



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ  
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΓΝΩΜΗ**

**Δ77/2018**

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

Στην Αθήνα σήμερα 1η Αυγούστου 2018, ημέρα Τετάρτη και ώρα 11:30 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45, όπου 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 :** Καταπόδης Γεώργιος
- 2. Μέλη :** Λουρίκας Δημήτριος, ( μέσω τηλεδιάσκεψης )  
Σταθακόπουλος Δημήτριος  
Στυλιανίδου Μαρία

Τα λοιπά τακτικά και αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν, λόγω δικαιολογημένου κωλύματος, ενώ δεν υπήρξε λόγος ελεύσεως των αναπληρωματικών μελών, λόγω καταφανούς απαρτίας των τακτικών μελών που προσήλθαν.

**Γραμματέας:** Ευσταθία Μαρκάτου

**Εισηγητής:** Χρήστος Κανελλόπουλος, Ε.Ε.Π. – Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη η κ. Χρ. Καξική Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία και αποχώρησε πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

**Θέμα:** Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας «Καυσίμων» προϋπολογισμού € 69.354,84 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Βύρωνα, σε συνέχεια εν μέρει άγονου άνω των ορίων ανοικτού διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.ΣΗ.ΔΗ.Σ.).

1. Με το αριθ. 16458/13-7-2018 έγγραφο του Δήμου Βύρωνα (αριθ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 3774/13-7-2018), ζητείται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011 για την προμήθεια «Καυσίμων» προϋπολογισμού € 69.354,84 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

## I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

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

- 2.1 Με την αριθ. 10984/21-5-2018 Διακήρυξή του, ο Δήμος Βύρωνα διενήργησε ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν.4412/2016, διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την προμήθεια «Καυσίμων και Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 658.129,03 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 816.080,00 με Φ.Π.Α. οικονομικών ετών 2018 - 2020, με κριτήριο κατακύρωσης **α)** το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης (πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής) επί της Μέσης Χονδρικής (Πετρέλαιο Κίνησης) ή Μέσης Λιανικής (Πετρέλαιο Θέρμανσης, Αμόλυβδη Βενζίνη) Τιμής Πώλησης της Περιφερειακής Ενότητας της έδρας του Αναδόχου, για τα Καύσιμα και **β)** την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για τα Λιπαντικά. Τα Τμήματα της Διακήρυξης ήταν τέσσερα (4):

ΤΜΗΜΑΤΑ	ΕΙΔΟΣ	ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ € ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.
1	ΠΕΤΡΕΛΕΙΟ ΚΙΝΗΣΗΣ	451.612,90
2	ΑΜΟΛΥΒΔΗ ΒΕΝΖΙΝΗ	69.354,84
3	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	116.193,55
4	ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ	<u>20.967,74</u>
<b>ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.</b>		<b>658.129,03</b>

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 είκοσι τέσσερις (24) μήνες. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr), ορίστηκε η 21η Ιουνίου 2018 και ώρα 15:00 μμ. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 27η Ιουνίου 2018 και ώρα 10:00 πμ. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 57757 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 23η Μαΐου 2018.

Στο άρθρο 2.4.4.3 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «*Το ενιαίο ποσοστό έκπτωσης για τα υγρά καύσιμα, υπολογίζεται επί της εκάστοτε πιστοποιούμενης μέσης χονδρικής*

(Μ.Χ.Τ) ή μέσης λιανικής (Μ.Λ.Τ.) πώλησης του είδους καυσίμου, όπως αυτή διαμορφώνεται από το Παρατηρητήριο Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας για τη συγκεκριμένη περιφερειακή ενότητα του Νομού στην οποία θα βρίσκεται η έδρα του αναδόχου, κατά την ημέρα παράδοσης αυτού του είδους καυσίμου.».

- 2.2 Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 21η Μαΐου 2018 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 23 Μαΐου 2018 (S 096 - 220356).
- 2.3 Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ: 7ΑΤ2Ω9Ε-ΕΜΤ) δημοσιεύτηκε την 24η Μαΐου 2018 στην εφημερίδα «ΘΡΙΑΣΙΟ», και την 26η Μαΐου στην εφημερίδα «ΧΤΥΠΟΣ».
- 2.4 Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο [www.dimosbyrona.gr](http://www.dimosbyrona.gr).
- 2.5 Με το αριθ. 15978/9-7-2018 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής, των Τεχνικών Προσφορών και των Οικονομικών Προσφορών πρότεινε: **α)** την αποδοχή και των πέντε (5) επιχειρήσεων

ΕΤΑΙΡΕΙΑ	ΤΜΗΜΑΤΑ
ΑΘΗΝΑ Δ. ΠΑΠΑΓΕΩΡΓΙΟΥ & ΣΙΑ Ε.Ε.	3
ΕΛΛΗΝΙΚΑ ΚΑΥΣΙΜΑ, ΟΡΥΚΤΕΛΑΙΑ Α.Β.Ε.Ε.	1
ΟΙΚΟΘΕΡΜΑΝΣΗ Ε.Π.Ε.	3, 4
ΙΜΠΕΞ Α.Β.Ε.Ε.Ε.	4
ΕΤΜΕΚΑΤ Α.Ε.	1

διότι οι προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης, **β)** την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για το Τμήμα 2 για το οποίο δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά και **γ)** την κατακύρωση των Τμημάτων για το οποία υποβλήθηκαν προσφορές στους μειοδότες όπως αυτοί εμφανίζονται στο εν λόγω Πρακτικό.

- 2.6 Με την αριθ. 296/12-7-2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Βύρωνα ενέκρινε το αριθ. 15978/2018 Πρακτικό. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 13-7-2018.
- 2.7 Με το αριθ. 17230/25-7-2018 έγγραφό του, ο Δήμος Βύρωνα βεβαιώνει ότι υποβλήθηκε, την 23<sup>η</sup> Ιουλίου 2018 στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, Προδικαστική Προσφυγή κατά της αριθ. 296/2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου που αφορά το Τμήμα 4 της Διακήρυξης. Εκτός της ανωτέρω δεν εκκρεμούν Ενστάσεις, Προδικαστικές Προσφυγές ή Ένδικα Μέσα κατά του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της Διακήρυξης.
- 2.8 Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Βύρωνα, με το προαναφερόμενο έγγραφό του, στο οποίο επισυνάπτεται σχέδιο Απόφασης, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια **διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την προμήθεια «Καυσίμων» προϋπολογισμού € 69.354,84 χωρίς Φ.Π.Α., οικονομικών ετών 2018 - 2020, χωρίς τροποποίηση της 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 αναθέτουσών 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. [...]».
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. 2365/2017 της Επιτροπής τα κατώτατα όρια αναθεωρήθηκαν από € 135.000,00 σε € 144.000,00 και από € 209.000,00 σε € 221.000,00 και ισχύουν, από 1/1/2018 έως 31/12/2019.
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 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. 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 συντημήσει 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 ουσιαστικά 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. [...]

### III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

8. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Βύρωνα, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης 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.
9. Δεδομένου ότι, πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας προϋπολογισμού € 69.354,84 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια ανοικτού άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016 διαγωνισμού προϋπολογισμού € 658.129,03 χωρίς Φ.Π.Α., συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή γνώμης σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει.
10. Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση 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 ουσιαστική τροποποίηση των αρχικών όρων της Σύμβασης.
11. 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 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33, της 8ης Απριλίου 2008, C- 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψεις 57-58, της 27ης Οκτωβρίου 2011, C - 601/10, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλ. 2011, I-00163, σκέψη 32).

12. Στην προκείμενη περίπτωση ο Δήμος Βύρωνα επικαλείται ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός του, τις διατάξεις του άρθρου 32, παράγραφος 2, εδάφιο α' του Ν 4412/2016, ήτοι τη μη υποβολή προσφορών για το τμήμα 2 «Αμόλυβδη Βενζίνη», κατόπιν διενέργειας ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμού.
13. Ειδικότερα δε, σχετικά με την υπό σημείο α) προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής διαδικασίας, παγίως έχει κριθεί ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2, περίπτωση 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). Σχετικά με την ως άνω προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι στον εν λόγω διαγωνισμό τηρήθηκαν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας και δεν διαπιστώθηκαν ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες στους όρους της υπό κρίσης διακήρυξης ικανές να πλήξουν τη νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Επισημαίνονται ωστόσο, τα εξής αναφορικά με τον όρο της Διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο το κριτήριο αξιολόγησης για τα Καύσιμα ήταν το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί της Μέσης Χονδρικής (Πετρέλαιο Κίνησης) ή Μέσης Λιανικής (Πετρέλαιο Θέρμανσης, Αμόλυβδη Βενζίνη) Τιμής Πώλησης της Περιφερειακής

Ενότητας της έδρας του Αναδόχου: Το γεγονός ότι στον εν λόγω διαγωνισμό το κριτήριο αξιολόγησης των προσφορών για κάθε είδος Καυσίμου δεν ήταν ενιαίο (η “τιμή αναφοράς” εξαρτάται από την εκάστοτε τυχαία Περιφερειακή Ενότητα του υποψηφίου αναδόχου) θα μπορούσε να οδηγήσει στη μη ορθή αξιολόγηση των προσφορών (λόγω μη συγκρισιμότητας των τελευταίων) και ως εκ τούτου στην καταστρατήγηση του όρου της Διακήρυξης για την επιλογή αναδόχου με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή, πλήττοντας τις αρχές του ανταγωνισμού. Ωστόσο, στην προκείμενη περίπτωση, καθορίστηκαν Τιμές Αναφοράς για την σύγκριση των προσφορών ενιαίες ανά είδος καυσίμου έτσι ώστε να είναι δυνατή η συμπλήρωση της ειδικής ηλεκτρονικής φόρμας προσφοράς του ΕΣΗΔΗΣ δίχως να τίθενται ως Τιμές Αναφοράς τιμές άλλων εδρών, πλην προφανώς της αναθέτουσας. Συνεπώς, επισημαίνεται ότι σκόπιμο είναι να τίθεται ως όρος της Διακήρυξης σε διαγωνισμούς Καυσίμων κριτήριο με περιεχόμενο που να επιτρέπει την σύγκριση των ποσοστών εκπτώσεων που προσφέρουν οι οικονομικοί φορείς και αποφεύγει τις στρεβλώσεις και κατά την τιμολόγηση και κατά την αποπληρωμή της σύμβασης, όπως είναι το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί της Μέσης είτε Λιανικής είτε Χονδρικής Τιμής Πώλησης του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγρών Καυσίμων, της Περιφερειακής Ενότητας όπου βρίσκεται η έδρα της Αναθέτουσας Αρχής. Με αυτό το κριτήριο: α) δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός, αφού μπορούν να λάβουν μέρος και οικονομικοί φορείς που έχουν την έδρα τους εκτός Περιφερειακής Ενότητας (Περιφέρειας, χώρας κλπ) της Αναθέτουσας Αρχής, β) υπάρχει ένα ενιαίο κριτήριο σύγκρισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, που είναι η Μέση Λιανική [ή χονδρική] Τιμή Πώλησης της Περιφερειακής Ενότητας όπου βρίσκεται η έδρα της Αναθέτουσας Αρχής και γ) εφαρμόζεται στην πράξη η διάταξη του άρθρου 63 του Ν. 4257/2014 που ορίζει ότι: «1. Το ποσοστό έκπτωσης που προβλέπεται στο άρθρο 41 του π.δ. 173/1990 και στο άρθρο 42 της υπ’ αριθμ. 11389/1993 απόφασης του Υπουργείου Εσωτερικών (ΕΚΠΟΤΑ), στους διαγωνισμούς πετρελαιοειδών, υπολογίζεται στη διαμορφούμενη, για έκαστο είδος, μέση τιμή της περιοχής, του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας, όπως αυτή ορίζεται στη διακήρυξη του διαγωνισμού [...]» [βλ. Γνώμη 88/2017 της Αρχής].

14. Ως προς την προϋπόθεση της μη ουσιώδους τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης: Από τα υποβληθέντα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι ο Δήμος Βύρωνα προτίθεται να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης για την προμήθεια καυσίμων [βενζίνης αμόλυβδης] συνολικού προϋπολογισμού € 69.354,84, χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες των υπηρεσιών του, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.
15. Κατόπιν των ανωτέρω διαπιστώνεται ότι προκύπτει η συνδρομή των προϋποθέσεων για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016.

#### **IV. Συμπέρασμα**

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, η Αρχή ομόφωνα αποφασίζει:

**Την παροχή σύμφωνης γνώμης** επί του αιτήματος του Δήμου Βύρωνα, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων» προϋπολογισμού € 69.354,84 χωρίς Φ.Π.Α., χωρίς Φ.Π.Α., λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

**Αθήνα, 1η Αυγούστου 2018**  
**ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ**  
**Ο Πρόεδρος**

**Καταπόδης Γεώργιος**