



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΓΝΩΜΗ
Δ104/2019**

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

ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την **16η Οκτωβρίου 2019, ημέρα Τετάρτη** και ώρα 9:30 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. Προεδρεύων: Αδάμ Καραγλάνης, Αντιπρόεδρος**
- 2. Μέλη: Δημήτριος Σταθακόπουλος
Δημήτριος Λουρίκας
Μαρία Στυλιανίδη
Ερωφίλη Χριστοβασίλη**

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

Γραμματέας: Μαρία Αντωνοπούλου, Π.Ε. 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 Θεοδωράς, η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων, κ. Αικατερίνη Θεοδωροπούλου καθώς και ο Αν. Προϊστάμενος της Διεύθυνσης Ελέγχου, κ. Ευάγγελος Καραμανλής 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 «Βενζίνη Αμόλυβδη», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 294.100,00 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του **Δήμου Πειραιά**.

1. Με το αριθμ. 56871/1516/1709/18-9-2019 έγγραφο του Δήμου Πειραιά (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 4908/19-9-2019), 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 ανάθεση προμήθειας «Βενζίνη Αμόλυβδη», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 294.100,00 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Πειραιά, 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. 620/7-6-2019 Διακήρυξή του (ΑΔΑΜ: 19PROC005104972 2019-06-12), ο Δήμος Πειραιά διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων & Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 3.230.588,60 χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό % επί της εκάστοτε διαμορφούμενης μέσης λιανικής τιμής πώλησης εκάστου είδους, όπως αυτή ανακοινώνεται από το παρατηρητήριο υγρών καυσίμων του Υπ. Ανάπτυξης & Ανταγωνιστικότητας. Η Σύμβαση είχε διάρκεια 24 μήνες από την ημερομηνία ανάθεσής της. Ως ημερομηνία έναρξης ορίστηκε η 20η Ιουνίου 2019 και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr, ορίστηκε η 18η Ιουλίου 2019 και ώρα 18:00. Ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών του διαγωνισμού ορίστηκε η 24η Ιουλίου 2019 και ώρα 10:00. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 491084 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 19η Ιουνίου 2019. Οι πίνακες ανά είδος προμήθειας αναφέρονται αναλυτικά στο παράρτημα της διακήρυξης του διαγωνισμού. Στον παρακάτω πίνακα συνοψίζεται το αντικείμενο του διαγωνισμού που περιλαμβάνει τέσσερις (4) ομάδες.

Α/Α ΟΜΑΔΑΣ	ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΕΙΔΟΥΣ	ΦΟΡΕΑΣ	ΠΟΣΟΤΗΤΑ	ΕΚΤΙΜΩΜΕΝΗ ΑΞΙΑ ΣΕ (€) ΕΚΤΟΣ ΦΠΑ	ΕΚΤΙΜΩΜΕΝΗ ΑΞΙΑ ΣΕ (€) ΜΕ ΦΠΑ (24%)	
A	A1α+A1β	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	ΔΗΜΟΣ ΠΕΙΡΑΙΑ	36.100 LT	39.710,00	49.240,40
	A2	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	Ο.Π.Α.Ν	4.010 LT	4.411,00	5.469,64

	A3	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	Α΄ΘΜΙΑ ΣΧ.ΕΠΙΤΡΟ ΠΗ	194.600 LT	214.060,00	265.434,40
	A4	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	Β΄ΘΜΙΑ ΣΧ.ΕΠΙΤΡΟ ΠΗ	230.000LT	253.000,00	313.720,00
B	B1+B2+B 3	ΑΜΟΛΥΒΔΗ BENZINΗ	ΔΗΜΟΣ ΠΕΙΡΑΙΑ	173.000 LT	294.100,00	364.684,00
Γ	Γ1	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΚΙΝΗΣΗΣ	ΔΗΜΟΣ ΠΕΙΡΑΙΑ	1.800.000 LT	2.250.000,00	2.790.000,00
	Γ2	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΚΙΝΗΣΗΣ	Ο.Π.Α.Ν	7.220 LT	9.025,00	11.191,00
Δ	Δ1+Δ2	ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ	ΔΗΜΟΣ ΠΕΙΡΑΙΑ	50.782 LT & 900KG ΓΡΑΣΟ	166.282,60	206.190,42
ΣΥΝΟΛΑ					3.230.588,60	4.005.929,86€

- 2.2** Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 10η Ιουνίου 2019 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 12η Ιουνίου 2019 (S 111–271374).
- 2.3** Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ: ΩΝΘΘΩΞΥ-8Σ2) δημοσιεύτηκε την 14/6/2019 και 20/6/2019 στις εφημερίδες «Ο ΗΜΕΡΗΣΙΟΣ ΔΗΜΟΤΗΣ» και «Η ΦΩΝΗ ΤΩΝ ΠΕΙΡΑΙΩΤΩΝ» αντίστοιχα.
- 2.4** Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.piraeus.gov.gr και στο ΚΗΜΔΗΣ την 12η Ιουνίου 2019.
- 2.5** Με το αριθμ. 1/24-7-2019 Πρακτικό, η Επιτροπή του Διαγωνισμού α) έκανε αποδεκτές τις προσφορές (Δικαιολογητικά συμμετοχής- Τεχνική προσφορά) των εταιριών PLUSOIL και ΟΙΚΟΘΕΡΜΑΝΣΗ ΕΠΕ για την ομάδα Α – Πετρέλαιο Θέρμανσης διότι οι προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης β) έκανε αποδεκτή την προσφορά (Δικαιολογητικά συμμετοχής- Τεχνική προσφορά) της εταιρίας ΕΛΛΗΝΙΚΑ ΚΑΥΣΙΜΑ ΑΒΕΕ για την ομάδα Γ – Πετρέλαιο Κίνησης διότι η προσφορά της ήταν σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης γ) έκανε αποδεκτές τις προσφορές (Δικαιολογητικά συμμετοχής- Τεχνική προσφορά) των εταιριών ELVIGRO και Δ. ΔΗΜΗΤΡΑΚΟΠΟΥΛΟΣ για την ομάδα Δ – Λιπαντικά διότι οι προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης δ) διαπίστωσε ότι για την ομάδα Β – Βενζίνη Αμόλυβδη δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά προτείνοντας την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης.
- 2.6** Με το αριθμ. 2/7-8-2019 Πρακτικό της, η Επιτροπή του Διαγωνισμού ανέδειξε προσωρινό μειοδότη για την ομάδα Α – Πετρέλαιο Θέρμανσης την εταιρία

ΟΙΚΟΘΕΡΜΑΝΣΗ ΕΠΕ, για την ομάδα Γ – Πετρέλαιο Κίνησης την εταιρία ΕΛΛΗΝΙΚΑ ΚΑΥΣΙΜΑ και για την ομάδα Δ – Λιπαντικά την εταιρία Δ. ΔΗΜΗΤΡΑΚΟΠΟΥΛΟΣ.

- 2.7 Με την αριθμ. 264/28-8-2019 Απόφασή (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη) της, η οικονομική επιτροπή του Δήμου Πειραιά ενέκρινε τα ανωτέρω Πρακτικά. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 28-8-2019.
- 2.8 Με το αριθμ. 56532/839/17-9-2019 έγγραφό του, ο Δήμος Πειραιά βεβαιώνει ότι δεν ασκήθηκαν Ενστάσεις, Προσφυγές ή Ένδικα Μέσα κατά του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της Διακήρυξης.
- 2.9 Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Πειραιά 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 ομάδα Β (Αμόλυβδη Βενζίνη) που δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά, προϋπολογισθείσας δαπάνης € 294.100,00 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Πειραιά, 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. 2365/2017 της Επιτροπής τα κατώτατα όρια αναθεωρήθηκαν από 135.000 σε 144.000 και από 209.000 σε 221.000 και ισχύουν, από 1/1/2018.
5. Το άρθρο 6 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος

προαιρέσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. Αν η αναθέτουσα αρχή προβλέπει απονομή βραβείων ή καταβολή χρηματικών ποσών για τους υποψήφιους ή προσφέροντες, λαμβάνει υπόψη της τα ποσά αυτά κατά τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 2. Όταν 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 μία 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. Η σύμβαση δεν κατατέμενεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή 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 ουσιαδώς 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 Πειραιά 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.
9. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας προϋπολογισμού € 294.100,00 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων προϋπολογισθείσας δαπάνης € 3.230.588,60 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, 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 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 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 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 Ελλάδα, 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. 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, συνδέεται 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).
13. Ως προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται ότι ο Δήμος Πειραιά διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων & Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 3.230.588,60 χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό % επί της εκάστοτε διαμορφούμενης μέσης λιανικής τιμής πώλησης εκάστου είδους, όπως αυτή ανακοινώνεται από το παρατηρητήριο υγρών καυσίμων του Υπ. Ανάπτυξης & Ανταγωνιστικότητας. Η εν λόγω Διακήρυξη, για την οποία τηρήθηκαν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας, δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν οικονομικό φορέα από την συμμετοχή του στον διαγωνισμό και τηρήθηκε η ελάχιστη προθεσμία υποβολής προσφορών του αρ. 27 ν. 4412/2016.
14. Ως προς την προϋπόθεση της μη υποβολής προσφορών, από το παραταθέν ιστορικό προκύπτει ότι με την αριθμ. 264/28-8-2019 Απόφασή του, η οικονομική επιτροπή του Δήμου Πειραιά ενέκρινε τα σχετικά Πρακτικά και κήρυξε άγονο τον διαγωνισμό προϋπολογισμού € 294.100,00 χωρίς Φ.Π.Α. ως προς την ομάδα Β (Αμόλυβδη Βενζίνη) για την οποία δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά και ως εκ τούτου ζητά την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης.
15. Ως προς την προϋπόθεση της μη ουσιώδους τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης, στο υποβληθέν σχέδιο Απόφασής της, ο Δήμος Πειραιά ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προκειμένου να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής 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 Αρχή **ομόφωνα αποφασίζει:**

Την αποδοχή του εξεταζομένου εγγράφου αιτήματος με αριθμ. 56871/1516/1709/18-9-2019 του Δήμου Πειραιά (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 4908/19-9-2019), με το οποίο 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 ανάθεση προμήθειας «Βενζίνη Αμόλυβδη», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 294.100,00 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Πειραιά, σε συνέχεια

εν μέρει άγονου, ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 16 Οκτωβρίου 2019

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αντιπρόεδρος

Αδάμ Καραγλάνης