ. ΑΥΤΟΥ ΕΤΟΥΣ 2014”.

3. Ακολούθως ο Δήμαρχος Σπάτων Αρτέμιδας εξέδωσε την υπ' αριθμ. 327/2014 (υπ' αριθμ. Πρωτ. 31469/09.09.2014, ΑΔΑΜ:14PROC002288353) Διακήρυξη διεθνούς δημόσιου ανοικτού μειοδοτικού διαγωνισμού, για την «Προμήθεια καυσίμων κίνησης-θέρμανσης του Δήμου και των ΝΠΔΔ αυτού έτους 2014» για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου έτους 2014 και για χρονικό διάστημα από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης και μέχρι ένα (1) έτος, με κριτήριο κατακύρωσης την χαμηλότερη τιμή, ήτοι τη μεγαλύτερη προσφερόμενη επί τοις εκατό (%) έκπτωση επί της εκάστοτε διαμορφούμενης και πιστοποιούμενης, σύμφωνα με τα δελτία πιστοποίησης τιμών, μέσης λιανικής τιμής πώλησης του είδους ανά λίτρο υγρού καυσίμου κατά τη μέρα παράδοσης αυτού.

Ειδικότερα η σύμβαση αφορά στην κάλυψη των αναγκών του Δήμου Σπάτων-Αρτέμιδος και των νομικών προσώπων του, ήτοι του Ν.Π.Δ.Δ. “Αθλητικός Οργανισμός η ΑΡΤΕΜΙΣ”, της Σχολικής Επιτροπής Α/βάθμιας Εκπαίδευσης και της Σχολικής Επιτροπής Β/βάθμιας Εκπαίδευσης, σε προμήθεια: α) Πετρελαίου θέρμανσης, β) Πετρελαίου κίνησης και γ) Βενζίνης αμόλυβδης. Ο ενδεικτικός συνολικός προϋπολογισμός ανέρχεται στο ποσό των 477.691,60€ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 23%). Η προμήθεια των υγρών καυσίμων περιελάμβανε συνολικά 423.893,00 λίτρα και συγκεκριμένα αναλυτικά : 1) 39893 λίτρα βενζίνη αμόλυβδη, προϋπολογισμού 55.291,60€, 2) 265.000 λίτρα πετρέλαιο κίνησης, προϋπολογισμού 291.500,00€ και 3) 119.000 λίτρα πετρέλαιο θέρμανσης, προϋπολογισμού 130.900,00€, ήτοι συνολικού προϋπολογισμού 477.691,60€, πλέον 109.869,07€ ΦΠΑ.

4. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 24.10.2014, και προσδιορίστηκε ύστερα από συντετηγημένη προθεσμία των 40 ημερών, σύμφωνα με τις διατάξεις των παρ. 5 και 6 του άρθρου 32 του π.δ. 60/2007. Περαιτέρω στο άρθρο 24 του αναλυτικού τεύχους της διακήρυξης αναφέρονται τα ως άνω τέσσερα (4) τμήματα του υπό προήθεια είδους, χωρίς να γίνεται αναφορά στη δυνατότητα υποβολής προσφοράς για έκαστο μέρος των καυσίμων ενώ στο άρθρο 8.16 του αναλυτικού τεύχους της διακήρυξης ορίζεται ότι “οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό υποψήφιοι προμηθευτές, πρέπει να υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο των τμημάτων της προμήθειας”.

5. Στις 10.09.2014 η προκήρυξη εστάλη για δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. Περαιτέρω η υπ' αριθ. πρωτ. 31470/09-09-2014 περίληψη της Διακήρυξης, τοιχοκολλήθηκε στον πίνακα ανακοινώσεων του δημοτικού

καταστήματος στις 09-09-2014, αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του Δήμου Σπάτων Αρτέμιδος στις 12-09-2014 και δημοσιεύτηκε στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβέρνησης (ΦΕΚ 580/12.09.2014), και στον εθνικό τύπο στις εφημερίδες «ΗΧΩ ΤΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ» (12.09.2014), «ΕΠΙΚΑΙΡΑ» (13.09.2014), «ΕΛΕΥΘΕΡΟΣ ΤΥΠΟΣ» (12.09.2014), «ΕΒΔΟΜΗ ΤΗΣ ΑΝΑΤΟΛΙΚΗΣ ΑΤΤΙΚΗΣ» (13.09.2014) και «ΕΦΗΜΕΡΙΣ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ ΚΑΙ ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ» (12.09.2014).

6. Σύμφωνα με το συνταχθέν την 24η-10-2014 Πρακτικό της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού, ο διαγωνισμός απέβη άγονος ως προς την προμήθεια των υγρών καυσίμων, καθώς δεν προσήλθαν προμηθευτές και δεν κατατέθηκε καμία προσφορά. Κατόπιν των ανωτέρω η επιτροπή εισηγήθηκε την επαναπροκήρυξή του.

7. Το ως άνω Πρακτικό της Επιτροπής ενέκρινε η Οικονομική Επιτροπή με την υπ' αρ. 569/2014 απόφασή της (ΑΔΑ: ΒΘΦΓΩ1Χ-ΦΜΡ), σχετικά με την λήψη απόφασης για κήρυξη του διαγωνισμού «Προμήθεια υγρών καυσίμων Δήμου Σπάτων Αρτέμιδος και των ΝΠΔΔ αυτού έτους 2014» ως άγονου, και επανάληψή του, με τους ίδιους όρους διακήρυξης.

8. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμαρχος Σπάτων-Αρτέμιδος εξέδωσε την υπ' αριθμ. 439/2014 (υπ' αριθμ. Πρωτ. 39510/07.11.2014, ΑΔΑΜ:14PROC002396776) Διακήρυξη επαναληπτικού διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού, για την «Προμήθεια καυσίμων κίνησης-θέρμανσης του Δήμου και των ΝΠΔΔ αυτού έτους 2014», με τους ίδιους όρους του αρχικού διαγωνισμού, και όρισε ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού την 30η -12-2014. Η περίληψη της νέας προκήρυξης απεστάλη στις 07-11-2014 στην Ε.Ε.Ε., και δημοσιεύτηκε νομίμως στο ΦΕΚ 695/14-11-2014 και στον Ελληνικό τύπο («ΗΧΩ ΤΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ» (14.11.2014), «ΑΤΤΙΚΟ ΒΗΜΑ» (14.11.2014), «ΕΛΕΥΘΕΡΟΣ ΤΥΠΟΣ» (14.11.2014), «ΕΒΔΟΜΗ ΤΗΣ ΑΝΑΤΟΛΙΚΗΣ ΑΤΤΙΚΗΣ» (15.11.2014) και «ΕΦΗΜΕΡΙΣ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ ΚΑΙ ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ» (14.11.2014)). Περαιτέρω η υπ' αριθ. πρωτ. 39510/07.11.2014 περίληψη της επαναληπτικής Διακήρυξης, τοιχοκολλήθηκε στον πίνακα ανακοινώσεων του δημοτικού καταστήματος στις 07-11-2014 και αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του Δήμου Σπάτων Αρτέμιδος στις 11-11-2014.

Η επιτροπή διαγωνισμού με το από 30-12-2014 πρακτικό της κήρυξε τον διαγωνισμό άγονο καθώς δεν προσήλθαν προμηθευτές και δεν κατατέθηκε καμία προσφορά, πρότεινε τη ματαίωση του διαγωνισμού και την ανάθεση της προμήθειας από το Δημοτικό Συμβούλιο, με διαδικασία διαπραγμάτευσης. Το ως άνω Πρακτικό της Επιτροπής ενέκρινε η Οικονομική Επιτροπή με την υπ' αρ. 024/2015 απόφασή της (ΑΔΑ: ΩΩΕ9Ω1Χ-4ΟΑ) και αποφάσισε να προσφύγει στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης με την προϋπόθεση της έγκρισης του σχετικού αιτήματος από την ΕΑΑΔΗΣΥ.

9. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Σπάτων Αρτέμιδος με το υπ' αριθμ. πρωτ. 3380/24.02.2015 έγγραφο-αίτημά του προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ζητεί την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την ανάθεση της προμήθειας υγρών καυσίμων για τις ανάγκες του Δήμου και των ΝΠΔΔ αυτού για έτος 2014, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, 477.691,60€ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 23%), μέσω της διαδικασίας με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση της διακήρυξης και χωρίς αλλαγή των όρων αυτής, υποβάλλοντας το φάκελο με τα στοιχεία της υπόθεσης στην Αρχή και σχέδιο απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου.

II. Νομικό πλαίσιο

10. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, 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. [...]».

11. 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...».

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

13. Η ταυτόσημη περιεχομένου διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 51 του Ν. 4281/14 (160 Α) : Μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας, οργανωτικά θέματα Υπουργείου Οικονομικών και άλλες διατάξεις" ορίζει 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....".

14. Οι διατάξεις των παρ. 1 και 3 του άρθρου 199 "Καταργούμενες και διατηρούμενες διατάξεις" του ίδιου νόμου προβλέπουν αντίστοιχα ότι :

1. Από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου:

Α. Καταργούνται οι διατάξεις, όπως αυτές ισχύουν κατά το χρόνο έναρξης ισχύος του παρόντος νόμου:[....]

(53) του π.δ. 59/2007 (Α' 63),

(54) του π.δ. 60/2007 (Α' 64)..” και

“..3. Κάθε αναφορά διατάξεων νομοθετικής, κανονιστικής ή διοικητικής ισχύος σε διατάξεις που αντικαθίστανται από διατάξεις του παρόντος νόμου, ισχύει ως αναφορά στις τελευταίες, εκτός εάν ορίζεται διαφορετικά από αυτές.”

15. Η διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 201 “Έναρξη ισχύος” του ίδιου νόμου ορίζει ότι :

“1. Η ισχύς των διατάξεων του παρόντος Μέρους Β' αρχίζει από την 1η Μαρτίου 2015, εκτός αν ορίζεται άλλως στις επιμέρους διατάξεις αυτού.”

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.».

16. Οι διατάξεις των παρ. 1 και 2 του άρθρου 37 “Έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης” του ως άνω

νόμου ορίζουν ότι: “1. Για τις συμβάσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 23, 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. 2. Ως χρόνος έναρξης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, νοείται η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση....”.

17. Τα άρθρα 134 (ΕΘΝΙΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ) και 136 (Υποχρέωση χρήσης ΕΣΗΔΗΣ) του ως άνω νόμου 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...».

18. Η αριθμ. Π1/2390 απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας (ΦΕΚ 2677/Β/2013) καθορίζει τις Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

III. Νομική Εκτίμηση

19. Το υπό εξέταση αίτημα, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών, με την έννοια της περίπτωσης γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 15 “Ορισμοί (άρθρο 1 Οδηγίας 2004/18/ΕΚ) του ν. 4281/2014 (160 Α) : “Μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας, οργανωτικά θέματα Υπουργείου Οικονομικών και άλλες διατάξεις”. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας καυσίμων, σε συνδυασμό με το συνολικό προϋπολογισμό του αιτήματος, συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος, σύμφωνα με την προαναφερόμενη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ, υποπερίπτωση δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει.

20. 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). Οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από την βασική ρύθμιση, ήτοι 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. ενδεικτικά Δ.Ε.Ε., αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C- 57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13ης

Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48). Το βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών (βλ. υπό το πνεύμα αυτό Δ.Ε.Ε., αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, προαναφερθείσα C-57/94, σκέψη 23, προαναφερθείσα C-318/94, σκέψη 14, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33).

21. Ειδικότερα, η εφαρμογή του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α' του Π.Δ 60/2007 και, ήδη, του ταυτόσημου κατά περιεχόμενο άρθρου 51 παρ. 1 περ. α' του Ν. 4281/14 (160 Α) : *Μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας, οργανωτικά θέματα Υπουργείου Οικονομικών και άλλες διατάξεις* 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,

Όπως παγίως έχει κριθεί, προϋπόθεση προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, στη βάση της παρ. 1α των άρθρων 24 και 25 του Π.Δ 60/2007, αποτελεί η προηγούμενη νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή ή κλειστή διαγωνιστική διαδικασία, δεδομένου ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση συνέχεται άμεσα με τον προηγθέντα 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 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.

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

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

Ο Δήμος Σπάτων-Αρτέμιδος προκήρυξε 2 δημόσιους διεθνείς ανοικτούς διαγωνισμούς, αρχικό και επαναληπτικό, για την προμήθεια υγρών καυσίμων για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου και των νομικών προσώπων του, για ένα (1) έτος, συνολικού προϋπολογισμού 477.691,60 (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 23%). Ωστόσο, από τα στοιχεία του φακέλλου της κρινόμενης υπόθεσης σε σχέση με τον διενεργηθέντα διαγωνισμό, διαπιστώνεται η κατωτέρω πλημμέλεια:

Όπως σαφώς προκύπτει από το ιστορικό της παρούσας, ο Δήμος, κατά τον επαναληπτικό διαγωνισμό - προκήρυξη του οποίου απεστάλη στην Ε.Ε.Ε. στις 07-11-2014 - δεν έκανε χρήση του ΕΣΗΔΗΣ, παρότι, δυνάμει της παρ. 3 του άρθρου 201 του Ν. 4281/14, η ισχύς των άρθρων 134 έως 138 του ως άνω νόμου, άρχισε, ως προς τις προμήθειες και υπηρεσίες, όσον αφορά τους φορείς της Γενικής Κυβέρνησης την 1η Οκτωβρίου 2014.

Παγίως δε έχει κριθεί νομολογιακά ότι «...σε κάθε περίπτωση ο επαναληπτικός διαγωνισμός συνιστά νέο, αυτοτελή διαγωνισμό ως προς τον οποίο οφείλουν να τηρούνται όλες οι διατυπώσεις δημοσιότητας» (βλ.

Ελ. Συν. Αποφ. VI Τμ. 29/2012, 466, 475, 476, 1249, 1647, 1780/2011, 3085, 3132, 3134/2010, 3556/2009).

Υπό αυτό το πρίσμα, η μη τήρηση της κείμενης νομοθεσίας όσον αφορά τη διαγωνιστική διαδικασία, την καθιστά μη νόμιμη με επακόλουθο τη μη νόμιμη προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης. Λόγω δε της μη συνδρομής του όρου της προηγούμενης νόμιμης διεξαγωγής της διαδικασίας του διαγωνισμού, παρέλκει η εξέταση των λοιπών όρων προσφυγής στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης.

Κατά την άποψη όμως της Αντιπροέδρου Χριστίνας Μπουσουλέγκα και του Μέλους Δημητρίου Σταθακόπουλου, η μη διεξαγωγή στις 7.11.2014, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, του επαναληπτικού διαγωνισμού με ηλεκτρονικά μέσα - ήτοι με τη χρήση του ΕΣΗΔΗΣ - όπως η υποχρέωση αυτή, εν προκειμένω, ετέθη σε ισχύ στις 1.10.2014, συνιστά νομική πλημμέλεια, πλην όμως, δεδομένου ότι η εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία έλαβε χώρα μόλις ένα μήνα μετά τη θέση σε ισχύ της προαναφερόμενης διάταξης, εκτιμάται ότι η πλημμέλεια αυτή δεν συνέβαλε στην υπό κρίση περίπτωση στο άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού.

23. Συνεπώς, από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις προαναφερόμενες διατάξεις, προκύπτει ότι δεν πληρούται, εν προκειμένω, η προϋπόθεση υπό στοιχείο (α) εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 25 παρ. 1α΄ του π.δ. 60/2007 και, ήδη, του ταυτόσημου κατά περιεχόμενο άρθρου 51 παρ. 1 περ. α΄ του Ν. 4281/14 για την παροχή σύμφωνης γνώμης για την αιτούμενη προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία 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 Αρχή αποφασίζει κατά πλειοψηφία:

Την απόρριψη του αιτήματος του Δήμου Σπάτων-Αρτέμιδος και τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας υγρών καυσίμων, για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου και των νομικών προσώπων του, για ένα (1) έτος, συνολικού προϋπολογισμού 477.691,60€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.€ , λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

ΑΘΗΝΑ, 10/3/2015

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο ΑΝΑΠΛΗΡΩΤΗΣ ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΧΡΗΣΤΟΣ ΔΕΤΣΑΡΙΔΗΣ