



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΓΝΩΜΗ

Δ46 /2018

(της διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 11^η Μαΐου του έτους δύο χιλιάδες δεκαοκτώ (2018) ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 & Κορνά 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:

Αναπληρωτής Πρόεδρος (Προεδρεύων): Μιχαήλ Εκατομμάτης
Μέλη: Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης
Δημήτριος Λουρίκας
Δημήτριος Σταθακόπουλος
Μαρία Στυλιανίδου
Ερωφίλη Χριστοβασίλη

Ο Πρόεδρος, κ. Γεώργιος Καταπόδης, απουσίασε λόγω δικαιολογημένου υπηρεσιακού κωλύματος.

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

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

Εισηγητής: Χρήστος Κανελλόπουλος, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν ο εισηγητής Χρήστος Κανελλόπουλος και η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων, Χριστίνα Καξιρή, οι οποίοι αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη της Αρχής.

Ερώτημα: Το με αριθμ. 123662/1628/23-4-2018 έγγραφο της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδος (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2232/24-4-2018) .

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, για προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011 για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων Θέρμανσης, Κίνησης και Λιπαντικών» προϋπολογισμού € 86.202,83 χωρίς Φ.Π.Α., ή € 106.891,50 με Φ.Π.Α., για τις ανάγκες των υπηρεσιών της Περιφερειακής Ενότητας Ηλείας, σε συνέχεια 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 με αριθμ. πρωτ. 331238/5922/6-12-2017 Διακήρυξη με α/α Συστήματος 50668 (ΑΔΑΜ: 17PROC002383053 2017-12-08) η Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδος διενήργησε ηλεκτρονικό, ανοικτό, μειοδοτικό διαγωνισμό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων Θέρμανσης, Κίνησης και Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης έως του ποσού των € 86.202,83 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 106.891,50 συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. για το έτος 2018 με δυνατότητα παράτασης έως και τρεις μήνες πριν τη λήξη της σύμβασης και με τους ίδιους όρους, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στην ως άνω διακήρυξη. Η σύμβαση υποδιαιρέθηκε σε δύο (2) Τμήματα, υγρών καυσίμων και λιπαντικών και ως κριτήριο κατακύρωσης ορίστηκε **α)** το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης (πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής) επί της Μέσης Ημερήσιας Λιανικής Τιμής Πώλησης της Περιφερειακής Ενότητας Ηλείας, για κάθε είδος καυσίμου και **β)** η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για το τμήμα των λιπαντικών. Ειδικότερα:

Α.Α.	ΤΜΗΜΑΤΑ	ΠΟΣΟΤΗΤΑ (lit)	ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΣΕ € ΜΕ Φ.Π.Α.
1	ΚΑΥΣΙΜΑ		84.942,75
1/1	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	27.000	26.514,00
1/2	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΚΙΝΗΣΗΣ	43.000	55.685,00
1/3	ΑΜΟΛΥΒΔΗ BENZΙΝΗ	15.000	23,130,00
	ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΑΞΙΑ ΤΜΗΜΑΤΟΣ		105.329,00
2	ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ		
2/1	Λάδι τύπου Diesel SAE 20W/50 (σε συσκευασία 5 λίτρων)	100	560,00
2/2	Λάδι Hydraulic ISO 68 (σε συσκευασία 20 λίτρων)	40	174,00
2/3	Γράσο EP 2 (σε συσκευασία 4 λίτρων)	60	372,00
2/4	Λάδι ATF (σε συσκευασία 1	25	172,50

	λίτρου)		
2/5	Αντιψυκτικό (σε συσκευασία 4 λίτρων)	40	200,00
2/6	Υγρά φρένων DOT 4	10	69,00
2/7	Στουπί	15 (κιλά)	15,00
	ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΑΞΙΑ ΤΜΗΜΑΤΟΣ		1.260,08
	ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΜΕ Φ.Π.Α.		106.891,50

Προσφορές υποβάλλονταν για ένα ή περισσότερα τμήματα ή και για το σύνολο των τμημάτων και σε κάθε περίπτωση η υποβολή προσφοράς αφορά το σύνολο των ειδών του επιλεγόμενου τμήματος. Ανάδοχος θα ανακηρυσσόταν ο οικονομικός φορέας που θα προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για κάθε Τμήμα. Η Σύμβαση είχε διάρκεια έως 31-12-2018 με δυνατότητα παράτασης έως τρεις μήνες χωρίς υπέρβαση του προϋπολογισμού. Υπήρχε η δυνατότητα υποβολής προσφορών με αρνητικό ποσοστό έκπτωσης έως 5%. Ως ημερομηνία έναρξης προσφορών ορίστηκε η 11η Δεκεμβρίου 2017, ώρα 17:00 και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr, ορίστηκε η 5η Ιανουαρίου 2018, ώρα 15:00. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 11η Ιανουαρίου 2018, ώρα 10:00 π.μ. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 50668 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 11η Δεκεμβρίου 2017.

Στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «*Η σύμβαση θα ανατεθεί με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της τιμής και ειδικότερα το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις % στην νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής εκάστου είδους καυσίμου (βενζίνη αμόλυβδη, πετρέλαιο κίνησης, πετρέλαιο θέρμανσης) στο Νομό Ηλείας, όπως αυτή ορίζεται στο Παρατηρητήριο Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας.*». Επιπρόσθετα, στο άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «*Ο κάθε διαγωνιζόμενος μπορεί να προσφέρει διαφορετικό ποσοστό έκπτωσης για κάθε είδος καυσίμου.*».

Στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «*... Το ανωτέρω ποσοστό μπορεί να είναι αρνητικό, χωρίς να υπερβαίνει το 5%.*». Επίσης, στο άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «*Ως απαράδεκτες θα απορρίπτονται οι προσφορές στις οποίες ... γ) η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης που καθορίζεται και τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή στη παρούσα διακήρυξη. Οι αναγραφόμενες ποσότητες ανά είδος είναι ενδεικτικές και προέρχονται από εκτίμηση σε τάξη μεγέθους. Η Αναθέτουσα Αρχή, λόγω της φύσης της προμήθειας, δύναται να προμηθευτεί μεγαλύτερο ή χαμηλότερο αριθμό ποσοτήτων από τις αναγραφόμενες στο Υπόδειγμα Οικονομικής Προσφοράς, στα όρια του ποσού της σύμβασης.*».

Στο άρθρο 6.2.1 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «*Η παράδοση των καυσίμων για τη κίνηση των αυτοκινήτων θα γίνεται στα πρατήρια του προμηθευτή. Τα πρατήρια διανομής καυσίμων κίνησης θα πρέπει να βρίσκονται εντός εύλογης απόστασης από το κτίριο της Περιφερειακής Ενότητας Ηλείας, Μανωλοπούλου 47 στον Πύργο.*».

1.2 Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 6η Δεκεμβρίου 2017 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 8η Δεκεμβρίου 2017 (S 236 – 491426).

1.3 Περίληψη της Διακήρυξης δημοσιεύτηκε την 9η Δεκεμβρίου 2017 στις εφημερίδες «ΓΕΝΙΚΗ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ», «ΗΧΩ ΤΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ», «ΠΡΩΤΗ», «ΠΑΤΡΙΣ» και την 11η Δεκεμβρίου 2017 στην εφημερίδα «ΠΡΩΙΝΗ».

1.4 Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.pde.gov.gr.

1.5 Με το από 11-1-2018 Πρακτικό η Επιτροπή Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής - Τεχνικών Προσφορών εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας με την επωνυμία «Γ. ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗΣ Α.Ε.» για τα τμήματα 1 και 2 διότι από τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς, διαπιστώθηκε ότι α) η άδεια λειτουργίας πρατηρίου υγρών καυσίμων είχε εκδοθεί στην εταιρεία με την επωνυμία «ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ & ΣΙΑ Ε.Ε.» και β) το με αριθμ. 271467/14223/2-11-2017 έγγραφο, το οποίο κατατέθηκε ως άδεια λειτουργίας, ίσχυε έως την 2α Απριλίου 2018 και έφερε σχετική αναφορά στο ΣΤ.1 πεδίο αυτού ότι δεν επέχει θέση άδειας λειτουργίας και συνεπώς δεν πληρώθηκε η απαίτηση του άρθρου 2.4.3 της Διακήρυξης για υποβολή Άδειας Λειτουργίας πρατηρίου υγρών καυσίμων από την αρμόδια υπηρεσία.

1.6 Με την αριθμ. 67/19-1-2018 απόφαση η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδος ομόφωνα αποφάσισε να εγκρίνει το ανωτέρω από 11-1-2018 πρακτικό και να απορρίψει την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία “Γ.ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗΣ Α.Ε.” γιατί δεν υπεβλήθη σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 25-1-2018.

1.7 Εν συνεχεία, με την αριθμ. 307/2-3-2018 απόφαση η ως άνω Οικονομική Επιτροπή, κατά πλειοψηφία αποφάσισε να κηρύξει άγονο τον σχετικό διαγωνισμό καθώς υπεβλήθη μία μη κατάλληλη προσφορά από την εταιρεία “Γ. ΔΕΛΗΓΙΑΝΝΗΣ Α.Ε.” και να εγκρίνει τη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με την περίπτωση α΄ της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016.

1.8 Με το με αριθμ. 134925/2117/2-5-2018 έγγραφο η Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδος βεβαιώνει ότι δεν κατατέθηκαν ενστάσεις ή προδικαστικές προσφυγές σε κανένα στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας συμπεριλαμβανομένης της Διακήρυξης.

1.9 Κατόπιν των ανωτέρω, η Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδος, με το με αριθμ. 123662/1628/23-4-2018 έγγραφο, στο οποίο επισυνάπτεται σχέδιο Απόφασης, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την προμήθεια «Καυσίμων Κίνησης, Θέρμανσης και Λιπαντικών», προϋπολογισμού έως € 106.891,50 συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για το έτος 2018, σύμφωνα με τις διατάξεις της περίπτωσης α΄ της παραγράφου 2 του άρθρου 32, λόγω κήρυξης του διαγωνισμού άγονου.

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 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 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. 2342/2015 της Επιτροπής, ο οποίος ίσχυε κατά την ημερομηνία της προκήρυξης της διαγωνιστικής διαδικασίας τα κατώτατα όρια ίσχυαν, από 1/1/2016 έως 31/12/2017.

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 προαίρεσης 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. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας και Ανάπτυξης και Οικονομικών εξειδικεύονται οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρούσας παραγράφου. Με διαπιστωτική πράξη του καθ' ύλην αρμόδιου Υπουργού ή του Διοικητή ή του Προέδρου για τις Ανεξάρτητες Διοικητικές Αρχές ορίζονται οι ανεξάρτητες επιχειρησιακές μονάδες των φορέων της Γενικής Κυβέρνησης που πληρούν τα κριτήρια, τους όρους και τις προϋποθέσεις του παρόντος άρθρου. 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. [...].».

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. (...)

6. Η διάταξη της περίπτωσης α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη της περίπτωσης α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 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. Μη κατάλληλη θεωρείται μία προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. Μη κατάλληλη θεωρείται μία αίτηση συμμετοχής όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77. ".

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

7. Το υπό εξέταση αίτημα της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδος αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας με την έννοια της διάταξης της περίπτωσης 8 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη της περίπτωσης 8 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας προϋπολογισθείσας αξίας € 86.202,83 χωρίς Φ.Π.Α., πρέπει να διερευνηθεί εάν 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. Σύμφωνα με την με αριθμ. 304187/563/13-11-2017 Απόφαση (ΑΔΑ:69ΒΖ7Λ6-ΖΕΝ) του Περιφερειακού Συμβουλίου Δυτικής Ελλάδος, περί «Έγκρισης του Ετήσιου Προγράμματος Προμηθειών της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδος 2018» οι εγκεκριμένες πιστώσεις για την προμήθεια Καυσίμων και Λιπαντικών ανέρχονται στο ποσό των € 516.129,03 χωρίς Φ.Π.Α., και ως εκ τούτου συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή σύμφωνης γνώμης.

8. 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 10^{ης} Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, 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, της 10^{ης} Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14^{ης} Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14^{ης} Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2^{ης} 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).

9. Στην προκείμενη περίπτωση η Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδος επικαλείται ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της, τις διατάξεις του άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση α'. Ωστόσο, η Αρχή έχουσα δικαίωμα υπαγωγής στην ορθή νομική βάση, με βάση τα πραγματικά περιστατικά που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, κρίνει ότι στην προκείμενη περίπτωση τυγχάνει εξέτασης η διάταξη του άρθρου 26, παράγραφος 2, περίπτωση β' του ν. 4412/2016.

Ειδικότερα, επισημαίνεται ότι η διάταξη της περίπτωσης α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, προϋποθέτει τη μη υποβολή προσφοράς ή την υποβολή ακατάλληλης προσφοράς. Κατά τη ρητή διατύπωση του ως άνω άρθρου *“Μη κατάλληλη θεωρείται μία προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης.”*

Κατά την έννοια της ως άνω διάταξης η μη καταλληλότητα προσφορών αφορά σε περιπτώσεις πλημμελειών ουσίας, ιδιαίτερα σοβαρών ελλείψεων των προσφορών, οι οποίες φανερώνουν ότι κατ' ουσίαν η αγορά δεν ανταποκρίθηκε στην προς ανάθεση σύμβαση έτσι όπως αυτή προδιαγράφηκε στα τεύχη του διαγωνισμού από την αναθέτουσα αρχή. Συναφώς επισημαίνεται ότι σύμφωνα με σχετική νομολογία (ΕΣ/Τμ. VI 3558/2009, 44/2007), μη κατάλληλες θεωρούνται γενικά οι προσφορές που δεν έχουν καμία σχέση με τη σύμβαση, δηλαδή το περιεχόμενό τους δεν εναρμονίζεται με τις απαιτήσεις της σύμβασης και είναι ασύμβατο με τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και, ως εκ τούτου, δεν μπορούν να ικανοποιήσουν τις εν λόγω ανάγκες (βλ. σχετ. Αποφάσεις 51/2015, 328/2014 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.).

Περαιτέρω με βάση τη διάταξη της περίπτωσης β' της παραγράφου 2 του άρθρου 26 του ίδιου ως άνω νόμου: "3. Μη κανονικές προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα:

α) όσες δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης,

[...] 4. Απαράδεκτες προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα:

α) όσες υποβάλλονται από προσφέροντες οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα και

β) [...]

Περαιτέρω, σημειώνεται ότι 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.

Κατά συνέπεια, στην κρινόμενη περίπτωση, σύμφωνα με τα προσκομιζόμενα έγγραφα και από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της διάταξης της περίπτωσης α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, η οποία προϋποθέτει την μη υποβολή ή υποβολή ακατάλληλης προσφοράς, καθώς υποβλήθηκε μία (1) προσφορά για το σύνολο των τμημάτων της σύμβασης, πλην όμως δεν υπεβλήθη σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης καθώς, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου δεν ήταν σύμφωνη με την απαίτηση του άρθρου 2.4.3 της Διακήρυξης, η οποία επιτάσσει υποβολή άδειας λειτουργίας πρατηρίου υγρών καυσίμων από την αρμόδια υπηρεσία.

Συνεπώς, πρόκειται για μη κανονική-απαράδεκτη προσφορά κατά την έννοια της περίπτωσης β' της παραγράφου 2 του άρθρου 26, σε συνδυασμό με τις παραγράφους 3 και 4 του ίδιου άρθρου.

10. Ειδικότερα:

Η εφαρμογή της διάταξης της περίπτωσης β' της παραγράφου 2 του άρθρου 26 του ν. 4412/2016, βάσει της οποίας οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, με δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, προϋποθέτει:

α) Να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία.

β) Να έχουν υποβληθεί κατά την ανωτέρω (υπό σημείο α) νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις.

Επισημαίνεται ότι σχετικά με την υπό σημείο α) προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής 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 προηγηθέντα αυτής διαγωνισμό, με συνέπεια η μη νομιμότητα της υποκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας να καθιστά παρακολουθηματικά παράνομη στο σύνολό της και τη συγκεκριμένη διαδικασία(ΕΣΠράξη 215/2012 Κλιμάκιο Ζ', ΕΣ-Αποφ. VI Τμ. 466/2011, 1249/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013, ΕΣ 98/2013 Κλιμάκιο ΣΤ').

11. Εν προκειμένω, από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου της υπό κρίση υπόθεσης, προκύπτουν τα ακόλουθα:

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

A. Όπως έχει αναφερθεί ανωτέρω (Πίνακας 1.1 στο Ιστορικό) το τμήμα των Καυσίμων αποτελείται από τρία είδη. Επιπλέον, στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: *«Η σύμβαση θα ανατεθεί με κριτήριο τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της τιμής και ειδικότερα το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις % στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής εκάστου είδους καυσίμου (βενζίνη αμόλυβδη, πετρέλαιο κίνησης, πετρέλαιο θέρμανσης) στο Νομό Ηλείας, όπως αυτή ορίζεται στο Παρατηρητήριο Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας.»*. Επιπρόσθετα, στο άρθρο 2.4.4 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: *«Ο κάθε διαγωνιζόμενος μπορεί να προσφέρει διαφορετικό ποσοστό έκπτωσης για κάθε είδος καυσίμου.»*.

Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι παρότι δεν υπάρχει ρητός όρος στη διακήρυξη που να αναφέρεται στον τρόπο αξιολόγησης προσφορών, η συνολικά χαμηλότερη προσφορά θα προκύψει από το άθροισμα των γινομένων του ποσοστού έκπτωσης για κάθε είδος καυσίμου με την τιμή αναφοράς (ενδεικτική τιμή) και με την αντίστοιχη ποσότητα. Ωστόσο, στο Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς που αφορά στο τμήμα των καυσίμων δεν αναφέρεται η ενδεικτική τιμή κάθε είδους όπως επίσης δεν υπάρχει ξεχωριστή γραμμή για την συνολική προσφερόμενη τιμή και για τα τρία είδη του τμήματος, δυνατότητα που παρέχεται, όμως, κατά την ηλεκτρονική υποβολή της προσφοράς.

B. Όσον αφορά τον όρο 6.2.1 της Διακήρυξης σύμφωνα με τον οποίο ορίζεται ότι: *«Η παράδοση των καυσίμων για τη κίνηση των αυτοκινήτων θα γίνεται στα πρατήρια του προμηθευτή. Τα πρατήρια διανομής καυσίμων κίνησης θα πρέπει να βρίσκονται εντός εύλογης απόστασης από το κτίριο της Περιφερειακής Ενότητας Ηλείας, Μανωλοπούλου 47 στον Πύργο»*, η Αρχή επισημαίνει ότι σύμφωνα με πάγια νομολογία και κατ' εφαρμογή της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων, όλοι οι όροι και λεπτομέρειες της διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων ώστε να επιτρέπεται στους ενδιαφερομένους να τους κατανοούν πλήρως και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (απόφαση Δ.Ε.Κ. της 29ης Απριλίου 2014, C496/99, Επιτροπή κατά Cas Succhi di frutta, βλ. Επίσης Ε.Α. 842/2010, 603/2009, 1015/2009) και ως εκ τούτου θα πρέπει να αποφεύγεται η χρήση φράσεων που ενδεχομένως δημιουργούν ασάφεια και χρήζουν αξιολογικής κρίσης όπως "εύλογη απόσταση". Προς βελτίωση δε του σχετικού όρου θα μπορούσε να εξεταστεί η εξής διατύπωση: *«Τα καύσιμα κίνησης θα παραδίδονται σε πρατήρια υγρών καυσίμων που βρίσκονται εντός των γεωγραφικών ορίων της πόλης του Πύργου»*.

Κατόπιν των ανωτέρω, κρίνεται ότι παρά τη σχετική αοριστία των ως άνω όρων της διακήρυξης, δεν διαπιστώθηκαν ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες.

12. Εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων, διαπιστώνεται ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων της περίπτωσης β' της παραγράφου 2 του άρθρου 26 του ν. 4412/2016 για προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων Θέρμανσης, Κίνησης και Λιπαντικών» προϋπολογισθείσας αξίας έως του ποσού των € 86.202,83 χωρίς Φ.Π.Α., ή € 106.891,50 με Φ.Π.Α., για τις ανάγκες των υπηρεσιών της Περιφερειακής Ενότητας Ηλείας, με δημοσίευση προκήρυξης σύμβασης.

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. **ομόφωνα** αποφασίζει:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης, επί του αιτήματος της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδος, σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) ν. 4013/2011, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, κατά τη διάταξη της περίπτωσης β' της παραγράφου 2 του άρθρου 26 του ν. 4412/2016, για τη σύναψη ανάθεση δημόσιας σύμβασης προμήθειας «Καυσίμων Θέρμανσης, Κίνησης και Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας αξίας έως του ποσού των € 86.202,83 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 106.891,50 συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. για το έτος 2018, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 11 Μαΐου 2018

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

**Ο Αναπληρωτής Πρόεδρος
Μιχαήλ Εκατομμάτης**