



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΓΝΩΜΗ
Δ89/ 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 **8η Αυγούστου 2018**, ημέρα **Τετάρτη** και ώρα **11:30 π.μ.**, και επί της οδού Κεφαλληνίας 45, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ - 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:

Πρόεδρος : Γεώργιος Καταπόδης
Δημήτριος Σταθακόπουλος (Μέλος)
Μαρία Στυλιανίδου (Μέλος)
Ερωφίλη Χριστοβασίλη (Μέλος)

Η αντιπρόεδρος και τα υπόλοιπα μέλη, καίτοι προσκληθέντα δεν προσήλθαν λόγω δικαιολογημένου κωλύματος, ενώ υφισταμένης απαρτίας, δεν υπήρξε λόγος προσελεύσεως των αναπληρωματικών μελών.

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

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

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστη η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων, κ. Χριστίνα Καξιρή, η οποία αποδεσμεύτηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

Ερώτημα: Το υπ' αριθμ. Πρωτ. 14734/19-07-2018 αίτημα του Δήμου Λευκάδας όπως συμπληρώθηκε με το από 02-08-2018 ηλεκτρονικό μήνυμα (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 4121/02-08-2018).

Θέμα: Διατύπωση σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας καυσίμων για τις ανάγκες του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών του Προσώπων προϋπολογισμού 346.193,00 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Με το υπ' αρ. Πρωτ. 14734/19-07-2018 αίτημά του προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή), που παρελήφθη την 20-07-2018 (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 3896), όπως συμπληρώθηκε με το από 02-08-2018 ηλεκτρονικό μήνυμα (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 4121/02-08-2018), ο Δήμος Λευκάδας αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν.4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας καυσίμων για τις ανάγκες του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών του Προσώπων, σε συνέχεια εν μέρει άγονου διαγωνισμού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016.

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

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

1.1 Με την υπ' αρ. 50/01-03-2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Λευκάδας εγκρίθηκε η σχετική μελέτη και καταρτίστηκαν οι όροι διακήρυξης του ανοικτού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 διαγωνισμού, με τίτλο: 'Προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για τις ανάγκες του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών του Προσώπων έτους 2018', συνολικού προϋπολογισμού 463.528,10 € με ΦΠΑ.

1.2 Σύμφωνα με την υπ' αρ. πρωτ. 4237/06-03-2018 διακήρυξη του προαναφερθέντος διαγωνισμού (ΑΔΑΜ: 18PROC002769195 2018-03-07) συνολικής εκτιμώμενης αξίας 463.528,12 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο διαγωνισμός αφορά στην προμήθεια υγρών καυσίμων (πετρελαίου κίνησης – βενζίνης αμόλυβδης - πετρελαίου θέρμανσης) και λιπαντικών για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών του Προσώπων (Δ.Ε.Π.Ο.Κ.Α.Λ., Σχολική Επιτροπή Α'θμιας και Β'θμιας Εκπαίδευσης) μέχρι 31-12-2018, με δυνατότητα

παράτασης ύστερα από σχετικό αίτημα του αναδόχου που υποβάλλεται υποχρεωτικά πριν τη λήξη του συμβατικού χρόνου, με την προϋπόθεση ότι δεν θα υπάρξει κατά το χρόνο της παράτασης υπέρβαση των ποσοτήτων που καθορίζονται στη διακήρυξη ως και περαιτέρω οικονομική επιβάρυνση του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων.

Κριτήριο κατακύρωσης ορίζεται η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά μόνο βάσει τιμής ανά Τμήμα ειδών ως εξής:

α) για την προμήθεια υγρών καυσίμων το μεγαλύτερο επί τοις εκατό (%) ποσοστό έκπτωσης στη μέση τιμή λιανικής πώλησης του είδους του καυσίμου κατά την ημέρα παράδοσης, όπως αυτή προσδιορίζεται από τη Δ/ση Παρατηρητήριου Τιμών & τιμοληψιών – Παρατηρητήριο τιμών υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας,

β) για την προμήθεια λιπαντικών η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής σε ευρώ επί του ενδεικτικού προϋπολογισμού.

1.3 Η εν λόγω προμήθεια χωρίζεται σε δύο (2) κατηγορίες, ως εξής:

Κατηγορία Ι: ΚΑΥΣΙΜΑ:

Ομάδα Α: 'Δημοτική Ενότητα Λευκάδας'

Υπο-ομάδα Α1: 'Δήμος Λευκάδας', π/υ 158.165,10 € πλέον ΦΠΑ

Υπο-ομάδα Α2: 'Δ.Ε.Π.Ο.Κ.Α.Λ.', π/υ 11.358,20 € πλέον ΦΠΑ

Υπο-ομάδα Α3: 'Σχολική Επιτροπή Α'θμιας Εκπαίδευσης', π/υ 32.760,00 € πλέον ΦΠΑ

Υπο-ομάδα Α4: 'Σχολική Επιτροπή Β'θμιας Εκπαίδευσης', π/υ 24.570,00 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα Β: 'Δημοτική Ενότητα Ελλομένου'

Υπο-ομάδα Β1: 'Δήμος Λευκάδας', π/υ 29.205,00 € πλέον ΦΠΑ

Υπο-ομάδα Β2: 'Δ.Ε.Π.Ο.Κ.Α.Λ.', π/υ 4.807,00 € πλέον ΦΠΑ

Υπο-ομάδα Β3: 'Σχολική Επιτροπή Α'θμιας Εκπαίδευσης', π/υ 8.190,00 € πλέον ΦΠΑ

Υπο-ομάδα Β4: 'Σχολική Επιτροπή Β'θμιας Εκπαίδευσης', π/υ 2.866,50 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα Γ: 'Δημοτική Ενότητα Απολλωνίων'

Υπο-ομάδα Γ1: 'Δήμος Λευκάδας', π/υ 27.941,00 € πλέον ΦΠΑ

Υπο-ομάδα Γ2: 'Δ.Ε.Π.Ο.Κ.Α.Λ.', π/υ 5.439,50 € πλέον ΦΠΑ

Υπο-ομάδα Γ3: 'Σχολική Επιτροπή Α'θμιας Εκπαίδευσης', π/υ 5.733,00 € πλέον ΦΠΑ

Υπο-ομάδα Γ4: 'Σχολική Επιτροπή Β'θμιας Εκπαίδευσης', π/υ 2.866,50 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα Δ: 'Δημοτική Ενότητα Σφακιωτών-Καρυάς'

Υπο-ομάδα Δ1: 'Δήμος Λευκάδας', π/υ 19.670,70 € πλέον ΦΠΑ

Υπο-ομάδα Δ2: 'Σχολική Επιτροπή Α'θμιας Εκπαίδευσης', π/υ 6.552,00 € πλέον ΦΠΑ

Υπο-ομάδα Δ3: 'Σχολική Επιτροπή Β'θμιας Εκπαίδευσης', π/υ 3.685,50 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα Ε: 'Δημοτικές Ενότητες Καλάμου-Καστού'

Υπο-ομάδα E1: 'Δήμος Λευκάδας', π/υ 1.156,00 € πλέον ΦΠΑ

Υπο-ομάδα E2: 'Σχολική Επιτροπή Α'θμιας Εκπαίδευσης', π/υ 1.227,00 € πλέον ΦΠΑ

Κατηγορία II: ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ π/υ 27.620,00 € πλέον ΦΠΑ

Κάθε διαγωνιζόμενος μπορεί να συμμετέχει στο διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά σε μία ή περισσότερες ή όλες τις κατηγορίες, σε μία ή σε περισσότερες ή όλες τις ομάδες, σε μία ή περισσότερες ή σε όλες τις υπο-ομάδες του ενδεικτικού προϋπολογισμού, αλλά για το σύνολο των ειδών και ποσοτήτων της κάθε κατηγορίας ή ομάδας ή υποομάδας.

Για τα λιπαντικά θα δίνεται προσφορά για το σύνολο των ποσοτήτων.

Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται έως τις 31-12-2018.

Η Εγγύηση Συμμετοχής ορίζεται στο 1% επί του συνολικού προϋπολογισμού χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ΦΠΑ, ήτοι για το σύνολο της προμήθειας σε 3.738,13 €. Σε περίπτωση που κάποιος ενδιαφερόμενος υποβάλλει προσφορά για ορισμένα προϊόντα, θα προσκομίζει εγγύηση συμμετοχής, σε ποσό που να καλύπτει το ποσοστό που αναλογεί στην αξία του ελάχιστου αριθμού προϊόντων που προβλέπεται από τη διακήρυξη, τα οποία και προσφέρει και η κατακύρωση θα περιορίζεται στα προϊόντα που καλύπτονται από την εγγύηση.

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. 4238/06-03-2018) (ΑΔΑ: ΨΚΤ1ΩΛΙ-ΝΜ3) η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακήρυξης του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε.) την 07-03-2018 και δημοσιεύτηκε στις 09-03-2018. Συνακόλουθα, η περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στις εφημερίδες: 'ΤΑ ΝΕΑ ΤΗΣ ΛΕΥΚΑΔΑΣ και 'ΛΕΥΚΑΔΙΤΙΚΟΣ ΛΟΓΟΣ', (ημερ. Δημ. 09-03-2018). Περαιτέρω, αναρτήθηκε και στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής www.lefkada.gov.gr στις 13-03-2018. Η διακήρυξη αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) στις 07-03-2018.

Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο ΕΣΗΔΗΣ ορίστηκε η 12-04-2018, ενώ ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στο σύστημα ορίστηκε η 07-03-2018. Ως ημερομηνία ανοίγματος των προσφορών ορίστηκε η 19-04-2018.

2. Στις 19-04-2018 η Επιτροπή διαγωνισμού προέβη στην αποσφράγιση και έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, συντάσσοντας το σχετικό Πρακτικό. Σύμφωνα με αυτό κατατέθηκαν τρεις (3) προσφορές για την Κατηγορία II: 'Λιπαντικά' ενώ για την Κατηγορία I: 'Καύσιμα' δεν υπεβλήθη καμία προσφορά. Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή εισηγείται μεταξύ άλλων, προς την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Λευκάδας, όπως: '*.....αποβεί άγονος ο διαγωνισμός για την Κατηγορία I: 'Καύσιμα' διότι δεν κατατέθηκε καμία προσφορά....'*

2.1 Με την υπ' αρ. 137/15-05-2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Λευκάδας (ΑΔΑ: Ψ4ΩΞΩΛΙ-ΘΘ7), εγκρίθηκε το προαναφερθέν Πρακτικό, ως συντάχθηκε.

2.2 Με την υπ' αρ. 171/15-06-2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (ΑΔΑ: 6Η6ΨΩΛΙ-ΧΓ6), αποφασίστηκε: *‘.....να συμπληρωθεί η υπ' αρ. 137/15-05-2018 απόφασηκαι η Επιτροπή να αποφασίσει κατόπιν γνωμοδότησης της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού.....’.*

2.3 Στις 26-06-2018 η Επιτροπή διαγωνισμού συνεδρίασε εκ νέου και γνωμοδότησε ομόφωνα υπέρ: *‘...της ματαίωσης της διαδικασίας για την προμήθεια καυσίμων και την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση και με τους αρχικούς όρους της αρχικής διακήρυξης....’*, συντάσσοντας το σχετικό Πρακτικό.

2.4 Με την υπ' αρ. 186/26-06-2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (ΑΔΑ: 6049ΩΛΙ-ΩΦΞ), εγκρίθηκε το προαναφερθέν Πρακτικό και αποφασίστηκε μεταξύ άλλων ότι: *‘.....η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση και με τους αρχικούς όρους της αρχικής διακήρυξης θα γίνει μετά την έκδοση σύμφωνης γνώμης από την Αρχή...’.*

3. Με την υπ' αρ. πρωτ. 15600/01-08-2018 Βεβαίωση η αναθέτουσα αρχή βεβαιώνει ότι: *‘.....δεν έχει ασκηθεί ένδικο μέσο κατά της με αρ. 4237/06-03-2018 διακήρυξης τουδιαγωνισμού.....’.*

4. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Λευκάδας με το υπ' αρ. Πρωτ. 14734/12-07-2018 έγγραφο – αίτημά του, όπως συμπληρώθηκε με το από 02-08-2018 ηλεκτρονικό μήνυμα (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 4121/02-08-2018) και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα που υπέβαλε στην Αρχή, 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 ανάθεση σύμβασης καυσίμων για τις ανάγκες του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών του Προσώπων προϋπολογισμού 346.193,00 € 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 τροποποίηση των όρων του αρχικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αρ. Πρωτ. 4237/06-03-2018 διακήρυξη.

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 (Α147) 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 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 ίδιου νόμου ορίζει τα παρακάτω: “1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που πραγματοποιούνται από αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας αυτών, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο παρόν άρθρο. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης ή σύμβαση κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου είναι η απόκτηση, μέσω δημόσιας σύμβασης, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες 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 ίδιου 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”.

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθμ. 2365/2017 της Επιτροπής τα κατώτατα όρια για τις μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές αναθεωρήθηκαν από 01-01-2018 από 209.000 σε 221.000 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

9. Στο άρθρο 6 παρ. 1, 3 και 9 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: “Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν

παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. [...] 3. Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου. Η σύμβαση δεν 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. 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. Νομική Εκτίμηση

11. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Λευκάδας, 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 346.193,00 € χωρίς Φ.Π.Α., που αποτελεί τμήμα σύμβασης προϋπολογισμού 373.813,00 € € 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 συσταλτικής 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 Λευκάδας επικαλείται ρητά ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός του 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 Λευκάδας, με την υπ' αρ. πρωτ. 4237/06-03-2018 διακήρυξη (ΑΔΑΜ: 18PROC002769195 2018-03-07) προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοιχτό διεθνή διαγωνισμό άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, για την προμήθεια υγρών καυσίμων και λιπαντικών για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών του Προσώπων (Δ.Ε.Π.Ο.Κ.Α.Λ., Σχολική Επιτροπή Α΄θμιας και Β΄θμιας Εκπαίδευσης) μέχρι 31-12-2018. Η προμήθεια αφορούσε σε δύο (2) Κατηγορίες. Για την Κατηγορία II: 'Λιπαντικά' υπήρξαν τρεις προσφορές, ενώ για την Κατηγορία I: 'Καύσιμα' , ως περαιτέρω υποδιαιρείται σε ομάδες-υποομάδες (ανά δημοτική ενότητα-νομικά πρόσωπα), δεν κατατέθηκε καμία προσφορά.

Η ως άνω Διακήρυξη, για την οποία τηρήθηκαν οι απαιτούμενες κατά το νόμο διατυπώσεις δημοσιότητας, δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή του στο σχετικό διαγωνισμό, όπως προκύπτει από το προπαρατεθέν Ιστορικό.

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

Στο από 19-04-2018 Πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού το οποίο και εγκρίθηκε με την υπ' αρ. υπ' αρ. 186/26-06-2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Λευκάδας (ΑΔΑ: 6049ΩΛΙ-ΩΦΞ), απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Λευκάδας, η Επιτροπή γνωμοδοτεί όπως: *'.....αποθεί άγονος ο διαγωνισμός για την Κατηγορία I: 'Καύσιμα' διότι δεν κατατέθηκε καμία προσφορά...'*

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 σχέδιο απόφασης που αφορά τη διαπραγμάτευση και το οποίο επισυνάπτεται στο αίτημα του Δήμου Λευκάδας (βλ και Ιστορικό παρ. 2.4), δηλώνεται σαφώς ότι η διαπραγμάτευση: *'.....θα λάβει χώρα μετά τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής και χωρίς τροποποίηση των όρων του αρχικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αρ. Πρωτ. 4237/06-03-2018 διακήρυξη.....'*

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 εγγράφου αιτήματος του Δήμου Λευκάδας με αριθμ. Πρωτ. 14734/19-07-2018 που παρελήφθη την 20-07-2018 (αρ. Πρωτ. Εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ 3896), όπως συμπληρώθηκε με το από 02-08-2018

ηλεκτρονικό μήνυμα (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 4121/02-08-2018), με το οποίο αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν.4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας καυσίμων για τις ανάγκες του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών του Προσώπων, σε συνέχεια εν μέρει άγονου διαγωνισμού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων

Αθήνα 8 Αυγούστου 2018

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης