



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΓΝΩΜΗ

Δ51/ 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 18η Μαΐου 2018, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ., και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 (5ος όροφος), 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. Χριστίνα Μπουσουλέγκα - Προεδρεύουσα** (Αντιπρόεδρος)
- 2. Μαρία Στυλιανίδου** (Μέλος)
- 3. Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης** (Μέλος)
- 4. Δημήτριος Σταθακόπουλος** (Μέλος)

Ο Πρόεδρος της Αρχής Γεώργιος Καταπόδης απουσίασε λόγω δικαιολογημένου κωλύματος. Τα λοιπά τακτικά και αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν.

Γραμματέας: Μαρία Αντωνοπούλου, ΠΕ Διοικητικού-Οικονομικού

Εισηγητής: Δρ Δημήτριος Θεοδωράς, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν ο εισηγητής, Δρ. Δημήτριος Θεοδωράς καθώς και η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών, κ. Χριστίνα Καξιρή, οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

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 ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων & Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 205.645,16 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες της **ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας**, σε συνέχεια

εν μέρει άγονου, ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)

1. Με το αριθμ. οικ.121535/1611/19-4-2018 έγγραφο της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας/ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2204/23-4-2018), ζητείται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγματεύσεως σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του
- N. 4013/2011 για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων & Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 205.645,16 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες της ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).**

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

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

2.1 Με την αριθμ. 329259/4479/5-12-2017 Διακήρυξή του (ΑΔΑΜ: 17PROC002357429 2017-12-5), η Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδας/ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων & Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 255.000,00 με Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Ειδικότερα στην οικονομική προσφορά δίνεται το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό % στην τιμή των προσφερόμενων ειδών, βάσει των ενδεικτικών τιμών αναφοράς. Το ανωτέρω ποσοστό μπορεί να είναι και αρνητικό, χωρίς να υπερβαίνει το 5%. Κάθε διαγωνιζόμενος μπορεί να προσφέρει διαφορετικό ποσοστό έκπτωσης για κάθε είδος. Η Σύμβαση είχε διάρκεια 12 μήνες. Ως ημερομηνία έναρξης ορίστηκε η 5η Δεκεμβρίου 2017 και ώρα 7:00 και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr, ορίστηκε η 25η Δεκεμβρίου 2017 και ώρα 22:00. Ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών του διαγωνισμού ορίστηκε η 29η Δεκεμβρίου 2017 και ώρα 09:00. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 47931 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 5η Δεκεμβρίου 2017. Στον παρακάτω πίνακα παρουσιάζεται το αντικείμενο του διαγωνισμού που περιλαμβάνει ένα (1) τμήμα.

ΠΕ ΑΙΤΩΛΟΑΚΑΡΝΑΝΙΑΣ	ΛΙΤΡΑ	ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΗ ΤΙΜΗ ΑΝΑΦΟΡΑΣ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ
ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	39.760	0,811
ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΚΙΝΗΣΗΣ	63.000	1,064
BENZINΗ	52.500	1,256
ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ	10.000	4,032

- 2.2** Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 25η Νοεμβρίου 2017 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 28η Νοεμβρίου 2017 (S 228 – 474749).

- 2.3 Περίληψη της Διακήρυξης (329259/4479/2017/5-12-2017) δημοσιεύτηκε την 7η Δεκεμβρίου 2017 στις εφημερίδες «ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ & ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ», «ΕΘΝΙΚΗ ΗΧΩ», και «ΣΥΝΕΙΔΗΣΗ».
- 2.4 Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.pde.gov.gr και στο ΚΗΜΔΗΣ την 5η Δεκεμβρίου 2017.
- 2.5 Με το από 29-12-2017 Πρακτικό της, η Επιτροπή του Διαγωνισμού κήρυξε τον διαγωνισμό άγονο καθότι κανένας προμηθευτής δεν είχε υποβάλλει προσφορά.
- 2.6 Με την αριθμ. 739/2018 (ορθή επανάληψη της 65/2018) Απόφασή (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη) της , η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας/ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας ενέκρινε το από 29-12-2017 Πρακτικό, κήρυξε άγονο τον διαγωνισμό και ενέκρινε την αποστολή του φακέλου στην ΕΑΑΔΗΣΥ προκειμένου να λάβει τη σύμφωνη γνώμη της για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης.
- 2.7 Με το αριθμ. 131389/1731/27-4-2018 έγγραφό της, η Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδας/ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας βεβαιώνει ότι δεν ασκήθηκαν Ενστάσεις, Προσφυγές ή Ένδικα Μέσα κατά του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της Διακήρυξης.
- 2.8 Κατόπιν των ανωτέρω, η Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδας ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας με το προαναφερόμενο έγγραφό της, 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 & Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 205.645,16 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες της ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας, για τα οποία δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.**

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

3. 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. [...]».
4. 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 τα κατώτατα όρια ισχύουν, από 1/1/2016 έως 31/12/2017.

5. 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 προαίρεσεως 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. [...]».
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.[...]».
7. Το άρθρο 32, του Ν. 4412/2016 (Α' 147), το οποίο ενσωματώνει τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζει ότι: «1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. 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 αίτημά της. Μη κατάλληλη θεωρείται μια 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. [...]».
8. Το άρθρο 59 του ν. 4412/2016 ορίζει: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να αναθέτουν μια σύμβαση υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων και μπορούν να προσδιορίζουν το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων αυτών.

Εξαιρουμένων των συμβάσεων οι οποίες έχουν διαιρεθεί υποχρεωτικά, σύμφωνα με την παρ. 4, οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τους βασικούς λόγους της απόφασής τους να μην διαιρέσουν μία σύμβαση σε τμήματα, στοιχείο που περιλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης ή στην ειδική έκθεση του άρθρου 341.”

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”.

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

10. Το υπό εξέταση αίτημα της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας/ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης βάσει της παραγράφου 2, περίπτωση α' του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.
11. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης, πρέπει να εξεταστεί εάν συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής αφού ο προϋπολογισμός υπολείπεται του κατώτατου ορίου των € 209.000,00 το οποίο ίσχυε για τις μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές κατά το χρόνο προκήρυξης του διαγωνισμού. Σημειωτέον ότι από 01-01-2018 τα ως άνω όρια ανέρχονται, σύμφωνα με τον Εκτελεστικό Κανονισμό (ΕΕ) αριθμ. 2017/2365 στο ποσό των € 221.000,00.
12. Από τις προαναφερόμενες διατάξεις συνάγεται σαφώς ότι η Αρχή επιλαμβάνεται των περιπτώσεων προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με το άρθρο 32 του Ν. 4412/2006, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν λόγω της εκτιμώμενης αξίας και του αντικειμένου τους στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011 που διέπει τη γνωμοδοτική αρμοδιότητα της Αρχής.
13. Προκειμένου να διαπιστωθεί η ως άνω αρμοδιότητα της Αρχής, εξετάζεται κατωτέρω η συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με τον τρόπο υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 6 του ίδιου Νόμου. Σύμφωνα με την παράγραφο 9, άρθρο 6 του Ν. 4412/2016, 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. Σκοπός του Ενωσιακού Νομοθέτη ήταν να διασφαλίσει ότι θα δίνεται αντίστοιχη δημοσιότητα στις προμήθειες που είναι εύλογο να ενοποιηθούν σε μια διαδικασία (διαγωνισμό – σύμβαση). Σε κάθε περίπτωση, η παράγραφος 3 του άρθρου 6 του Ν. 4412/2016 ρητά προβλέπει ότι καμία σύμβαση προμήθειας ή υπηρεσίας δεν επιτρέπεται να κατατμηθεί, προκειμένου να αποφευχθεί η εφαρμογή των διατάξεων του Νόμου.

14. Ως ομοειδή / ομοιογενή προϊόντα θεωρούνται αυτά που κατά τις συναλλακτικές αντιλήψεις και ήθη συνιστούν μερικότερες κατηγορίες του αυτού αγαθού και για τα οποία η ίδια κατηγορία προμηθευτών ενδιαφέρεται να διεξαχθεί ενιαία διαδικασία (βλ. Γνμδ. ΝΣΚ 80/2004). Ως κριτήριο για τον ομοειδή / ομοιογενή χαρακτήρα της προμήθειας κατά τη θεωρία και νομολογία λαμβάνεται υπόψη η άμεση τεχνική και οικονομική λειτουργία της σύμβασης, ήτοι η φύση της ανάγκης που εξυπηρετείται μέσω αυτής.
15. Υπό αυτήν την έννοια, δεν είναι επιτρεπτή η κατάτμηση μιας προμήθειας ομοιογενών ή ομοειδών κατηγοριών αγαθών σε περισσότερες, όταν από τεχνική και ουσιαστική άποψη όχι μόνο μπορούν, αλλά και επιβάλλεται, για το οικονομοτεχνικώς άρτιο και συμφέρον της προμήθειας, να αποτελέσουν αντικείμενο ενιαίας διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. Γνμδ. ΝΣΚ 266/2009). Εξ' αντιδιαστολής προκύπτει ότι, όταν πρόκειται για προμήθεια ανόμοιων αγαθών, είναι νομικά επιτρεπτή η διενέργεια αυτοτελών διαδικασιών ανάθεσης για κάθε επιμέρους προμήθεια.
16. Η Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδας/ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας επισυνάπτει στο αίτημά της την απόφαση 173/9-11-2017 του Περιφερειακού Συμβουλίου με θέμα "Έγκριση του ετήσιου προγράμματος προμηθειών της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας 2018" (ΑΔΑ: 69ΒΖ7Λ6-ΖΕΝ) όπου εγκρίνεται η αναγκαιότητα διενέργειας δαπάνης € 507.000,00 για την ανάγκη προμήθειας καυσίμων και λιπαντικών ΚΑΕ 1511 και € 133.000,00 για την ανάγκη προμήθειας καυσίμων θέρμανσης ΚΑΕ 1512, συνεπώς το ύψος της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης ανέρχεται σε € 640.000,00 με Φ.Π.Α ή € 516.129,03 χωρίς Φ.Π.Α.
17. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για τη διατύπωση σύμφωνης γνώμης για την αιτούμενη σύμβαση, κατά τις διατάξεις της υποπερίπτωσης δδ', περίπτωση γ', παράγραφος 2 του άρθρου 2 του Ν. 4013/2011 όπως ισχύει, καθώς το ύψος του συνολικού προϋπολογισμού για την κατηγορία δαπάνης των ομοειδών προϊόντων/υπηρεσιών «*Προμήθεια Καυσίμων και Λιπαντικών*» ανέρχεται σε € 516.129,03 χωρίς Φ.Π.Α., οι οποίες υπερβαίνουν το κατώτατο όριο των € 209.000,00, το οποίο (κατώτατο όριο) εφαρμόζεται στην προκειμένη περίπτωση, καθώς η Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδας/ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας δεν περιλαμβάνεται στις Κυβερνητικές Αρχές του Παραρτήματος Ι του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, όπως αυτό ορίζεται στο άρθρο 5 του Ν. 4412/2016.
18. Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 32, παράγραφος 2, εδάφιο α', προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση, είναι: **α)** η νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή διαδικασία και **β)** η μη υποβολή προσφοράς, **γ)** η μη ουσιώδης τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης.

19. 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 συσταλτικής 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^{ας} 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).
20. Ειδικότερα δε, 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 παραγράφου 2, εδάφιο α' του άρθρου 32, 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 (ΕΣ - Πράξη 215/2012-Ζ' Κλιμάκιο, ΕΣ - Αποφ. VI Τμ. 1249/2011, 466/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).
21. Ως προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται ότι η Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδας /ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας

«Καυσίμων & Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 205.645,16 χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Στην εν λόγω Διακήρυξη τηρήθηκαν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας και τηρήθηκε η ελάχιστη προθεσμία υποβολής προσφορών του αρ. 27 ν. 4412/2016. Όσον αφορά τους όρους της διακήρυξης και τη συμμετοχή στον διαγωνισμό επισημαίνεται ότι από τα στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει αιτιολόγηση για το μη διαχωρισμό της σύμβασης σε τμήματα, ενώ αυτή επιτάσσεται στο άρθρο 59 του ν. 4412/2016. Ωστόσο, η ομαδοποίηση των δύο ειδών (καύσιμα και λιπαντικά), η οποία αφορά προϊόντα που παγίως έχουν κριθεί ως ομοειδή (βλ. i.a. Ε.Σ. Τμ VII1834/2010) και η θέσπιση υποχρέωσης των υποψηφίων προμηθευτών να υποβάλουν προσφορά για όλα τα είδη της ομάδας, δεν μπορεί, παρά την έλλειψη της αναγκαίας προς τούτο αιτιολόγησης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, να θεωρηθεί ότι εισήγαγε στη διαγωνιστική διαδικασία αθέμιτο περιορισμό του ανταγωνισμού. Και τούτο, διότι, πέραν του ότι αποτελεί τη μόνη διαπιστωθείσα πλημμέλεια της εξεταζόμενης αρχικής διαδικασίας, σε κάθε περίπτωση δεν παρατηρούνται ούτε κατά το συμβατικό της αντικείμενο ούτε κατά τους όρους της Διακήρυξης τέτοιες διαγωνιστικές συνθήκες που να την καθιστούν ουσιώδη πλημμέλεια. Εξ άλλου, ο ανωτέρω κρίσιμος όρος δεν επιφέρει αυτόματο αποκλεισμό συγκεκριμένης κατηγορίας οικονομικών φορέων, δηλαδή αυτών που δραστηριοποιούνται στην εμπορία ενός μόνο είδους, αφού αυτοί δύνανται να συμπράξουν με άλλους προμηθευτές για την υποβολή προσφοράς (βλ. σκέψη 6 της Ε.Σ. Τμ VI 528/2018.). Επομένως ο σχετικός όρος δεν κατέστησε πλημμελή την ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία. Πάντως, επισημαίνεται προς την αναθέτουσα αρχή, ότι η εν γένει τήρηση της διάταξης του άρθρου 59 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.

22. Ως προς την προϋπόθεση της μη υποβολής προσφορών, από το παραταθέν ιστορικό προκύπτει ότι με την Αριθμ. 739/2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας/ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας ενέκρινε το από 29-12-2017 Πρακτικό και κήρυξε άγονο τον διαγωνισμό προϋπολογισμού € 205.645,16 χωρίς Φ.Π.Α., για τα οποία δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά και ως εκ τούτου ζητά την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης.
23. Ως προς την προϋπόθεση της μη ουσιώδους τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης, στο υποβληθέν σχέδιο Απόφασής του, η ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προκειμένου να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.
24. **Μειοψήφισε η Αντιπρόεδρος Χ. Μπουσουλέγκα**, με το σκεπτικό ότι, αν και η μη υποδιαίρεση μίας σύμβασης σε τμήματα αυτή καθεαυτή και, περαιτέρω, η έλλειψη αιτιολογίας για την μη υποδιαίρεση αυτή, δεν δύνανται αυτές καθεαυτές να συνιστούν λόγους για τους οποίους η προηγηθείσα διαγωνιστική διαδικασία θα μπορεί να κρίνεται ως μη νόμιμη, ωστόσο, εξεταζόμενης ad hoc της επίπτωσης που έχει η μη υποδιαίρεση της εκάστοτε σύμβασης σε τμήματα στην ανάπτυξη ή μη επαρκούς επιπέδου ανταγωνισμού, βασίμως μπορεί να υποστηριχτεί ότι η συγκεκριμένη ομαδοποίηση (καυσίμων και λιπαντικών) είναι πιθανό να οδήγησε στο άγονο αποτέλεσμα της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου ότι παγίως τα είδη

αυτά (καύσιμα και λιπαντικά) ανατίθενται σε διακριτά τμήματα και ειδικώς για τα λιπαντικά υποβάλλονται σχετικές προσφορές, ενώ για τα καύσιμα κίνησης το αποτέλεσμα είναι άγονο.

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 της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας «Καυσίμων & Λιπαντικών», προϋπολογισμού € 205.645,16 χωρίς Φ.Π.Α, για τις ανάγκες της ΠΕ Αιτωλοακαρνανίας, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 18 Μαΐου 2018

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Η Αντιπρόεδρος

Χριστίνα Μπουσουλέγκα