



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ123/2019

(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. γ' (δδ) Ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 12^η Δεκεμβρίου του έτους δύο χιλιάδες δεκαεννέα (2019) ημέρα Πέμπτη και ώρα 9.30 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45, 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:

1. Προεδρεύων: Αδάμ Καραγλάνης (Αντιπρόεδρος)

2. Μέλη: Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης

Δημήτριος Λουρίκας, μέσω τηλεδιάσκεψης

Δημήτριος Σταθακόπουλος

Μαρία Στυλιανίδη

Ερωφίλη Χριστοβασίλη

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

Εισηγήτρια: Ηλιάνα Κανταρτζή, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν η εισηγήτρια Ηλιάνα Κανταρτζή (μέσω τηλεδιάσκεψης), καθώς και η Αναπληρώτρια Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγματεύσεων, Αικατερίνη Θεοδωροπούλου οι οποίες αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

Ερώτημα: Το υπ' αρ. πρωτ. 4964/19.11.2019 αίτημα της Περιφέρειας Ανατολικής Μακεδονίας – Θράκης / Περιφερειακή Ενότητα Έβρου προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το οποίο παρελήφθη στις 20.11.2019 (αρ. πρωτ. εισερχ. 6135).

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ' (δδ) ν. 4013/2011, όπως ισχύει, επί αιτήματος περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016, για την προμήθεια υγρών καυσίμων θέρμανσης για τις ανάγκες των

υπηρεσιών της ΠΑΜΘ – ΠΕ Έβρου, χρονικής διάρκειας έως 31.12.2020, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 14.475,30€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, σε συνέχεια ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, ο οποίος κατέστη άγονος για συγκεκριμένα είδη της δημόσιας σύμβασης.

1. Με το υπ' αρ. πρωτ. 4964/19.11.2019 αίτημα της Περιφέρειας Ανατολικής Μακεδονίας – Θράκης / Περιφερειακή Ενότητα Έβρου προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή), το οποίο παρελήφθη στις 20.11.2019 (αρ. πρωτ. εισερχ. 6135), η Περιφέρεια αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ' (δδ) ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προσφύγει στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016, για την προμήθεια υγρών καυσίμων θέρμανσης για τις ανάγκες των υπηρεσιών της ΠΑΜΘ – ΠΕ Έβρου για χρονική διάρκεια έως 31.12.2020, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 14.475,30€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, σε συνέχεια ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, ο οποίος κατέστη άγονος για συγκεκριμένα είδη της δημόσιας σύμβασης.

1. Ιστορικό

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

2.1 Με την υπ' αριθμ. 583/17.07.2019 (ΑΔΑ: Ω3ΓΒ7ΛΒ-8ΕΑ) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Ανατολικής Μακεδονίας-Θράκης εγκρίθηκαν «οι όροι της διακήρυξης και της περίληψης διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια υγρών καυσίμων θέρμανσης για τις ανάγκες Υπηρεσιών της Περιφέρειας Ανατολικής Μακεδονίας-Θράκης (Περιφερειακής Ενότητας Έβρου), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης %) με προϋπολογισμό 69.987,40€ χωρίς ΦΠΑ (86.784,37€ με ΦΠΑ)».

2.2 Ακολούθως, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 3216/22.07.2019 διακήρυξη (19PROC005334367 2019-07-24), η Περιφέρεια προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με χρήση του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη ορίστηκε στο ποσό των 69.987,40€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (86.784,37€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α), ενώ ο προϋπολογισμός των επιμέρους τμημάτων ορίστηκε ως εξής:

Υπηρεσίες Π.Ε. Έβρου	Ποσότητα (Λίτρα)	ΜΤΚ	ΜΤΚ (Χωρίς ΦΠΑ)	Προϋπολογιζόμενη Δαπάνη (με ΦΠΑ)	Προϋπολογιζόμενη Δαπάνη (χωρίς ΦΠΑ)
Αλεξανδρούπολη – Φέρες Κήποι	65.000	1,059	0,854	68.835,00	55.512,10
Διδυμότειχο	16.950	1,059	0,854	17.949,37	14.475,30
Σύνολο	81.950			86.784,37	69.987,40

Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών τέθηκε η 26.08.2019, ενώ ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού η 30.08.2019.

2.3 Περίληψη της εν λόγω διακήρυξης, η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακηρύξεως του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά (την 22.07.2019) και δημοσιεύθηκε (την 24.07.2019) στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε). Επιπλέον, η υπ' αριθμ. πρωτ. 3216/22.07.2019 περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε την 25.07.2019 στις εφημερίδες «Ελεύθερη Θράκη», «Γνώμη» και «Μεθόριος», αναρτήθηκε την 24.07.2019 στον ιστότοπο ΔΙΑΥΓΕΙΑ και έλαβε ΑΔΑ: Ω5ΡΨ7ΛΒ-Ρ9Λ. Η περίληψη δημοσιεύθηκε

την 25.07.2019 στις ιστοσελίδες της Περιφέρειας Ανατολικής Μακεδονίας και Θράκης (www.pamth.gov.gr) και της Περιφερειακής Ενότητας Έβρου (www.peevrou.eu), αλλά και στην ιστοσελίδα του Επιμελητηρίου Έβρου (<https://evroschamber.gr>). Τέλος, δημοσιεύτηκε στη δικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) την 25.07.2019 με αύξοντα αριθμό συστήματος 76182. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ορίστηκε η 26.08.2019 και ώρα 14:00:00, ενώ ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στο σύστημα ορίστηκε η 25.07.2019 και ώρα 10:00:00.

2.4 Κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε, όπως προκύπτει από το από 30.08.2019 Πρακτικό της, ότι για το Τμήμα 1 («Πετρέλαιο θέρμανσης» για τις Υπηρεσίες Π.Ε. Έβρου - Αλεξανδρούπολη – Φέρες – Κήποι) υποβλήθηκαν 2 προσφορές, ενώ για το Τμήμα 2 («Πετρέλαιο θέρμανσης» για τις Υπηρεσίες Π.Ε. Έβρου - Διδυμοτείχο) δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά. Το εν λόγω πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 737/03.10.2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ΑΜΘ, με την οποία αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων, η κήρυξη του Τμήματος 2 «Πετρέλαιο θέρμανσης για τις υπηρεσίες περιοχής Διδυμοτείου» ως άγονη, διότι δεν κατατέθηκε καμία προσφορά.

2.5 Η Περιφέρεια με τις υπ' αριθμ. πρωτ. 4958 και 4959/19.11.2019 έγγραφά της, βεβαιώνει ότι δεν έχει κατατεθεί καμία προδικαστική προσφυγή ή ένδικο μέσο στην ανωτέρω διαγωνιστική διαδικασία.

3. Κατόπιν των ανωτέρω, η Περιφέρεια αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., κατ' άρθρο 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016, προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση και χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων του προηγθέντος άγονου διαγωνισμού για το τμήμα που κηρύχθηκε άγονο, ήτοι για το Τμήμα 2 «Πετρέλαιο θέρμανσης για τις υπηρεσίες περιοχής Διδυμοτείου», συνολικού προϋπολογισμού 14.475,30€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για δώδεκα (12) μήνες από την υπογραφή της σύμβασης και μέχρι την 31.12.2020.

II. Νομικό πλαίσιο

4. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προβλέπεται ότι: «[...] δδ) Οι αποφάσεις των αναθέτουσών 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 (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 της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου [...]».

5. Η διάταξη του άρθρου 1 παρ. 2 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ορίζει ότι: «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), [...]».

6. 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”.

7. Στο άρθρο 5 “Κατώτατα όρια (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και Κανονισμός (ΕΕ) 2015/2170)” του ν. 4412/2016 (Α' 147) ορίζεται ότι:

“Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: “[...] γ) 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. 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', [...]”.

Ακολούθως, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2017/2365 της Επιτροπής της 18ης Δεκεμβρίου 2017, τα κατώτατα όρια εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ από 1/1/2018 διαμορφώθηκαν ως εξής: “1) Το άρθρο 4 (άρθρο 5 ν. 4412/2016) τροποποιείται ως εξής: α) στο στοιχείο α), το ποσό «5.225.000 EUR» αντικαθίσταται από το ποσό «5.548.000 EUR», β) στο στοιχείο β), το ποσό «135 000 EUR» αντικαθίσταται από το ποσό «144.000 EUR», γ) στο στοιχείο γ), το ποσό «209 000 EUR» αντικαθίσταται από το ποσό «221.000 EUR»”.

8. Το άρθρο 6 παρ. 1, 3 και 4 του ίδιου νόμου ορίζει τα παρακάτω:

“1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαίωματος προαιρέσεως 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 κατατέμενεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους.

4. Η εκτιμώμενη αξία ισχύει τη στιγμή της αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού ή, στις περιπτώσεις όπου δεν προβλέπεται προκήρυξη διαγωνισμού, τη στιγμή που η αναθέτουσα αρχή εκκινεί τη διαδικασία σύναψης σύμβασης, για παράδειγμα ερχόμενη σε επαφή με οικονομικούς φορείς για τους σκοπούς της σύναψης της σύμβασης, όπου ενδείκνυται κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 61”.

9. 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”.

10. 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. Νομική Εκτίμηση

11. Το υπό εξέταση αίτημα της Περιφέρειας Ανατολικής Μακεδονίας-Θράκης (Π.Ε. Έβρου), 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 14.475,30€ προ Φ.Π.Α., σε συνέχεια προηγηθέντος διαγωνισμού συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 69.987,40€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, η οποία, κατά δήλωση της αναθέτουσας αρχής, εμπίπτει στο πλαίσιο όμοιων/ομοειδών δαπανών/ αναλήψεων δαπανών για το έτος 2020 συνολικής εκτιμώμενης αξίας 477.138,37€ συμπεριλαμβανομένου 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.

Ειδικότερα, στο υπό εξέταση υπ' αρ. πρωτ. 4964/19.11.2019 έγγραφο – αίτημά της η Περιφέρεια επισημαίνει ότι «για το έτος 2020 έχει δεσμευτεί στα CPV: α) 09135100-5 «Πετρέλαιο θέρμανσης», β) 09134100-8 «Πετρέλαιο κίνησης» και γ) 09132100-4 «Βενζίνη Αμόλυβδη», τα οποία συνιστούν όμοιες και ομοειδής δαπάνες, το ποσό των 477.138,37€ όπως παρακάτω:

Κ.Α.Ε.	Ποσό δέσμευσης	Λόγος
4072.1512.0012	68.835,00€	Διεθνής Διαγωνισμός 07/2019
4072.1512.0012	12.600,00€	Διεθνής Διαγωνισμός 07/2019
4311.1511.0001	7.000,00€	Διεθνής Διαγωνισμός 10/2019
4311.1511.0001	149.000,00€	Διεθνής Διαγωνισμός 10/2019
4311.1511.0001	178.114,39€	Σύμβαση καυσίμων κίνησης μετά από διεθνή διαγωνισμό
4072.1512.0012	24.320,24€	Σύμβαση καυσίμων θέρμανσης μετά από διεθνή διαγωνισμό
4311.1511.0001	23.963,74€	Σύμβαση καυσίμων κίνησης μετά από διεθνή διαγωνισμό
4072.1512.0012	13.305,00€	Σύμβαση καυσίμων θέρμανσης μετά από διεθνή διαγωνισμό
Σύνολο	477.138,37€	

12. 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 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).

13. Η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν.4412/2016, της οποίας γίνεται ρητά επίκληση από την αιτούσα και στη βάση της οποίας οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, προϋποθέτει: 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 αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής να μην κρίνεται κατάλληλη και γ) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση. Επιπλέον, προϋποθέτει ότι σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής εκθέσεως.

14. 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 της παραγράφου 2, περίπτωση α' του άρθρου 32, συνδέεται άμεσα με τον προηγθέντα 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).

15. Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα ακόλουθα:

15.1. Ως προς την προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας: Η Περιφέρεια Ανατολικής Μακεδονίας-Θράκης διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων, προϋπολογισμού δαπάνης 69.987,40€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για την προμήθεια υγρών καυσίμων θέρμανσης για τις ανάγκες των Υπηρεσιών της Περιφέρειας Ανατολικής Μακεδονίας-Θράκης (Περιφερειακής Ενότητας Έβρου), ο οποίος απέβη εν μέρει άγονος όσον αφορά το Τμήμα 2 (Διδυμότειχο).

Εν προκειμένω, η εν λόγω Διακήρυξη, για την οποία τηρήθηκαν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας, δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό κι ως εκ τούτου θα συνέχονταν με το άγονο του διαγωνισμού.

15.2. Ως προς τη μη υποβολή προσφοράς ή τη μη ύπαρξη κατάλληλης προσφοράς: Με την υπ' αριθμ. 737/03.10.2019 απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας, μεταξύ άλλων, κήρυξε τον ανοικτό διαγωνισμό που διενεργήθηκε σύμφωνα με την υπ' αριθμ. πρωτ. 3216/22.07.2019 διακήρυξη της Περιφέρειας, άγονο ως προς το Τμήμα 2 για την οποία δεν κατατέθηκε καμία προσφορά, ήτοι για τις Υπηρεσίες περιοχής Διδυμότειχου Περιφέρειας Ανατολικής Μακεδονίας-Θράκης/ΠΕ Έβρου.

15.3. Ως προς τη μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης: Στο υπ' αριθμ. πρωτ. 4964/19.11.2019 έγγραφο – αίτημα της Περιφέρειας Ανατολικής Μακεδονίας-Θράκης, γίνεται ρητή αναφορά στην προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για το Τμήμα 2 (Υπηρεσίες περιοχής Διδυμότειχου Περιφέρειας Ανατολικής Μακεδονίας-Θράκης/ΠΕ Έβρου) για την οποία δεν κατατέθηκε καμία προσφορά, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων του προηγθέντος άγονου διαγωνισμού.

IV. Συμπέρασμα

16. 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 παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος της Περιφέρειας Ανατολικής Μακεδονίας - Θράκης, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, κατ' άρθρο 32, παρ. 2, περ. α' του ν. 4412/2016, για την προμήθεια υγρών καυσίμων θέρμανσης για τις ανάγκες των υπηρεσιών της ΠΑΜΘ – ΠΕ Έβρου, χρονικής διάρκειας έως 31.12.2020, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 14.475,30€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, σε συνέχεια ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, ο οποίος κατέστη άγονος για συγκεκριμένα είδη της δημόσιας σύμβασης, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 12 Δεκεμβρίου 2019

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αντιπρόεδρος

Αδάμ Καραγλάνης