



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΓΝΩΜΗ

Δ 22/2018

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 07^η Μαρτίου του έτους δύο χιλιάδες δεκαοχτώ (2018) ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00 π.μ., και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 & Κορνά Τράκα, στην 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:

Πρόεδρος: Γεώργιος Καταπόδης
Αντιπρόεδρος: Χριστίνα Μπουσουλέγκα
Τακτικά Μέλη: Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης
Δημήτριος Λουρίκας

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

Γραμματέας: Μαρία Αντωνοπούλου, Π.Ε. Διοικητικού – Οικονομικού

Εισηγητής: Ιωάννης Φουντουκίδης, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν ο Εισηγητής κ. Φουντουκίδης (μέσω τηλεδιάσκεψης), καθώς και η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών κ. Χριστίνα Καξιρή οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

Ερώτημα: Το υπ' αρ. πρωτ. 2998/08.02.2018 **αίτημα του Δήμου Αριστοτέλη** προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. το οποίο παρελήφθη στις 09.02.2018 (αρ. πρωτ. εισερχ. 901), ως αυτό συμπληρώθηκε με τα συνημμένα έγγραφα του με ημερομηνία 06.03.2018 μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του Δήμου (αρ. πρωτ. εισερχ. 1358/06.03.2018).

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή του Δήμου Αριστοτέλη στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2. α. του ν. 4412/2016, για την προμήθεια καυσίμων και ελαιολιπαντικών προϋπολογιζόμενης δαπάνης 501.681,46€ προ Φ.Π.Α.

1. Με το υπ' αρ. πρωτ 2998/08.02.2018 αίτημα του Δήμου Αριστοτέλη προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή) το οποίο παρελήφθη στις 09.02.2018 (αρ. πρωτ. εισερχ. 901) ως αυτό συμπληρώθηκε με τα συνημμένα έγγραφα του με ημερομηνία 06.03.2018 μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του Δήμου (αρ. πρωτ. εισερχ. 1358/06.03.2018), ο Δήμος 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, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2α του ν.4412/2016, για την προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για το έτος 2018 προϋπολογιζόμενης δαπάνης 501.681,46€ προ Φ.Π.Α. και συγκεκριμένα για τις Ομάδες Α, Β, Γ και Δ της διακήρυξης του προηγηθέντος διαγωνισμού για τις οποίες δεν κατατέθηκε καμία προσφορά.

1. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

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

2.1. Με την με αρ. 288/29.09.2017 (ΑΔΑ: ΩΩΔ6ΩΨ2-ΤΟ2) απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Αριστοτέλη μεταξύ άλλων εγκρίθηκε η προμήθεια υγρών καυσίμων και ελαιολιπαντικών έτους 2018 για τις ανάγκες του Δήμου και των Νομικών Προσώπων αυτού εκτιμώμενης αξίας 751.585,00€ με Φ.Π.Α..

2.2. Με την με αρ. 148/16.10.2017 (ΑΔΑ:Ω9ΠΑΩΨ2-ΝΙΦ) απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, μεταξύ άλλων ενέκρινε τους όρους της διακήρυξης του ανωτέρω διαγωνισμού. Ημερομηνία έναρξης υποβολής των προσφορών ορίσθηκε η 24.10.2017 και καταληκτική ημερομηνία η 20.11.2017.

2.3. Με την με αρ. 188/08.12.2017 (ΑΔΑ: 6ΘΙΣΩΨ2-4ΟΚ) απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, μεταξύ άλλων ενέκρινε: « [...] Τον καθορισμό των όρων διεξαγωγής επαναληπτικού ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού για την προμήθεια υγρών καυσίμων και ελαιολιπαντικών έτους 2018 για τις ανάγκες του Δήμου Αριστοτέλη και των Νομικών του Προσώπων ΜΟΝΟ ΓΙΑ ΤΙΣ ΟΜΑΔΕΣ ΠΟΥ ΔΕΝ ΚΑΛΥΦΘΗΚΑΝ (δηλ. ΟΜΑΔΑ Α' - ΔΗΜΟΣ ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΗ, ΟΜΑΔΑ Β' - ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΚΟΙΝΟΦΕΛΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΔΗΜΟΥ ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΗ «Η ΦΡΟΝΤΙΔΑ», ΟΜΑΔΑ Γ - ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΕΙΟ ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΟ ΚΕΝΤΡΟ ΔΗΜΟΥ ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΗ και ΟΜΑΔΑ Δ - ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΛΙΜΕΝΙΚΟ ΤΑΜΕΙΟ ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΗ) και τον ορισμό επιτροπής διαγωνισμού (λαμβάνεται ξεχωριστή απόφαση στην ίδια συνεδρίαση) [...]».

2.4. Με την με αρ. 188α/08.12.2017 (ΑΔΑ: Ω0ΛΚΩΨ2-Θ5Η) απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, μεταξύ άλλων ενέκρινε: «Α. Η προμήθεια καυσίμων και ελαιολιπαντικών για το έτος 2018 για τις ανάγκες του Δήμου Αριστοτέλη και των Νομικών του Προσώπων (ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΚΟΙΝΟΦΕΛΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΔΗΜΟΥ ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΗ «Η ΦΡΟΝΤΙΔΑ», ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΕΙΟ ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΟ ΚΕΝΤΡΟ ΔΗΜΟΥ ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΗ και ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΛΙΜΕΝΙΚΟ ΤΑΜΕΙΟ ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΗ), εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 622.085,00 ευρώ (με Φ.Π.Α.), θα εκτελεστεί έπειτα από επαναληπτικό ηλεκτρονικό ανοικτό μειοδοτικό διαγωνισμό με σφραγισμένες προσφορές και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής [...]».

2.5. Ακολούθως, με την με αρ. πρωτ. 39320/29.12.2017 διακήρυξη (17PROC002510704 2017-12-29), ο Δήμος προκήρυξε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με χρήση του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη ορίστηκε στο ποσό των 501.681,46 € προ ΦΠΑ. Στο προοίμιο της διακήρυξης αναφερόταν: «*Η ισχύς της Σύμβασης θα είναι ένα (1) έτος από την υπογραφή της. Θα είναι δυνατή η παράταση της σύμβασης έως και δύο μήνες από την καταληκτική ημερομηνία [...]».* Στο άρθρο 6 της διακήρυξης αναφερόταν: «*Κριτήριο κατακύρωσης αποτελεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής και συγκεκριμένα: - Για τα υγρά καύσιμα το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες, υπολογιζόμενο στην τοπική μέση τιμή λιανικής πώλησης, όπως αυτή διαμορφώνεται την ημέρα της παράδοσης με βάση τις τιμές του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας και πιστοποιούνται από τις αρμόδιες υπηρεσίες της Π.Ε. Χαλκιδικής, και - Για τα ελαιολιπαντικά το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί των τιμών του προϋπολογισμού της μελέτης. Ο προϋπολογισμός της προμήθειας υποδιαιρείται σε τέσσερις (4) ΟΜΑΔΕΣ και οι διαγωνιζόμενοι μπορούν να υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο των ΟΜΑΔΩΝ ή για μία ή περισσότερες ΟΜΑΔΕΣ του προϋπολογισμού, για τη συνολική ωστόσο προκηρυχθείσα ποσότητα της κάθε ΟΜΑΔΑΣ (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α΄). Δεν θα λαμβάνεται υπόψη προσφορά, η οποία θα δίδεται για μέρος μόνο των ειδών ή ποσοτήτων της κάθε ΟΜΑΔΑΣ».* Στο άρθρο 9 με τίτλο «*Δικαιολογητικά Συμμετοχής*» μεταξύ άλλων αναφερόταν ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς όφειλαν εγκαίρως και επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς τους να καταθέσουν: «*1. Συμβολαιογραφικό πληρεξούσιο ή έγγραφη εξουσιοδότηση θεωρημένη για το γνήσιο της υπογραφής από οποιαδήποτε αρμόδια αρχή, εάν οι ενδιαφερόμενοι συμμετέχουν στο διαγωνισμό με αντιπρόσωπό τους. 2. Εγγυητική επιστολή συμμετοχής στο διαγωνισμό, σύμφωνη με τους όρους του άρθρου 10 της παρούσας διακήρυξης. 3. Εφόσον ο διαγωνιζόμενος έχει τη μορφή νομικού προσώπου (εταιρείας), στα δικαιολογητικά συμμετοχής συμπεριλαμβάνονται : - Τα φύλλα των εφημερίδων της κυβέρνησης (ΦΕΚ) στα οποία δημοσιεύθηκαν το ιδρυτικό καταστατικό και οι τυχόν τροποποιήσεις του ή το τελευταίο κωδικοποιημένο καταστατικό ή τα αντίστοιχα στοιχεία από το διαδικτυακό τόπο του Γ.Ε.Μ.Η., εάν πρόκειται για ΑΕ και ΕΠΕ. - Το τελευταίο καταστατικό θεωρημένο από το πρωτοδικείο ή νόμιμα επικυρωμένο καθώς και οι τυχόν τροποποιήσεις του θεωρημένες ή επικυρωμένες κατά τον ίδιο τρόπο, εάν πρόκειται για ΟΕ και ΕΕ. Εάν η προσφορά υπογράφεται από πρόσωπο που δεν προκύπτει από τα ανωτέρω έγγραφα ότι έχει την ιδιότητα του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας, πρέπει να υποβληθούν τα στοιχεία που αποδεικνύουν ότι έχει νομίμως εξουσιοδοτηθεί ειδικά για το σκοπό αυτό. Εάν από τα ανωτέρω καταστατικά και τα λοιπά στοιχεία δεν προκύπτουν ευθέως τα πρόσωπα που εκπροσωπούν την εταιρεία και τη δεσμεύουν με την υπογραφή τους, πρέπει να προσκομίζονται τα στοιχεία που αποδεικνύουν τη νόμιμη εκπροσώπηση της εταιρείας στο διαγωνισμό. 4. Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016 [...]».* Η εγγύηση συμμετοχής ορίστηκε σε ποσοστό 2% του προϋπολογισμού επί του οποίου υποβάλλεται προσφορά χωρίς Φ.Π.Α. ενώ η εγγύηση καλής εκτέλεσης ορίστηκε σε ποσοστό 5% της συνολικής συμβατικής αξίας χωρίς το Φ.Π.Α..

2.6. Περίληψη της εν λόγω διακήρυξης, η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακήρυξης του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά (την 29.12.2017) και δημοσιεύθηκε (την 03.01.2018) στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε). Επιπλέον η υπ' αριθμ. πρωτ. 39320/29.12.2017 περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στις εφημερίδες «Γενική Δημοπρασιών», «Ηχώ των Δημοπρασιών» και «Τύπος Χαλκιδικής» την 09.01.2018, «Θέμα της Χαλκιδικής» την 10.01.2018, αναρτήθηκε την 29.12.2017 στον ιστότοπο ΔΙΑΥΓΕΙΑ και έλαβε ΑΔΑ: ΩΔΞΕΩΨ2-ΑΒΦ. Η περίληψη δημοσιεύθηκε στην ιστοσελίδα του Δήμου <http://www.dimosaristoteli.gr/> την 05.01.2018 και στη δικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) την 03.01.2018 με αύξων αριθμό συστήματος 51725. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο

Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ορίστηκε η 29.01.2018 και ώρα 15:00:00, ενώ ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στο σύστημα ορίστηκε η 08.01.2018 και ώρα 00:01:00.

2.7. Κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης διαπίστωσε, όπως προκύπτει από το υπ' αριθμ. πρωτ. 2592/02.02.2018 Πρακτικό της, ότι δεν κατατέθηκε καμία προσφορά. Έπειτα από τα παραπάνω εισηγήθηκε «Τη ματαίωση του διαγωνισμού διότι απέβη άγονος και την ανάθεση της προμήθειας, με διαδικασία μέσω διαπραγμάτευσης».

2.8. Με την υπ' αριθμ. 11/2018 απόφασή της (Απόσπασμα Πρακτικών της 03^{ης}/06.02.2018 Συνεδρίασης με ΑΔΑ:7Υ3ΓΩΨ2-3ΤΖ) ως αυτή διορθώθηκε με την υπ' αριθμ. 28/2018 απόφασή της (Απόσπασμα Πρακτικών της 05ης/06.03.2018 Συνεδρίασης με ΑΔΑ: 6ΡΘ4ΩΨ2-ΠΘ9), η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, αφού έλαβε υπ' όψιν το υπ' αριθμ. πρωτ. 2592/02.02.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του διαγωνισμού, μεταξύ άλλων, αποφάσισε: “[...] Την έγκριση στην προσφυγή της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων της προηγηθείσας άγονης διαδικασίας που διενεργήθηκε σύμφωνα με την αριθμ. πρωτ. 39320/29-12-2017 διακήρυξη του Δήμου, έπειτα από την παροχή σύμφωνης γνώμης από την ΕΑΑΔΗΣΥ [...]”.

2.9. Ο Δήμος με το υπ' αριθμ. πρωτ. 4900/06.03.2018 έγγραφό του, βεβαιώνει ότι δεν έχει κατατεθεί καμία προδικαστική προσφυγή ή ένδικο μέσο στην ανωτέρω διαγωνιστική διαδικασία.

2.10. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., κατ' άρθρο 32 παρ. 2 περ. α του ν.4412/2016, προκειμένου να αναθέσει την προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών συνολικού προϋπολογισμού 501.681,46€ προ Φ.Π.Α., έπειτα από τη διενέργεια διαπραγμάτευσης, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων και των τεχνικών προδιαγραφών του προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού για τα εν λόγω αιτούμενα είδη.

II. Νομικό πλαίσιο

3. 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 αναθετουσών Αρχών που αφορούν την 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 (Α147) 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 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 της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου [...]».

4. Η διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 του ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ορίζει:

“Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 2 έως 221) [...] Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού”.

5. Το άρθρο 3 παρ. 1 και 2 του ίδιου νόμου ορίζει τα παρακάτω: “1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που πραγματοποιούνται από αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας αυτών, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο παρόν άρθρο. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης ή σύμβαση κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου είναι η απόκτηση, μέσω δημόσιας σύμβασης, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρ-

χές, έργων, αγαθών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από τις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος”.

6. Σύμφωνα με το άρθρο 5 του ίδιου νόμου: “Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: [...]γ) 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. Το κατώτατο όριο αυτό εφαρμόζεται επίσης στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αυτές αφορούν προϊόντα που δεν εμπίπτουν στο Παράρτημα ΙΙΙ του Προσαρτήματος Α”.

7. Στο άρθρο 6 παρ. 1, 3, 9 και 10 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: “Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. [...] 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. Η σύμβαση δεν κατατέμενεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...] 9. Όταν ένα σχέδιο αγοράς για την απόκτηση ομοιογενών αγαθών μπορεί να οδηγήσει σε ανάθεση συμβάσεων υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων, λαμβάνεται υπόψη κατά την εφαρμογή του άρθρου 5 περιπτώσεις β' και γ' η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων αυτών των τμημάτων. Όταν η συνολική αξία των τμημάτων ισούται ή υπερβαίνει το κατώτατο όριο που προβλέπεται στο άρθρο 5, το παρόν Βιβλίο εφαρμόζεται στην ανάθεση κάθε τμήματος”.

8. Η διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016, ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και στην οποία ορίζεται: “2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: α) εάν, ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία είτε δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής δεν είναι κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημα της”.

9. Το άρθρο 61 του ν. 4412/2016 ορίζει: “1. Για συμβάσεις άνω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης ή της προκαταρκτικής προκήρυξης, όταν η τελευταία χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 26. 2. Ως χρόνος έναρξης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, νοείται η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση. 3. Ως χρόνος έναρξης ενός διαγωνισμού μελετών, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης διαγωνισμού μελετών στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. 4. Για συμβάσεις κάτω των ορίων αντί των παραγράφων 1 έως 3, εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 120”.

10. Το άρθρο 66 παρ. 3 του ως άνω νόμου προβλέπει: “3. Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 62, 63 και 64, καθώς και οι πληροφορίες που περιέχονται σε αυτές δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης, σύμφωνα με το άρθρο 65. Ωστόσο, η δημο-

σίευση μπορεί να πραγματοποιείται σε κάθε περίπτωση σε εθνικό επίπεδο, όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν ενημερωθεί σχετικά με τη δημοσίευση εντός 48 ωρών από τη βεβαίωση παραλαβής της προκήρυξης/ γνωστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 65”.

11. Το άρθρο 93 του ως άνω νόμου προβλέπει: “Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει: α) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ του άρθρου 79 και την εγγύηση συμμετοχής, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 72 [...]”.

III. Νομική Εκτίμηση

12. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Αριστοτέλη, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας με την έννοια της διάταξης του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 8 του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 8 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, προϋπολογισθείσας αξίας 501.681,46€ προ Φ.Π.Α. συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής κατ’ άρθρο 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ’ υποπερίπτωση δδ’ του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης.

13. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση, έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και ήδη στα παρόμοιου περιεχομένου άρθρα 26 και 32 του ν. 4412/2016 (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 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 (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).

14. Η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν.4412/2016 της οποίας γίνεται ρητά επίκληση από την αιτούσα και 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 ανωτέρω νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής να μην κρίνεται κατάλληλη και γ) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι 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. (ΕΑΑΔΗΣΥ-Αποφ. 121, 153, 346, 409, 498, 499/2013 και 5, 26, 44, 65, 79/2014, ΕΣ-Πράξη 215/2012-Ζ’ Κλιμάκιο, ΕΣ-Αποφ. VI Τμ. 1249/2011, 466/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

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

15.1. Ως προς την προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας:

Ο Δήμος Αριστοτέλη διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων, προϋπολογισμού δαπάνης 501.681,46€ προ Φ.Π.Α. για την προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για τις ανάγκες του Δήμου και εποπτευόμενων νομικών προσώπων αυτού για το έτος 2018.

Αν και δε διαπιστώθηκαν ουσιώδεις πλημμέλειες, οι οποίες συνέχονται με το άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού.

Η Αρχή επισημαίνει, για τη βελτίωση των διαδικασιών τα εξής:

1) Στην υπό εξέταση διαδικασία, ο Δήμος Αριστοτέλη απέστειλε το έντυπο της περίληψης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 29.12.2017, ενώ η δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. πραγματοποιήθηκε στις 03.01.2018. Παράλληλα, η ανάρτηση των τευχών του διαγωνισμού στο Κ.Η.ΜΗ.ΔΗ.Σ. και η ανάρτηση της περίληψης της εν λόγω διακήρυξης στον ιστότοπο ΔΙΑΥΓΕΙΑ πραγματοποιήθηκε στις 29.12.2018 ήτοι σε προγενέστερο χρόνο από τη δημοσίευση των στοιχείων στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (αναλυτικά αναφέρεται στο στοιχ.2.5 και 2.6 του Ιστορικού της παρούσης).

Εν προκειμένω από τα ανωτέρω παρατηρούνται επί μέρους πλημμέλειες, ως προς τον χρόνο δημοσίευσης, οι οποίες, όμως, όπως έχει γίνει δεκτό από την Αρχή, εν όψει της φύσεως και της οικονομικής αξίας της υπό κρίση προμήθειας δεν επηρεάζουν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού ούτε συνιστούν παράβαση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Πάντως, επισημαίνεται προς την αναθέτουσα αρχή, ότι η εν γένει αυστηρή τήρηση των προθεσμιών για την διασφάλιση των κανόνων της δημοσιότητας αποτελεί όρο για την εξασφάλιση συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού, πιθανή δε διαπίστωση ανεπάρκειας τέτοιων συνθηκών μπορεί να έχει ως διακύβευμα την επιτυχή εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας. (βλ. σχετικώς απόφαση 119/2017 και Δ17/2018 της Αρχής).

2) Στα δικαιολογητικά συμμετοχής, πέραν της εγγυήσεως συμμετοχής και του ΕΕΕΣ, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του αρ. 93 του ν.4412/2016, υπήρχε η απαίτηση για προσκόμιση συμβολαιογραφικού πληρεξούσιου ή έγγραφης εξουσιοδότησης θεωρημένη για το γνήσιο της υπογραφής από οποιαδήποτε αρμόδια αρχή στην περίπτωση που οι ενδιαφερόμενοι συμμετείχαν στο διαγωνισμό με αντιπρόσωπό τους καθώς επίσης απαιτούνταν η κατάθεση νομιμοποιητικών εγγράφων, τα οποία ωστόσο αποτελούν πρόσθετο διοικητικό βάρος και ορθότερο θα ήταν, δεδομένου ότι δεν απαιτούνται από το νόμο να μην απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή.

15.2. Ως προς τη μη υποβολή προσφοράς ή τη μη ύπαρξη κατάλληλης προσφοράς:

Με την υπ' αριθμ. 11/2018 απόφασή της ως αυτή διορθώθηκε με την υπ' αριθμ. 28/2018 απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, αφού έλαβε υπ' όψιν το υπ' αριθμ. πρωτ. 2592/02.02.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του διαγωνισμού, μεταξύ άλλων, ματαίωσε το αποτέλεσμα του ανοικτού διαγωνισμού που διενεργήθηκε σύμφωνα με την υπ' αριθμ. πρωτ. 39320/29.12.2017 διακήρυξη του Δήμου, καθώς δεν κατατέθηκε καμία προσφορά.

15.3. Ως προς τη μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης:

Στην υπ' αριθμ. 11/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, ως αυτή διορθώθηκε με την υπ' αριθμ. 28/2018 απόφασή της, γίνεται ρητή αναφορά, στην προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων και των τεχνικών προδιαγραφών του προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού για τα εν λόγω αιτούμενα είδη, έπειτα από τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής.

16. Όμως κατά την άποψη του Προέδρου της Αρχής, για λόγους χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης και διαφάνειας, λόγω του ότι το αίτημα αφορά σε προμήθεια καυσίμων, δηλαδή ετήσιες προβλέψιμες πάγιες και διαρκείς ανάγκες, σημαντικότερου οικονομικού αντικειμένου, σε συνδυασμό με τη μη ύπαρξη τμημάτων στη διακήρυξη, είναι πιθανό να οδήγησε στο άγονο του διαγωνισμού. Συνεπώς θα έπρεπε να επαναληφθεί η διαγωνιστική διαδικασία στο σύνολό της και όχι να ζητείται απευθείας ανάθεση.

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. **κατά πλειοψηφία** αποφασίζει:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του Δήμου Αριστοτέλη, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, για την προμήθεια καυσίμων και ελαιολιπαντικών για την κάλυψη των αναγκών των υπηρεσιών του Δήμου Αριστοτέλη και Νομικών Προσώπων που εποπτεύονται από αυτόν, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης ύψους 501.681,46€ προ Φ.Π.Α. και συγκεκριμένα για τις Ομάδες Α, Β, Γ και Δ της διακήρυξης του προηγηθέντος διαγωνισμού, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων της υπ' αριθμ. πρωτ. 39320/29.12.2017 διακήρυξης (17PROC002510704 2017-12-29) για τις οποίες ο προηγηθείς διαγωνισμός απέβη άγονος, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν.4412/2016, άρθρο 32, παρ. 2, περ. α, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 7 Μαρτίου 2018

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Γεώργιος Καταπόδης