



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΓΝΩΜΗ

Δ37/2018

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 3^η Απριλίου του έτους δύο χιλιάδες δέκα οκτώ (2018) ημέρα Τρίτη και ώρα 11.00 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κομνά Τράκα, 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. Πρόεδρος:** Γεώργιος Καταπόδης
- 2. Μέλη :** Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης
Δημήτριος Λουρίκας
Δρ Δημήτριος Σταθακόπουλος
Δρ Μαρία Στυλιανίδου
Ερωφίλη Χριστοβασίλη

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

Γραμματέας: Ευσταθία Μαρκάτου

Εισηγητής: Ελένη Γούναρη, Τοπογράφος Μηχανικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Έκθεση Εισηγητή: Η με αριθ. πρωτ. 1906/02.04.2018 έκθεση εισηγητή

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν η κα Καξική Χριστίνα, Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., καθώς και η εισηγήτρια κα Γούναρη Ελένη, οι οποίες και αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

Ερώτημα: Το αρ. πρωτ. οικ. 3376/ 05.03.2018 (αρ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1369/07.03.2018) & συμπληρώθηκε με το από 28-03-2018 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 1822) αίτημα του Δήμου Ελευσίνας μετά του συνημμένου σε αυτό φακέλου.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης κατά τις διατάξεις του άρθρου 32, παρ.2, περ. α' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια καυσίμων κίνησης οχημάτων (Ομάδα: 1) προϋπολογισμού 314.514,96 € πλέον ΦΠΑ και πετρελαίου θέρμανσης (Ομάδες: 3, 4, 5 & 6) προϋπολογισμού 202.525,05 € πλέον ΦΠΑ, για τις ανάγκες του Δήμου Ελευσίνας, των δημοτικών κτιρίων και των Νομικών του Προσώπων, για την περίοδο 2017-2018, συνολικού προϋπολογισμού 517.040,01 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου διαγωνισμού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016

I. Ιστορικό- πραγματικό πλαίσιο

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

1.1 Με την υπ' αρ. 572/2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ελευσίνας (ΑΔΑ: ΨΟΗ1ΩΡΒ-ΑΤΒ) εγκρίθηκαν οι ενιαίες Τεχνικές Προδιαγραφές και καταρτίστηκαν οι όροι διενέργειας του εν θέματι διαγωνισμού.

1.2 Σύμφωνα με την υπ' αρ. Πρωτ. Οικ.24281/27-11-2017 (ΑΔΑΜ: 17PROC002382097 & ΑΔΑ: 68ΡΨΩΡΒ-7ΗΚ) διακήρυξη του προαναφερθέντος διαγωνισμού, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 701.129,51 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο διαγωνισμός αφορά στην προμήθεια υγρών καυσίμων και λιπαντικών για την κίνηση των οχημάτων του Δήμου Ελευσίνας, καθώς και στην προμήθεια πετρελαίου θέρμανσης για τα δημοτικά κτίρια και τα νομικά πρόσωπα του Δήμου για την περίοδο 2017-2018. Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίζεται η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

1.3 Η εν λόγω προμήθεια χωρίζεται σε έξι (6) ομάδες-τμήματα, ως εξής:

Ομάδα 1: 'Καύσιμα κίνησης', π/υ 314.514,96 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 2: 'Λιπαντικά', π/υ 48.387,00 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 3: 'Πετρέλαιο θέρμανσης για τα δημοτικά κτίρια', π/υ 11.277,46 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 4: 'Πετρέλαιο θέρμανσης για τα σχολεία της ΝΠΔΔ ΠΑΚΠΠΑ', π/υ 5.177,59 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 5: 'Πετρέλαιο θέρμανσης για τα σχολεία της Α' βάθμιας σχολικής επιτροπής', π/υ 105.170,00 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 6: 'Πετρέλαιο θέρμανσης για τα σχολεία της Β' βάθμιας σχολικής επιτροπής', π/υ 80.900,00 € πλέον ΦΠΑ

Σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη: '*.....Προσφορές υποβάλλονται είτε ανά τμήμα είτε συγκεντρωτικά. Ο μέγιστος αριθμός τμημάτων που μπορεί να ανατεθεί σε έναν προσφέροντα ορίζεται στο σύνολο της προμήθειας...'*

Η διάρκεια της σύμβασης, σύμφωνα με τη διακήρυξη, ορίζεται σε εικοσιτέσσερις (24) μήνες με δικαίωμα

παράτασης μετά από απόφαση των θεσμοθετημένων οργάνων. Ωστόσο, σύμφωνα με την προκήρυξη που δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η διάρκεια της σύμβασης είναι σαρανταοχτώ (48) μήνες. Στο υπ' αρ. Πρωτ. Οικ4482/28-03-2018 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής που επισυνάπτεται στο από 28-03-2018 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με το οποίο παρέχονται διευκρινίσεις και συμπληρώνεται ο φάκελος του αιτήματος του Δήμου Ελευσίνας, διευκρινίζεται πως: *'...η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε εικοσιτέσσερις (24) μήνες και όχι σε σαρανταοχτώ (48) μήνες όπως εκ παραδρομής αναγράφηκε στην προκήρυξη σύμβασης που δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.....'*

Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη Διακήρυξη: *'.....Η Εγγύηση Συμμετοχής ανέρχεται σε ποσοστό 2% της προϋπολογισμένης δαπάνης χωρίς το ΦΠΑ ή της κάθε ομάδας που επιθυμεί ο οικονομικός φορέας να συμμετέχει'*

Επιπλέον: *'.... Ο προμηθευτής στον οποίον έγινε η κατακύρωση υποχρεούται...να καταθέσει Εγγύηση Καλής Εκτέλεσης των όρων της σύμβασης, η οποία ανέρχεται σε ποσοστό 5% επί της αξίας της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ....'*

1.4 Περίληψη της εν λόγω διακήρυξης (αρ' πρωτ. Οικ.24281/27-11-2017), η οποία περιείχε τους ουσιαστικούς όρους και στοιχεία της διακήρυξης του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε.) την 01-12-2017 και δημοσιεύτηκε στις 05-12-2017. Συνακόλουθα, η περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στις εφημερίδες: α) 'ΕΠΙΚΑΙΡΟΤΗΤΑ ΔΥΤ. ΑΤΤΙΚΗΣ' & 'ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ ΚΑΙ ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ' (ημερ. Δημ. 08-12-2017) και β) 'ΕΝΗΜΕΡΩΣΗ ΔΥΤ. ΑΤΤΙΚΗΣ' (ημερ. Δημ. 09-12-2017)

Περαιτέρω, αναρτήθηκε και στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής www.elefsina.gr στις 20-12-2017, ενώ τοιχοκολλήθηκε και με αποδεικτικό τοιχοκόλλησης στο Δημοτικό Κατάστημα του Δήμου στις 27-11-2017. Η διακήρυξη αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) την 08-12-2017.

Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο ΕΣΗΔΗΣ ορίστηκε η 22-01-2018, ενώ ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στο σύστημα ορίστηκε η 17-01-2018. Ως ημερομηνία ανοίγματος των προσφορών ορίστηκε η 26-01-2018. Στις 06-01-2018 και με την υπ' αρ. 101/2017 απόφαση (ΑΔΑ:ΨΕ67ΩΡΒ-ΨΚΨ) Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Ελευσίνας αποφάσισε την παράταση του διαγωνισμού για τρεις (3) εβδομάδες και συγκεκριμένα με έναρξη υποβολής προσφορών την 17-01-2018 και καταληκτική ημερομηνία υποβολής αυτών την 16-02-2018, με αποσφράγιση την 23-02-2018. Η εν λόγω απόφαση αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 16-01-2018 προκειμένου να ενημερωθούν οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς. Η εν λόγω παράταση δεν αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και δε δημοσιεύτηκε ούτε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης ούτε στον εθνικό τύπο.

2. Στις 23-02-2018 η Επιτροπή διαγωνισμού προέβη στην αποσφράγιση και έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών του διαγωνισμού, συντάσσοντας το σχετικό Νο 1 Πρακτικό. Σύμφωνα με αυτό κατατέθηκαν οι ακόλουθες τρεις (3) προσφορές: α) 'GANDOIL ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΕΠΕ', β) 'ΝΙΚΗΤΑΣ ΚΟΘΡΟΣ ΕΙΣΑΓΩΓΕΣ ΕΜΠΟΡΙΑ ΑΝΤΑΛΛΑΚΤΙΚΩΝ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΩΝ ΑΕΕ' και γ) 'ELDON'S HELLAS ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΚΑΙ ΚΑΤΑΣΚΕΥΣΤΙΚΗ ΕΠΕ'. Στο Πρακτικό αναγράφεται πως: *'...Οι προσφορές των τριών (3) εταιρειών αφορούν μόνο την προμήθεια λιπαντικών. Ουδεμία εταιρεία*

υπέβαλε προσφορά για την προμήθεια καυσίμου και πετρελαίου θέρμανσης....'. Κατόπιν των ανωτέρω η Επιτροπή εισηγείται προς την Οικονομική Επιτροπή του οικείου Δήμου: *'...την κήρυξη του διαγωνισμού ΑΓΟΝΟΥ ως προς την προμήθεια καυσίμου και πετρελαίου θέρμανσης και την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς τροποποίηση των όρων της διακήρυξης και χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σύμφωνα με το άρθρο 32 2α του ν. 4412/2016, διότι ουδεμία προσφορά κατατέθηκε για την προμήθεια καυσίμων....'*

2.1 Με την υπ' αρ. 294/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ελευσίνας, εγκρίθηκε το προαναφερθέν Νο 1 Πρακτικό, ως συντάχθηκε και επιπλέον, αποφασίστηκε: *'...η κήρυξη του διαγωνισμού ΑΓΟΝΟΥ ως προς την προμήθεια καυσίμου και πετρελαίου θέρμανσης και την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς τροποποίηση των όρων της διακήρυξης και χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σύμφωνα με το άρθρο 32 2α του ν. 4412/2016, διότι ουδεμία προσφορά κατατέθηκε για την προμήθεια καυσίμων....'*

3. Η αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αρ. Πρωτ. 3377/05-03-2018 Βεβαίωση που αφορά τον εν θέματι διαγωνισμό βεβαιώνει ότι: *'.....κατόπιν έρευνας του φακέλου του διαγωνισμούο οποίος διενεργήθηκε σύμφωνα με τη με αρ. Πρωτ. Οικ24281/27-11-2017 διακήρυξη και κηρύχθηκε εν μέρει άγονος ως προς την προμήθεια καυσίμων (ομάδες 1, 3, 4, 5, 6) με την αρ. 294/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής και μέχρι του σταδίου της εν λόγω απόφασης, δεν εκκρεμεί κανένα ένδικο μέσο....'*

4. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Ελευσίνας με το υπ' αρ. Πρωτ. Οικ 3376/05-03-2018 έγγραφο – αίτημά του και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα που υπέβαλε στην Αρχή, όπως συμπληρώθηκε με το από 28-03-2018 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, αιτείται τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016, άρθρο 32 παρ.2α, για την προμήθεια καυσίμων κίνησης οχημάτων (Ομάδα: 1) προϋπολογισμού 314.514,96 € πλέον ΦΠΑ και και πετρελαίου θέρμανσης (Ομάδες: 3, 4, 5 & 6) προϋπολογισμού 202.525,05 € πλέον ΦΠΑ, για τις ανάγκες του Δήμου Ελευσίνας, των δημοτικών κτιρίων και των Νομικών του Προσώπων, για την περίοδο 2017-2018, συνολικού προϋπολογισμού 517.040,01 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Στο Σχέδιο Απόφασης που επισυνάπτεται στο εν λόγω αίτημα αναφέρεται σαφώς πως η διαδικασία με διαπραγμάτευση θα λάβει χώρα μετά τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής και χωρίς αλλαγή των όρων της με αρ. Πρωτ. Οικ24281/27-11-2017 διακήρυξης.

II. Νομικό πλαίσιο

5. 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 (Αί47) 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 [...]

6. 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”.

7. Το άρθρο 3 παρ. 1 και 2 του ιδίου 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 αρχές, 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”.

8. Σύμφωνα με το άρθρο 5 του ιδίου νόμου: “Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: [...] γ) 221.000 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”.

9. Στο άρθρο 6 παρ. 1, 3 και 9 του ιδίου 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 προαίρεσεως 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 κατατέμεται 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”.

10. 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”.

III. Νομική Εκτίμηση

11. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Ελευσίνας, 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 517.040,01 € χωρίς Φ.Π.Α., που αποτελεί τμήμα σύμβασης προϋπολογισμού 565.427,02 € € πλέον ΦΠΑ., 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.

12. 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 συστατικής ερμηνείας (βλ. ΔΕΕ, 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).

13. Με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ.2 περ. α' του ν. 4412/2016, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να συνάπτουν συμβάσεις με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, με την προϋπόθεση: 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 καμία από τις υποβληθείσες προσφορές να μην κρίνεται κατάλληλη ή να μην υπάρχει κανείς υποψήφιος και γ) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση. δ) Επιπλέον, προϋποθέτει ότι σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής εκθέσεως. (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).

14. Στην προκείμενη περίπτωση, ο Δήμος Ελευσίνας επικαλείται ρητά ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της τις διατάξεις που περιλαμβάνονται στο άρθρο 32, παράγραφος 2 εδάφιο α' του Ν. 4412/2016.

Σημειώνεται, ότι οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των προαναφερθέντων διατάξεων,

προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση, είναι: 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 καμία από τις υποβληθείσες προσφορές να μην κρίνεται κατάλληλη ή να μην υπάρχει κανείς υποψήφιος και γ) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση. (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 την εξέταση των στοιχείων του φακέλου της υπό κρίση υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

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

Ο Δήμος Ελευσίνας με την υπ' αρ. Πρωτ. Οικ.24281/27-11-2017 (ΑΔΑ: 68ΡΨΩΡΒ-7ΗΚ) διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, για την προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για την κίνηση των οχημάτων του Δήμου, καθώς και προμήθεια πετρελαίου θέρμανσης για τα δημοτικά κτίρια και τα νομικά πρόσωπα ΠΑΚΠΠΑ, ΕΣΕΠΕΔΕ και ΕΣΕΔΕΔΕ, για την περίοδο 2017-2018, συνολικού προϋπολογισμού 565.427,02 € πλέον ΦΠΑ. Η προμήθεια αφορούσε σε έξι (6) Ομάδες. Για τη μία (1) εξ' αυτών υπήρξαν προσφορές ενώ για τις υπόλοιπες πέντε (5) δεν κατατέθηκε καμία προσφορά.

Στην ως άνω Διακήρυξη, επισημαίνονται τα κάτωθι όσον αφορά στις απαιτούμενες κατά το νόμο διατυπώσεις δημοσιότητας:

Τόσο στη διακήρυξη η οποία αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 08-12-2017 όσο και στην περίληψη διακήρυξης που δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 05-12-2017, αναφέρεται ως χρονικό διάστημα που οι υποψήφιοι μπορούν να υποβάλουν τις προσφορές τους το διάστημα από 17-01-2018 έως και 22-01-2018. Πλην όμως, με την υπ' αρ. 101/2017 απόφαση (ΑΔΑ:ΨΕ67ΩΡΒ-ΨΚΨ) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ελευσίνας αποφασίστηκε η παράταση του διαγωνισμού για τρεις (3) εβδομάδες όπου πλέον, το χρονικό διάστημα για τη δυνατότητα υποβολής προσφορών ξεκινούσε από 17-01-2018 και έληγε την 16-02-2018, άρα στην ουσία παρατείνεται η προθεσμία παραλαβής προσφορών. Η εν λόγω παράταση αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 16-01-2018 όμως, αν και πρόκειται για διεθνή διαγωνισμό, δεν εστάλη διορθωτική προκήρυξη στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προκειμένου να ενημερωθούν αρμοδίως και πιθανοί οικονομικοί φορείς από χώρες πλην της Ελλάδας. Εκ των προαναφερθέντων συνάγεται, μεταξύ άλλων, ότι σε όλες τις ανοιχτές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων υπηρεσιών, όταν αυτές εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του ν. 4412/2016 και αφορούν συμβάσεις άνω των ορίων του άρθρου 5 αυτού, οι φορείς που διενεργούν τους δημόσιους διαγωνισμούς οφείλουν να τηρούν όλες τις νόμιμες διατυπώσεις δημοσιότητας και ειδικότερα υποχρεούνται, πλην άλλων, να αποστέλλουν περίληψη των προκηρύξεων που περιλαμβάνει τις πληροφορίες που απαιτούνται, στην Υπηρεσία Επισήμων Εκδόσεων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων.

Περαιτέρω, επισημαίνεται αναντιστοιχία αναφορικά με τη διάρκεια της σύμβασης μεταξύ διακήρυξης

και δημοσιεύσεων στον εθνικό τύπο και πληροφόρησης προς την Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αστοχία που δημιουργεί ασάφεια στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς. Πιο συγκεκριμένα, στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή αναφέρεται ως διάρκεια σύμβασης οι σαρανταοχτώ (48) μήνες αντί του ορθού στο ΕΣΗΔΗΣ ήτοι των εικοσιτεσσάρων (24) μηνών.

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. Σε διαφορετική περίπτωση, υπάρχει ο κίνδυνος αναλόγως των περιστάσεων να θεωρηθεί ότι περιορίζεται υπέρμετρα το δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό, στοιχείο που ενδέχεται να πλήττει τη νομιμότητα της διακήρυξης.

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

Στο από 23-02-2018 Πρακτικό Νο 1 της Επιτροπής διαγωνισμού το οποίο και εγκρίθηκε με την υπ' αρ. 294/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ελευσίνας, η Επιτροπή αναφέρει ότι: *'...Οι προσφορές των τριών (3) εταιρειών αφορούν μόνο την προμήθεια λιπαντικών. Ουδεμία εταιρεία υπέβαλε προσφορά για την προμήθεια καυσίμου και πετρελαίου θέρμανσης....'*

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

Από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης, ήτοι από το υποβληθέν αίτημα της αναθέτουσας αρχής καθώς και από το υποβληθέντα στοιχεία και κυρίως, την υπ' αρ. 294/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του οικείου Δήμου όπου αναφέρεται: *'...προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς τροποποίηση των όρων της διακήρυξης και χωρίς προηγούμενη δημοσίευση....'* και το Σχέδιο Απόφασης που αφορά τη διαδικασία διαπραγμάτευσης, όπου ορίζεται ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση θα λάβει χώρα μετά τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής και χωρίς αλλαγή των όρων της με αρ. Πρωτ. Οικ24281/27-11-2017 διακήρυξης, του προηγηθέντος, εν μέρει άγονου, διαγωνισμού.

16. Κατά την άποψη όμως τόσο του Προέδρου της Αρχής κ. Γεώργιου Καταπόδη όσο και του μέλους αυτής κ. Δημητρίου Λουρίκα η παράταση προθεσμίας παραλαβής προσφορών αφορά σε ουσιώδη όρο της διακήρυξης ο οποίος πρέπει να λαμβάνει τη δέουσα δημοσιότητα (βλ σημείο 19 του μέρους Γ του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος του ν. 4412/2016), μέσω της αποστολής διορθωτικής προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης "Γνωστοποίηση για αλλαγές ή πρόσθετες πληροφορίες".

Σε περίπτωση, δε, μετάθεσης της ημερομηνίας υποβολής προσφορών ή της διενέργειας του διαγωνισμού, θα πρέπει να ακολουθείται η ίδια διαδικασία που τηρήθηκε στην αρχική προκήρυξη (βλ. Ελ. Συν. πρ.Ζ Κλ. 226/2006). Η τήρηση του παραπάνω τύπου δημοσιότητας αποσκοπεί στην ευρεία γνωστοποίηση του περιεχομένου της διακήρυξης και συνεπώς στην ανάπτυξη επαρκούς ανταγωνισμού και την υποβολή προσφορών, και επιβάλλεται και στην περίπτωση που με απόφαση της αναθέτουσας αρχής μετατίθεται η ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων της διακήρυξης.

IV. Συμπέρασμα

17. 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 αποδοχή του αιτήματος του Δήμου Ελευσίνας **και την παροχή σύμφωνης γνώμης** σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. γ' περ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση, για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια καυσίμων κίνησης οχημάτων προϋπολογισμού 314.514,96 € πλέον ΦΠΑ και πετρελαίου θέρμανσης προϋπολογισμού 202.525,05 € πλέον ΦΠΑ, για τις ανάγκες του Δήμου Ελευσίνας, των δημοτικών κτιρίων και των Νομικών του Προσώπων, συνολικού προϋπολογισμού 517.040,01 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, παρ. 2, περ. α, του ν. 4412/2016, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 3 Απριλίου 2018

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης