



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ 57/2020

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 6^η Αυγούστου του έτους δύο χιλιάδες είκοσι (2020), ημέρα Πέμπτη και ώρα 09.30 π.μ., και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 & Κομνά Τράκα, 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 :** Μιχαήλ Εκατομμάτης, Αν. Πρόεδρος (μέσω τηλεδιάσκεψης)
- 2. Μέλη :**
 - Δημήτριος Λουρίκας (μέσω τηλεδιάσκεψης)
 - Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)
 - Μαρία Στυλιανίδου
 - Ερωφίλη Χριστοβασίλη

Γραμματέας: Αικατερίνη Αλτιπαρμάκη, Δ.Ε. Διοικητικών Γραμματέων

Εισηγήτρια: Καλλιόπη Ανυφαντάκη, Ε.Ε.Π. – Χημικός

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν ο κος Ευάγγελος Καραμανλής, Αναπληρωτής Προϊστάμενος της Διεύθυνσης Ελέγχου της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., καθώς και η εισηγήτρια κα Καλλιόπη Ανυφαντάκη, οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

Θέμα: Διατύπωση σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή του Δήμου Ιστιαίας - Αιδηψού 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, σε συνέχεια εν μέρει άγονου ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού με τίτλο "προμήθεια καυσίμων κίνησης - θέρμανσης & λιπαντικών", για τις ανάγκες του Δήμου και των Νομικών Προσώπων του, συνολικού προϋπολογισμού €485.445,07 πλέον ΦΠΑ.

1. Με το αριθ. Πρωτ. 7446/20.07.2020 έγγραφο του Δήμου Ιστιαίας - Αιδηψού (αριθ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 3921/21.07.2020), ζητείται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011 για την προμήθεια καυσίμων, για τις ανάγκες του Δήμου και των Νομικών Προσώπων του, προϋπολογισμού €463.959,07 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, διαγωνισμού.

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

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

- 2.1 Με την αριθ. πρωτ. 4711/26.05.2020 (20PROC00676214 2020-05-27) Διακήρυξή του, ο Δήμος Ιστιαίας - Αιδηψού 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 κίνησης – θέρμανσης και λιπαντικών», για την κάλυψη των αναγκών των υπηρεσιών του Δήμου Ιστιαίας - Αιδηψού και των ΝΠΔΔ του, προϋπολογισμού € 601.951,89 με Φ.Π.Α., ήτοι € 485.445,07 χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει μόνο τιμής. Ειδικότερα, για τα καύσιμα και το πετρέλαιο θέρμανσης χαμηλότερη τιμή ήταν το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) στη μέση τιμή λιανικής πώλησης, όπως διαμορφώνεται στο παρατηρητήριο τιμών υγρών καυσίμων του Υπουργείου Οικονομίας & Ανάπτυξης Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων για το Νομό Ευβοίας, Δήμος Ιστιαίας-Αιδηψού. Για τα λιπαντικά, η χαμηλότερη προσφορά για το σύνολο των ειδών, θεωρείτο το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης (%) ανά τιμή μονάδας (πχ. τιμή/ανά λίτρο, τιμή/ανά κιλό), δηλαδή η χαμηλότερη τιμή.

- 2.2 Τα Τμήματα της Διακήρυξης ήταν δύο (2):

ΤΜΗΜΑΤΑ	ΕΙΔΟΣ	ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΣΕ € ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.
1	ΚΑΥΣΙΜΑ (ΑΜΟΛΥΒΔΗ ΒΕΝΖΙΝΗ 95 ΟΚΤΑΝΙΩΝ, ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΚΙΝΗΣΗΣ ΚΑΙ ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ)	463.959,07
2	ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ	21.486
ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.		485.445,07

Οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς είχαν τη δυνατότητα να υποβάλλουν προσφορά για το ένα ή και για τα δύο τμήματα της διακήρυξης.

Ανάδοχος θα ανακηρυσσόταν ο οικονομικός φορέας που θα προσέφερε την χαμηλότερη τιμή για κάθε Τμήμα. Ο διαγωνισμός αναρτήθηκε στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ την 27^η Μαΐου 2020 και έλαβε Αριθμό Συστήματος 90184. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στην διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr ορίστηκε η 2^α Ιουνίου 2020 και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 2^α Ιουλίου 2020, ώρα 15:00 μμ. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 8^η Ιουλίου 2020, ώρα 11:00 π.μ.

- 2.3 Περίληψη της Διακήρυξης εστάλη, με ηλεκτρονικά μέσα, την 26^η Μαΐου 2020 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 28^η Μαΐου 2020 (S 103-247852).

- 2.4 Η υπ' αριθμό πρωτ. 4712/26.05.2020 Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ: 6ΛΘΕΩΕ7-ΡΕ8) δημοσιεύτηκε την 28^η Μαρτίου 2020 στις εφημερίδες «ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ & ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ», «ΓΕΝΙΚΗ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ» και «ΕΥΒΟΪΚΟΣ ΤΥΠΟΣ». Με το υπ' αριθμό πρωτ. 4680/26.05.2020 έγγραφο του Δήμου Ιστιαίας Αιδηψού απεστάλη η με ως άνω περίληψη της διακήρυξης στο Επιμελητήριο Ευβοίας και το Τεχνικό Επιμελητήριο Ελλάδας, για ενημέρωσή τους.
- 2.5 Επιπρόσθετα, η Διακήρυξη αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.dimosistiaiasaidipsou.gr
- 2.6 Με το υπ' αριθ. Πρωτ. 6944/08.07.2020 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προσφορών γνωμοδότησε: α) ως προς την προμήθεια καυσίμων, για τη ματαίωση του διαγωνισμού, διότι ο διαγωνισμός απέβη άγονος, αφού δεν κατατέθηκε ηλεκτρονική προσφορά στο σύστημα ΕΣΗΔΗΣ, και την ανάθεση από το Δημοτικό Συμβούλιο με τη διαδικασία μέσω διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2^α του ν.4412/2016, «λόγω της κατεπείγουσας ανάγκης της προμήθειας καυσίμων, η οποία σχετίζεται άμεσα με την κίνηση τόσο των απορριμματοφόρων, όσο και των λοιπών οχημάτων και μηχανημάτων του Δήμου, με αποτέλεσμα να προκύπτουν κατεπείγουσες ανάγκες και συνθήκες ανωτέρας βίας, που έχουν σχέση με τη διασφάλιση της Δημόσιας Υγείας, τη λήψη προληπτικών μέτρων πολιτικής προστασίας και ιδιαίτερα την συγκεκριμένη περίοδο προς αποφυγή διάδοσης του κορωνοϊού COVID-19 και γενικότερα την εύρυθμη λειτουργία του Δήμου» και β) ως προς την προμήθεια λιπαντικών, για την αποδοχή των προσφορών των τεσσάρων (4) συμμετεχουσών εταιρειών, ως προς τον έλεγχο των δικαιολογητικών και των τεχνικών προσφορών τους και τη συνέχιση του διαγωνισμού με την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών αυτών, τη Δευτέρα 20 Ιουλίου 2020 και ώρα 10:00.
- 2.7 Με την υπ' αριθμό 167/16.07.2020 Απόφασή της (ΑΔΑ: 6ΨΕΑΩΕ7-ΚΚΟ), η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε το ανωτέρω Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού.
- 2.8 Ακολούθως, με το αριθ. πρωτ. 7445/20.07.2020 έγγραφό του, ο Δήμος Ιστιαίας - Αιδηψού βεβαιώνει ότι δεν έχουν υποβληθεί Ενστάσεις, Προσφυγές ή άλλο ένδικο μέσο κατά του εξεταζόμενου διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης και της Διακήρυξης αυτού.
- 2.9 Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Ιστιαίας - Αιδηψού, με το υπ' αριθ. πρωτ. 7446/21.07.2020 έγγραφό του (αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΑΔΗΣΥ 3921/21.07.2020), στο οποίο επισυνάπτεται σχετικό σχέδιο Απόφασης, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να αναθέσει τη σύμβαση για την προμήθεια καυσίμων, προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, παράγραφος 2, περ. α, «λόγω της κατεπείγουσας ανάγκης της προμήθειας καυσίμων, η οποία σχετίζεται άμεσα με την κίνηση τόσο των απορριμματοφόρων, όσο και των λοιπών οχημάτων και μηχανημάτων του Δήμου, με αποτέλεσμα να προκύπτουν κατεπείγουσες ανάγκες και συνθήκες ανωτέρας βίας, που έχουν σχέση με τη διασφάλιση της Δημόσιας Υγείας, τη λήψη προληπτικών μέτρων πολιτικής προστασίας και ιδιαίτερα την συγκεκριμένη περίοδο προς αποφυγή διάδοσης του κορωνοϊού COVID-19 και γενικότερα την εύρυθμη λειτουργία του Δήμου», χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της με αρ. πρωτ. 4711/26.05.2020 διακήρυξης του προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού. Τέλος, στο ίδιο ως άνω έγγραφο, ο Δήμος διευκρινίζει ότι δεν έχει προβεί σε οποιαδήποτε είδους ανάθεση της ως άνω προμήθειας, σε συνέχεια της κήρυξης -εν μέρει- άγονου του προηγηθέντος διαγωνισμού.

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

3. 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 (Α'47) 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 [...]

4. 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”.
5. 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”.
6. 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) 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. [...]”.

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 1 του αριθ. 2019/1828 Κανονισμού της Επιτροπής της 30ης Οκτωβρίου 2019 για την τροποποίηση της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά στα κατώτατα όρια εφαρμογής της κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό, από 01.01.2020 αναπροσαρμόστηκε στις 214.000 ευρώ.

7. Στο άρθρο 6 παρ. 1, 3, και 9 του ίδιου νόμου ορίζεται 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. [...] 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. [...] 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”.

8. Τέλος, στη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν.4412/2016, η οποία ενσωματώνει την ταυτάριθμη διάταξη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται ότι: *“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”*.

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

9. Το υπό εξέταση αίτημα του Ιστιαίας - Αιδηψού, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, βάσει των διατάξεων της περίπτωσης α', της παραγράφου 2, του άρθρου 32 του ν.4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις ταυτάριθμες διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.
10. Δεδομένου ότι, πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας προϋπολογισμού € 463.959,07 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν.4412/2016, διαγωνισμού συνολικού προϋπολογισμού € 485.445,07 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.
11. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 24 και 25 του π.δ. 60/2007 και ήδη στα παρόμοιου περιεχομένου άρθρα 26 και 32 του ν.4412/2016 περιπτώσεις (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).
12. Στην προκειμένη περίπτωση, ο Δήμος Ιστιαίας - Αιδηψού επικαλείται ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός του, τις διατάξεις του άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση α' του ν.4412/2016, ήτοι τη μη υποβολή προσφορών, κατόπιν διενέργειας ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν.4412/2016, διαγωνισμού. Παρεμπιπτόντως δε προβάλλει λόγους *«κατεπείγουσας ανάγκης και συνθήκες ανωτέρας βίας [...] που έχουν σχέση με τη διασφάλιση της Δημόσιας Υγείας, τη λήψη προληπτικών μέτρων πολιτικής προστασίας και ιδιαίτερα την συγκεκριμένη περίοδο προς αποφυγή διάδοσης του κορωνοϊού COVID-19 και γενικότερα την εύρυθμη λειτουργία του Δήμου»*, λόγοι ωστόσο που δεν αναλύονται περαιτέρω, ούτε συνοδεύονται από σχετική τεκμηρίωση.
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 προηγηθείσα και νομίμως διεξαχθείσα 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 (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. Ως προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής διαδικασίας, παγίως έχει κριθεί ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της περίπτωσης α', της παραγράφου 2, 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).

Σχετικώς με την ανωτέρω προϋπόθεση, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται ότι, ο Δήμος Ιστιαίας - Αιδηψού 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 κίνησης – θέρμανσης και Λιπαντικών» προϋπολογισμού € 485.445,07 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου και των Νομικών Προσώπων του, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει μόνο τιμής. Η δε υπ' αριθ. πρωτ. 4711/26.05.2020 Διακήρυξη του ελεγχόμενου διαγωνισμού, για την οποία τηρήθηκαν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας, διαπιστώθηκε ότι δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή του στο σχετικό διαγωνισμό.

15. Ως προς την προϋπόθεση της μη υποβολής προσφορών, από το παρατεθέν ιστορικό προκύπτει ότι, με την υπ' αριθμ. 167/2020 απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, αφού έλαβε υπ' όψιν το υπ' αριθμό πρωτ. 6944/08.07.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, μεταξύ άλλων, κήρυξε τον υπό έλεγχο διαγωνισμό ως προς την προμήθεια καυσίμων άγονο, καθώς δεν κατατέθηκε καμία προσφορά για το τμήμα αυτό.

16. Ως προς την προϋπόθεση της μη ουσιώδους τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης, στο υπ' αριθ. πρωτ. 7446/20.07.2020 αίτημά του αλλά και στο υποβληθέν σχέδιο Απόφασης αυτού, ο Δήμος Ιστιαίας - Αιδηψού ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προκειμένου να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της με αρ. πρωτ. 4711/26.05.2020 διακήρυξης του προηγηθέντος, εν μέρει, άγονου διαγωνισμού.

17. Σημειώνεται ότι, η εξέταση της συνδρομής των προϋποθέσεων για την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, επί τη βάσει κατεπείγουσας ανάγκης, την οποία παρεμπιπτόντως επικαλείται στο αίτημά της η αναθέτουσα αρχή, παρέλκει εν προκειμένω.
18. Κατόπιν των ανωτέρω, από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις προαναφερόμενες διατάξεις, διαπιστώνεται ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016 για την παροχή σύμφωνης γνώμης για τη ζητούμενη προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού.

19. Αν και δεν διαπιστώθηκαν ουσιώδεις πλημμέλειες, οι οποίες συνέχονται με το άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού, επισημαίνονται από την Αρχή για τη βελτίωση των διαδικασιών τα εξής: Λαμβανομένου υπόψιν του φυσικού αντικειμένου του Τμήματος 1, όπως αποτυπώνεται στον πίνακα του Ενδεικτικού Προϋπολογισμού, (το οποίο επιμερίζεται σε πετρέλαιο κίνησης και θέρμανσης, βενζίνη αμόλυβδη), η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να εξετάσει την υποδιαίρεση της οικείας ομάδας σε τμήματα π.χ. ανά είδος, ώστε να δύναται να υποβληθεί προσφορά από μεγαλύτερο αριθμό οικονομικών φορέων, ιδία δε ΜΜΕ.

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 αιτήματος του Δήμου Ιστιαίας - Αιδηψού, 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, για την προμήθεια καυσίμων, προϋπολογιζόμενης δαπάνης €463.959,07 προ Φ.Π.Α., σε συνέχεια του προηγηθέντος, εν μέρει, άγονου διαγωνισμού που διενεργήθηκε δυνάμει της υπ' αριθμ. πρωτ. 4711/26.05.2020 (20PROC00676214 2020-05-27) διακήρυξης του Δήμου, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν.4412/2016, άρθρο 32, παρ. 2, περ. α, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

6 Αυγούστου 2020

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αναπληρωτής Πρόεδρος

Μιχαήλ Εκατομμάτης