



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ  
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΓΝΩΜΗ  
Δ 113/ 2018**

**(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν.  
4013/2011)**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

Στην Αθήνα σήμερα την **6<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2018, ημέρα Τρίτη** και ώρα 9:30 π.μ., επί της οδού Κεφαλληνίας 45, στην Αθήνα, 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 τη συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- |                               |                |
|-------------------------------|----------------|
| 1. Γεώργιος Καταπόδης         | (Πρόεδρος)     |
| 2. Χριστίνα Μπουσουλέγκα      | (Αντιπρόεδρος) |
| 3. Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης | (Μέλος)        |
| 4. Δημήτριος Σταθακόπουλος    | (Μέλος)        |
| 5. Μαρία Στυλιανίδου          | (Μέλος)        |
| 6. Ερωφίλη Χριστοβασίλη       | (Μέλος)        |

Το 7<sup>ο</sup> τακτικό μέλος δεν προσήλθε λόγω δικαιολογημένου κωλύματος, ενώ δεν γεννήθηκε λόγος ελεύσεως αναπληρωματικών μελών, λόγω καταφανούς απαρτίας.

**Γραμματέας:** Μαρία Αντωνοπούλου, Π.Ε. Διοικητικού - Οικονομικού

**Εισηγητής:** Χρήστος Κανελλόπουλος, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν, ο εισηγητής, κ. Κανελλόπουλος καθώς και η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων, κ. Χριστίνα Καξιρη, οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας των Μελών του Συμβουλίου της Αρχής.

**Ερώτημα:** Το αριθ. 13197/9-10-2018 έγγραφο του Δήμου Ελευσίνας (αριθ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 5302/11-10-2018).

**Θέμα:** Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011 για την προμήθεια «Λιπαντικών» προϋπολογισμού € 48.387,00 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Ελευσίνας, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού, άνω των

ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

## Ι. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

1. Από τη μελέτη των στοιχείων και εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα:

1.1 Με την αριθ. 24281/27-11-2017 Διακήρυξή (ΑΔΑ: 17PROC002382097 2017-12-08) του, ο Δήμος Ελευσίνας διενήργησε ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν.4412/2016, διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την προμήθεια «Καυσίμων και Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 565.427,01 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 701.129,51 με Φ.Π.Α. οικονομικών ετών 2017 - 2018, με κριτήριο κατακύρωσης το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης (πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Τα Τμήματα της Διακήρυξης ήταν έξι (6):

ΤΜΗΜΑΤΑ	ΦΟΡΕΑΣ	ΕΙΔΟΣ	ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ € ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.
1	ΔΗΜΟΣ ΕΛΕΥΣΙΝΑΣ	ΚΑΥΣΙΜΑ ΚΙΝΗΣΗΣ	314.514,96
2	ΔΗΜΟΣ ΕΛΕΥΣΙΝΑΣ	ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ	48.387,00
3	ΔΗΜΟΣ ΕΛΕΥΣΙΝΑΣ	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	11.277,46
4	ΚΑΠΗ, ΠΑΚΠΠΑ, ΣΧΟΛΕΙΑ	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	5.177,59
5	Α΄ΒΑΘΜΙΑ ΕΣΣΕΠΕΔΕ	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	105.170,00
6	Β΄ΒΑΘΜΙΑ ΕΣΣΕΠΕΔΕ	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	<u>80.900,00</u>
<b>ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.</b>			<b>565.427,01</b>

Ανάδοχος θα ανακηρυσσόταν ο οικονομικός φορέας που θα προσέφερε τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για κάθε Τμήμα. Η Σύμβαση είχε διάρκεια είκοσι τέσσερις (24) μήνες. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 17<sup>η</sup> Ιανουαρίου 2018, 7:00 π.μ., και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr), ορίστηκε η 22<sup>η</sup> Ιανουαρίου 2018 και ώρα 15:00 μμ. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 26<sup>η</sup> Ιανουαρίου και ώρα 10:00 π.μ. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 50233 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 8<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2018.

1.2 Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 1<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2018 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 5<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2017 (S 233 - 485305).

1.3 Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ: Ω5ΜΗΩΕ9-2Η5) δημοσιεύτηκε την 8<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2017 στις εφημερίδες «ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ & ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ», «ΕΠΙΚΑΙΡΟΤΗΤΑ ΔΥΤΙΚΗΣ ΑΤΤΙΚΗΣ», «ΝΑΥΤΕΜΠΟΡΙΚΗ» και την 9<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2017 στην εφημερίδα «ΕΝΗΜΕΡΩΣΗ».

1.4 Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο [www.elefsina.gr](http://www.elefsina.gr).

1.5 Με το αριθ. 1/26-2-2018 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής, πρότεινε την αποδοχή και των τριών (3) εταιρειών: «GANDOIL ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ Ε.Π.Ε.», «ΝΙΚΗΤΑΣ ΚΟΘΡΟΣ Α.Ε.» και «ELDON HELLAS Ε.Π.Ε.», διότι οι προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης.

**1.6** Με την αριθ. 294/27-2-2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Ελευσίνας ενέκρινε το αριθ. 1/2018 Πρακτικό. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 28-2-2018.

**1.7** Με το αριθ. 2/23-3-2018 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Τεχνικών Προσφορών πρότεινε: **α)** την αποδοχή της εταιρείας «ELDON HELLAS Ε.Π.Ε. (Τμήμα 2)» διότι, η προσφορά της ήταν σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης και **β)** την μη αποδοχή των εταιρειών **ι)** «GANDOIL ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ Ε.Π.Ε. (Τμήμα 2)» διότι, δεν είχε έγκριση κυκλοφορίας από το Γενικό Χημείο Κράτους (ΓΧΚ) για τα είδη 6, 7, 8, 9, 11, 14, 15, 16, και **ii)** «ΝΙΚΗΤΑΣ ΚΟΘΡΟΣ (Τμήμα 2)» διότι, δεν όριζε χρόνο ισχύος της προσφοράς, για το είδος 2 δεν είχε την προδιαγραφή SAE J1703, για το είδος 5 δεν είχε έγκριση κυκλοφορίας από το ΓΧΚ, για το είδος 7 δεν έχει έγκριση κυκλοφορίας από το ΓΧΚ & δεν είχε προδιαγραφές ACEA E4, A3/B3, για το είδος 8 δεν είχε προδιαγραφές GL4 και M1, για το είδος 11 δεν είχε προδιαγραφές MAN 342 & δεν είχε έγκριση από το ΓΧΚ για την προδιαγραφή MT1, για το είδος 14 δεν είχε έγκριση κυκλοφορίας από το ΓΧΚ & για τις API CI4, SL, ACEA E7/E4, A3/B3, A3/B4 & δεν είχε προδιαγραφές API CI4, SL, ACEA E7/E4, A3/B3, A3/B4, CAT TO2, για το είδος 15 δεν είχε τις προδιαγραφές API SJ, ACEA A3/B3 & δεν είχε έγκριση κυκλοφορίας από το ΓΧΚ για ACEA A3/B3, για το είδος 18 δεν είχε κατατεθεί τεχνικό φυλλάδιο, για το είδος 20 δεν είχε προδιαγραφή DIN 51524III και για το είδος 22 δεν είχε προδιαγραφή ASTM D-3306.

**1.8** Με την αριθ. 351/27-3-2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Ελευσίνας ενέκρινε το αριθ. 2/2018 Πρακτικό. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 10-4-2018.

**1.9** Με την από 18-4-2018 Προδικαστική Προσφυγή (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη) της, η εταιρεία «ΝΙΚΗΤΑΣ ΚΟΘΡΟΣ Α.Ε.Ε.» προσέφυγε κατά της αριθ. 357/2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ζητώντας: **α)** την ακύρωση της εν λόγω Απόφασης, **β)** την αποδοχή της Τεχνικής της Προσφοράς και **γ)** την απόρριψη της Τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «ELDON ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ Ε.Π.Ε.».

**1.10** Με την αριθ. 451/19-4-2018 Πράξη του, ο Πρόεδρος του 4<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), όρισε ως ημερομηνία εξέτασης της Προδικαστικής Προσφυγής την 24<sup>η</sup> Μαΐου 2018, ώρα 10:00 πμ., και κάλεσε την Αναθέτουσα Αρχή να παράσχει, εφόσον το επιθυμεί, ξεχωριστές απόψεις μέχρι την Δευτέρα 23<sup>η</sup> Απριλίου 2018.

**1.11** Με το αριθ. 5805/30-4-2018 έγγραφό της, που απέστειλε στην ΑΕΠΠ, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου εξέθεσε τις απόψεις της που σχετίζονται με την Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας «ΝΙΚΗΤΑΣ ΚΟΘΡΟΣ Α.Ε.Ε.».

**1.12** Με την αριθ. 453/24-5-2018 Απόφασή της, και συγκεκριμένα την αποδοχή ή μη της Τεχνικής Προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας «ΝΙΚΗΤΑΣ ΚΟΘΡΟΣ Α.Ε.Ε.», η ΑΕΠΠ: **α)** κάνει δεκτό τον 1<sup>ο</sup> λόγο ακύρωσης που αφορά το χρόνο ισχύος της προσφοράς της, **β)** κάνει δεκτό τον 2<sup>ο</sup> λόγο ακύρωσης που αφορά το είδος 2, **γ)** δεν κάνει δεκτό τον 3<sup>ο</sup> λόγο απόρριψης που αφορά το είδος 5, **δ)** κάνει δεκτό τον 4<sup>ο</sup> λόγο απόρριψης ως προς το πρώτο σκέλος και τον απορρίπτει ως προς το δεύτερο σκέλος (όπως τα σκέλη / λόγοι απόρριψης εμφανίζονται στην παράγραφο 2.5 της παρούσης) που αφορά το είδος 7, **ε)** κάνει δεκτό τον 5<sup>ο</sup> λόγο ακύρωσης που αφορά το είδος 8 **στ)** δεν κάνει δεκτό τον 6<sup>ο</sup> λόγο απόρριψης που αφορά το είδος 11, **ζ)** κάνει δεκτό τον 7<sup>ο</sup> λόγο απόρριψης ως προς το πρώτο σκέλος και τον απορρίπτει ως προς το δεύτερο σκέλος (όπως τα σκέλη / λόγοι απόρριψης εμφανίζονται στην παράγραφο 2.5 της παρούσης) που αφορά το είδος 14, **η)** δεν κάνει δεκτό τον 8<sup>ο</sup> λόγο

απόρριψης που αφορά το είδος 15, **θ)** κάνει δεκτό τον 9<sup>ο</sup> λόγο ακύρωσης που αφορά το είδος 18, **ι)** δεν κάνει δεκτό τον 10<sup>ο</sup> λόγο απόρριψης που αφορά το είδος 20, **ια)** δεν κάνει δεκτό τον 11<sup>ο</sup> λόγο απόρριψης που αφορά το είδος 22. Σε κάθε περίπτωση, η Προσφυγή της προσφεύγουσας καθίσταται αλυσιτελής, καθώς για όσες τεχνικές αποκλίσεις της υποβληθείσας προσφοράς της ορθά επιβεβαιώθηκαν πως συνέτρεχαν, προκύπτει, πως κάθε μία εξ αυτών συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης.

Επιπρόσθετα, όσο αφορά το σκέλος κατά το οποίο η προσφεύγουσα εταιρεία «ΝΙΚΗΤΑΣ ΚΟΘΡΟΣ Α.Ε.Ε.» ζητάει να μην γίνει αποδεκτή η Τεχνική Προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας «ELDON HELLAS Ε.Π.Ε.», η ΑΕΠΠ: **α)** δεν κάνει δεκτό τον 1<sup>ο</sup> λόγο απόρριψης που αφορά το είδος 6, **β)** κάνει δεκτό τον 2<sup>ο</sup> λόγο απόρριψης που αφορά το είδος 7 (σκέψη 31 ΑΕΠΠ), **γ)** κάνει δεκτό τον 3<sup>ο</sup> λόγο απόρριψης που αφορά το είδος 14 (σκέψη 32 ΑΕΠΠ). Η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή, κατά το μέρος που στρέφεται κατά του διαγωνιστικού αποκλεισμού της αιτούσας πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελής, δεδομένου ότι έκαστες των αποκλίσεων της Τεχνικής Προσφοράς της, που επιβεβαιώθηκαν, στοιχειοθετούν αυτοτελείς λόγους αποκλεισμού, κατά το μέρος δε που στρέφεται, υπό το φως της πάγιας νομολογίας περί ενιαίου μέτρου κρίσης, κατά της πρόκρισης στο επόμενο διαγωνιστικό Στάδιο της παρεμβαίνουσας πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή ως προς τους 2<sup>ο</sup> και 3<sup>ο</sup> πρόσθετους λόγους ακύρωσης.

Τέλος, με την εν λόγω Απόφασή της, η ΑΕΕΠ ακυρώνει την αριθ. 351/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου και αναπέμπει την υπόθεση στην Αναθέτουσα Αρχή για νέα κρίση, επί του τεχνικά αποδεκτού της υποβληθείσας προσφοράς της παρεμβαίνουσας, με νόμιμη αιτιολογία σύμφωνα με τις σκέψεις 31 και 32 της Απόφασης της ΑΕΠΠ.

**1.13** Με την αριθ. 548/28-6-2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου τροποποιεί την αριθ. 351/2018 Απόφασή της, απορρίπτει την Τεχνική Προσφορά της εταιρείας «ELDON HELLAS Ε.Π.Ε.», κηρύσσει άγονο τον διαγωνισμό και αποφασίζει να διεξαχθεί με προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση σύμφωνα με το άρθρο 29 του Ν. 4412/2016 ύστερα από τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 4-7-2018.

**1.14** Με το αριθ. 14115/19-10-2018 έγγραφό του, ο Δήμος Ελευσίνας βεβαιώνει ότι δεν εκκρεμεί κανένα Ένδικο Μέσο κατά του διαγωνισμού.

**1.15** Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Ελευσίνας, με το προαναφερόμενο έγγραφό του, στο οποίο επισυνάπτεται σχέδιο Απόφασης, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια **διαδικασίας με διαπραγμάτευση για την προμήθεια «Λιπαντικών» προϋπολογισμού € 48.387,00 χωρίς Φ.Π.Α., οικονομικών ετών 2017 - 2018, χωρίς τροποποίηση της σύμβασης.**

## II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

**2.** Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, ορίζει ότι: «2.α. Οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), 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 Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. [...]».

**3.** Το άρθρο 5 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός Φ.Π.Α., ορίζονται τα ακόλουθα: ...β) 135.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. [...]. β) 209.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. [...]. Τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στις άνω περιπτώσεις α', β', και γ' ισχύουν, εφόσον δεν έχουν αναθεωρηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ».

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθμ. 2365/2017 της Επιτροπής τα κατώτατα όρια αναθεωρήθηκαν από € 135.000,00 σε € 144.000,00 και από € 209.000,00 σε € 221.000,00 και ισχύουν, από 1/1/2018 έως 31/12/2019.

**4.** Το άρθρο 6 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς Φ.Π.Α., όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαιρέσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. [...] 2. Όταν η αναθέτουσα αρχή αποτελείται από χωριστές επιχειρησιακές μονάδες λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία για όλες τις χωριστές επιχειρησιακές μονάδες. Κατά παρέκκλιση του πρώτου εδαφίου, όταν μια χωριστή επιχειρησιακή μονάδα είναι ανεξαρτήτως υπεύθυνη για τις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων της ίδιας ή ορισμένων κατηγοριών αυτών, η αξία των συμβάσεων μπορεί να υπολογίζεται στο επίπεδο της συγκεκριμένης μονάδας. 3. Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...]».

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 2342/2015 της Επιτροπής τα κατώτατα όρια ισχύουν, από 1/1/2016 έως 31/12/2017.

**5.** Το άρθρο 26, παράγραφος 2, περίπτωση β' του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στον ανταγωνιστικό διάλογο, στις ακόλουθες περιπτώσεις: ... β) όσον αφορά έργα, αγαθά ή υπηρεσίες για τα οποία, έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υποβάλλονται μόνο μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές. Στις περιπτώσεις αυτές, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτείται να δημοσιεύουν προκήρυξη σύμβασης, εφόσον στη διαδικασία περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες οι οποίοι πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 73 έως 83 και οι οποίοι, κατά την προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, και μόνον αυτούς. 3. Μη κανονικές προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα: α) όσες δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης, β) όσες παρελήφθησαν εκπρόθεσμα, γ) όταν υπάρχουν αποδεικτικά στοιχεία αθέμιτης πρακτικής, όπως συμπαιγνίας ή διαφθοράς, δ) όσες κρίνονται από την αναθέτουσα αρχή ασυνήθιστα χαμηλές. 4. Απαράδεκτες προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα: α) όσες υποβάλλονται

από προσφέροντες οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα και β) όσων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως καθορίστηκε και τεκμηριώθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης. (...)». Ακολούθως, στο άρθρο 29 του ίδιου νόμου με το οποίο ενσωματώνονται οι διατάξεις του άρθρου 29 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιγράφεται η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση».

**6.** Το άρθρο 27 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Στις ανοικτές διαδικασίες, κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλλει προσφορά στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού. Η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε 35 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης της προκήρυξης σύμβασης, υπό την επιφύλαξη της παρ. 2 του άρθρου 60 και του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 67. Η προσφορά συνοδεύεται από τις πληροφορίες για την ποιοτική επιλογή που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή. [...]. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συντμήσει κατά πέντε ημέρες την προθεσμία παραλαβής των προσφορών που ορίζεται στο δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 όταν αποδέχεται την υποβολή προσφορών με ηλεκτρονικά μέσα, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 και την παράγραφο 5 του άρθρου 22 και το άρθρο 37.[...]».

### III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

**7.** Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Ελευσίνας, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης βάσει της παραγράφου 2, περίπτωση β' του άρθρου 26 του Ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες του άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

**8.** Δεδομένου ότι, πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας προϋπολογισμού € 48.387,00 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια ανοικτού άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016 διαγωνισμού προϋπολογισμού € 565.427,01 χωρίς Φ.Π.Α., συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή γνώμης σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει.

**9.** Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 26, παράγραφος 2, περίπτωση β', προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση, είναι: **α)** η νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή διαδικασία και **β)** η υποβολή μη κανονικής ή απαράδεκτης προσφοράς.

**10.** Η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 26 και 32 του Ν. 4412/2016 περιπτώσεις με τα οποία μεταφέρθηκαν στο εσωτερικό δίκαιο τα άρθρα 26 και 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αντίστοιχα (πρβλ. άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, αντίστοιχα, και βλ. σχετικώς ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56, της 23ης Απριλίου 2009, C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου, EU:C:2009:246, σκέψεις 105-106, της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, C-19/13, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA και Telecom Italia SpA, EU:C:2014:2194, σκέψη 49, της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, C -549/14, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, EU:C:2016:634, σκέψη 35). 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 συστατικής ερμηνείας, το δε βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει αυτός που τις επικαλείται (βλ. υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, 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, 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, της 8ης Απριλίου 2008, C- 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψεις 57-58, της 27ης Οκτωβρίου 2011, C - 601/10, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλ. 2011, I-00163, σκέψη 32).

**11.** Στην προκειμένη περίπτωση η Αρχή κρίνει ότι στην προκειμένη περίπτωση τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 26, παράγραφος 2, εδάφιο β' του Ν 4412/2016, που προϋποθέτει υποβολή μη κανονικών προσφορών, κατόπιν διενέργειας ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμού.

**12.** Ειδικότερα δε, σχετικά με την υπό σημείο α) προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής διαδικασίας, παγίως έχει κριθεί ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2, περίπτωση β' του άρθρου 26, 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).

**13.** Ως προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται ότι ο Δήμος Ελευσίνας, διενήργησε ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την προμήθεια «Καυσίμων και Λιπαντικών» προϋπολογισμού € 565.427,01 χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη, για την οποία τηρήθηκαν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας, δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν Οικονομικό Φορέα από την συμμετοχή του στον διαγωνισμό.

**14.** Ως προς την προϋπόθεση της υποβολής μη κανονικών προσφορών, από τα παραταθέν ιστορικό προκύπτει ότι, με την αριθ. 548/28-6-2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Ελευσίνας αποφάσισε την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με την αριθ. 453/24-5-2018 Απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών.

**15.** Τέλος επισημαίνεται ότι, ορθότερο είναι η έναρξη υποβολής των προσφορών να ταυτίζεται με την δημοσιοποίηση της Διακήρυξης του διαγωνισμού και, επομένως, να υπάρχει η δυνατότητα υποβολής προσφορών καθ' όλο το διάστημα που διανύεται μεταξύ της ημερομηνίας δημοσιοποίησης της Διακήρυξης και της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών.

#### **IV. Συμπέρασμα**

Εν όψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. **ομόφωνα αποφασίζει:**

**Την παροχή σύμφωνης γνώμης** της Αρχής, περί προσφυγής στην ανταγωνιστική διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ.2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011 για την προμήθεια «Λιπαντικών» προϋπολογισμού € 48.387,00 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Ελευσίνας, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 26, παράγραφος 2, εδάφιο β' του Ν 4412/2016, που προϋποθέτει υποβολή μη κανονικών προσφορών, κατόπιν διενέργειας ανοικτού διαγωνισμού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), λόγω συνδρομής των υπό του νόμου οριζομένων.

**Αθήνα, 6 Νοεμβρίου 2018**

**ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ**

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Γεώργιος Καταπόδης**