



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ73/2020

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 2^α Σεπτεμβρίου του έτους δύο χιλιάδες είκοσι (2020) ημέρα Τετάρτη και ώρα 10.30 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και 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:

Πρόεδρος: Γεώργιος Καταπόδης
Αντιπρόεδρος: Αδάμ Καραγλάνης
Μέλη : Δημήτριος Λουρίκας (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Μαρία Στυλιανίδου
Ερωφίλη Χριστοβασίλη
Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης

Γραμματέας: Αικατερίνη Αλτιπαρμάκη, Δ.Ε. Διοικητικών Γραμματέων

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

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν η εισηγήτρια, Ηλιάνα Κανταρτζή, μέσω τηλεδιάσκεψης, καθώς και η Αν. Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης της Διεύθυνσης Ελέγχου, Αικατερίνη Θεοδωροπούλου, οι οποίες αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. (δδ) του ν. 4013/2011, για την προσφυγή του Δήμου Γόρτυνας σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατ' άρθρο 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την προμήθεια υγρών καυσίμων για τις ανάγκες των υπηρεσιών του, των νομικών του προσώπων και των Σχολικών Επιτροπών, για χρονική διάρκεια 3 ετών από την υπογραφή της σύμβασης, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 883.145,16€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (1.095.100,00€ 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. 12127/31.07.2020 αίτημα του Δήμου Γόρτυνας προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή), το οποίο παρελήφθη στις 10.08.2020 (αρ. πρωτ. εισερχ. 4293), ο Δήμος αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ' (δδ) ν. 4013/2011, προκειμένου να προσφύγει στη διαδικασία διαπραγματεύσεως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016, για την προμήθεια υγρών καυσίμων για τις ανάγκες των υπηρεσιών του, των νομικών του προσώπων και των Σχολικών Επιτροπών, για χρονική διάρκεια 3 ετών από την υπογραφή της σύμβασης, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 883.145,16€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (1.095.100,00€ 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. 302/2019 (ΑΔΑ: ΩΛΑ2Ω9Η-Γ7Γ) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Γόρτυνας α) εγκρίθηκαν η δαπάνη και οι τεχνικές προδιαγραφές, β) καθορίστηκαν οι όροι της διακήρυξης και γ) συγκροτήθηκε η επιτροπή διενέργειας και αξιολόγησης προσφορών του ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας καυσίμων και λιπαντικών για τρία έτη για τις ανάγκες του Δήμου Γόρτυνας, η οποία τροποποιήθηκε με τις υπ' αριθμ. 36/2020 (ΑΔΑ: 6Τ0ΤΩ9Η-ΨΑΡ) και 81/2020 (ΑΔΑ: Ω1ΤΤΩ9Η-Β36) αποφάσεις της ίδιας.

2.2 Ακολούθως, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 5874/22.04.2020 διακήρυξη (20PROC006618541 2020-04-27), ο Δήμος Γόρτυνας προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με χρήση του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη ορίστηκε στο ποσό των 907.983,87€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (1.125.900,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α), ενώ ο προϋπολογισμός των επιμέρους τμημάτων ορίστηκε ως εξής:

Τμήματα	Προϋπολογιζόμενη Δαπάνη (με ΦΠΑ)	Προϋπολογιζόμενη Δαπάνη (χωρίς ΦΠΑ)
Τμήμα 1 (Καύσιμα: Αμόλυβδη βενζίνη 95 οκτ., πετρέλαιο diesel κίνησης, πετρέλαιο θέρμανσης)	883.145,16	1.095.100,00
Τμήμα 2 (Λιπαντικά)	24.838,70	30.800,00
Σύνολο	907.983,87	1.125.900,00

Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών τέθηκε η 29.05.2020, ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η 04.06.2020. Σύμφωνα με τη διακήρυξη προσφορές υποβάλλονται είτε για ένα τμήμα από τα δύο τμήματα ή και για τα δύο τμήματα.

Στο άρθρο 1.3 της διακήρυξης ορίστηκε ως κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει: «α) για τα καύσιμα στην τιμή σε ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) επί της εκάστοτε διαμορφούμενης μέσης λιανικής τιμής του είδους και την ημέρα παράδοσης, του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγρών καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας (Γενική Γραμματεία Καταναλωτή) για τον Δήμο Γόρτυνας του Νομού Ηρακλείου (www.fuelprices.gr) και β) για την

προμήθεια των ελαιολιπαντικών στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) ανά τμήμα, εκφρασμένη ως το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί των τιμών του ενδεικτικού προϋπολογισμού της μελέτης σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/16 (ΦΕΚ 147^Α/8-8-16)». Στο ίδιο ως άνω άρθρο προβλέπεται ότι «[...] ειδικά για τα υγρά καύσιμα θα γίνονται δεκτές προσφορές και με αρνητικό ποσοστό έκπτωσης χωρίς αυτό να υπερβαίνει το 5% (ν. 4275/2014)».

2.3 Προκήρυξη της εξεταζόμενης σύμβασης κατά το οικείο τυποποιημένο έντυπο απεστάλη από την αναθέτουσα αρχή ηλεκτρονικά στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 22.04.2020 και δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο φύλλο 2020/S 081-190227) την 24.04.2020 υπό τον τίτλο «Ελλάδα – Άγιοι Δέκα: Πετρέλαιο και αποστάγματα». Η εν λόγω προκήρυξη δημοσιεύτηκε περαιτέρω σε δύο (2) ημερήσιες τοπικές εφημερίδες, την «ΠΑΤΡΙΣ» και την «Κρήτη» στις 29.04.2020, καθώς και σε μία εβδομαδιαία τοπική εφημερίδα, τον «ΑΝΤΙΛΑΛΟΣ» στις 01.05.2020. Το πλήρες τεύχος της με α.π. 5874/22.04.2020 διακήρυξης του εξεταζόμενου διαγωνισμού δημοσιεύθηκε στη διαδικτυακή πύλη (www.promitheus.gov.gr) του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., και συγκεκριμένα στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού με α/α 90852 «Προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για 3 έτη για τις ανάγκες του Δήμου Γόρτυνας», την 27.04.2020 και ώρα 15:00 προκειμένου για την πλήρη, άμεση και ελεύθερη πρόσβαση των ενδιαφερομένων, καθώς επίσης αναρτήθηκε και στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. την 27.04.2020 με ΑΔΑΜ 20PROC006618541. Περαιτέρω, η με α.π. 5875/22.04.2020 περίληψη διακήρυξης αναρτήθηκε στο Διαύγεια την 27.04.2020 με ΑΔΑ 66Ε1Ω9Η-Ι5Η, καθώς επίσης και στην ιστοσελίδα του Δήμου Γόρτυνας (www.gortyna.gov.gr) την 28.04.2020. Ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 27.04.2020 (και ώρα 15:00) και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 29.05.2020 (και ώρα 15:00).

2.4 Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 9907/30.06.2020 πρακτικό της (Πρακτικό Νο2 ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής & αξιολόγησης τεχνικών προσφορών), η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε, ότι για το Τμήμα 1 («Καύσιμα: Αμόλυβδη βενζίνη 95 οκτ., πετρέλαιο diesel κίνησης, πετρέλαιο θέρμανσης») δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά, ενώ για το Τμήμα 2 («Λιπαντικά») υποβλήθηκαν 5 προσφορές. Το εν λόγω πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 275/24.07.2020 (Πρακτικό 18°/2020) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Γόρτυνας, με την οποία αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων, η κήρυξη του διαγωνισμού ως προς το Τμήμα 1 («Καύσιμα: Αμόλυβδη βενζίνη 95 οκτ., πετρέλαιο diesel κίνησης, πετρέλαιο θέρμανσης») αυτού ως άγονου, διότι δεν κατατέθηκε καμία προσφορά, η ματαίωση του διαγωνισμού ως προς το εν λόγω τμήμα και η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση κατ' άρθρο 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016 κατόπιν της παροχής σύμφωνης γνώμης της Αρχής κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011.

2.5 Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 12067/31.07.2020 έγγραφά του, ο Δήμαρχος Γόρτυνας βεβαιώνει ότι «δεν έχει υποβληθεί ούτε υπάρχει σε εκκρεμότητα ένσταση, προδικαστική προσφυγή ή ένδικα μέσα» στην ανωτέρω διαγωνιστική διαδικασία.

3. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Γόρτυνας 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 1 («Καύσιμα: Αμόλυβδη βενζίνη 95 οκτ., πετρέλαιο diesel κίνησης, πετρέλαιο θέρμανσης»), συνολικού προϋπολογισμού 883.145,16€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (1.095.100,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), για τρία (3) έτη από την υπογραφή της σύμβασης.

II. Νομικό πλαίσιο

4. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν.4013/2011, όπως ισχύει, ορίζει τα ακόλουθα: «2. Η Αρχή έχει τις ακόλουθες αρμοδιότητες: [...] γ) [...] Ειδικότερα: 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' 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 της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα «προθεσμία είκοσι (20) εργασίμων ημερών» από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη τη Αρχής. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις και ιδίως λόγω της πολυπλοκότητας της υπό ανάθεση σύμβασης, η Αρχή δύναται με απόφαση της, η οποία κοινοποιείται στην αιτούσα αναθέτουσα αρχή, να παρατείνει άπαξ την ως άνω προθεσμία για δεκαπέντε (15) επιπλέον «εργάσιμες» ημέρες. [...]

5. Στις διατάξεις του άρθρου 2 («Ορισμοί (άρθρο 2 και άρθρο 33 παρ. 1 εδάφιο β' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)») του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (ΦΕΚ Α' 147/8.8.2016) προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί: 1) α) ως «αναθέτουσες αρχές» νοούνται το κράτος, οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου ή οι ενώσεις μιας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου και οι αναθέτουσες αρχές κατά την έννοια του άρθρου 223 [...] 5) ως «δημόσιες συμβάσεις» και ως «συμβάσεις έργων, υπηρεσιών και προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή ενός ή περισσότερων αναθετουσών αρχών/ αναθετόντων φορέων, αντίστοιχα, και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών, [...] 8) ως «δημόσιες συμβάσεις προμηθειών» και ως «συμβάσεις προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων. Μια σύμβαση προμηθειών μπορεί να περιλαμβάνει, παρεμπιπτόντως, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης, 9) ως «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» και ως «συμβάσεις υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, πλην των αναφερομένων στην περίπτωση 6 [πρόκειται για τις «δημόσιες συμβάσεις έργων» και τις «συμβάσεις έργων»], (α) ως «δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών» νοούνται αυτές με αντικείμενο την εκπόνηση μελετών και την παροχή τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κατά την έννοια των στοιχείων α' και β', αντίστοιχα, της περίπτωσης 6 της παραγράφου 3, σύμφωνα με το Παράρτημα Ι του Προσαρτήματος Γ', όταν οι μελέτες δεν εκπονούνται και οι υπηρεσίες δεν παρέχονται από το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, 11 (β) ως «δημόσιες συμβάσεις γενικών υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, πλην των αναφερομένων στην υποπερίπτωση α' της παρούσας περίπτωσης, συμπεριλαμβανομένων των συμβουλευτικών υπηρεσιών, [...]

6. Η διάταξη του άρθρου 5 («Κατώτατα όρια (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και Κανονισμός (ΕΕ) 2015/2170)») του ιδίου ως άνω νόμου ορίζει ότι: «Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: (...) β) 135.000€ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. Αν οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ανατίθενται από τις αναθέτουσες αρχές που δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, το εν λόγω κατώτατο όριο ισχύει μόνο για τις συμβάσεις που αφορούν τα οριζόμενα στο Παράρτημα ΙΙΙ του Προσαρτήματος Α' προϊόντα, γ) 209.000€ 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 εμπíπτουν στο Παράρτημα ΙΙΙ του Προσαρτήματος Α', [...]

Ακολούθως, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2019/1828 της Επιτροπής της 30ής Οκτωβρίου 2019, τα κατώτατα όρια εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ από 1/1/2020 διαμορφώθηκαν ως εξής: «1) Το άρθρο 4 τροποποιείται ως εξής: α) στο στοιχείο α), το ποσό «5 548 000 EUR» αντικαθίσταται από το ποσό «5 350 000 EUR», β) στο στοιχείο β), το ποσό «144 000 EUR» αντικαθίσταται από το ποσό «139 000 EUR», γ) στο στοιχείο γ), το ποσό «221 000 EUR» αντικαθίσταται από το ποσό «214 000 EUR».

7. Στις διατάξεις των παρ. 1, 3, 4 και 9 του άρθρου 6 («Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)») του ίδιου ως άνω νόμου προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «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 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 κατατέμενεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. 4. Η εκτιμωμένη 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. 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. Στο άρθρο 32 («Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)») παρ. 2 περ. α' του ίδιου ως άνω νόμου 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. [...]».

9. Όσον αφορά στους εφαρμοστέους κανόνες διαφάνειας και δημοσιότητας, στο ν. 4412/2016, ως ισχύει, προβλέπονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: **α)** παρ. 1 του άρθρου 22 («Κανόνες που εφαρμόζονται στις επικοινωνίες (άρθρο 22 παράγραφοι 1- 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)»: «1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 1 του άρθρου 36, όλες οι επικοινωνίες, καθώς και όλες οι ανταλλαγές πληροφοριών δυνάμει του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ιδίως η ηλεκτρονική υποβολή, εκτελούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του παρόντος άρθρου, των άρθρων 36 και 37 και του Παραρτήματος IV του Προσαρτήματος Α'. [...]», **β)** παρ. 1 του άρθρου 36 («Υποχρέωση χρήσης – Λειτουργία ΕΣΗΔΗΣ»): «1. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ.», **γ)** παρ. 1 του άρθρου 61 («Έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης»): «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 [...]», **δ)** παρ. 1 και 2 του άρθρου 65 («Σύνταξη και λεπτομέρειες δημοσίευσης των προκηρύξεων και γνωστοποιήσεων (άρθρο 51 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)»: «1. Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 62, 63 και 64 περιλαμβάνουν τις πληροφορίες που προβλέπονται στο Παράρτημα V

του Προσαρτήματος Α' υπό τη μορφή τυποποιημένων εντύπων, συμπεριλαμβανομένων και των τυποποιημένων εντύπων για τα διορθωτικά. 2. Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 62 έως 64 συντάσσονται, διαβιβάζονται με ηλεκτρονικά μέσα στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης και δημοσιεύονται, σύμφωνα με το Παράρτημα VIII του Προσαρτήματος Α', ε) παρ. 4 του άρθρου 66 («Δημοσίευση σε εθνικό επίπεδο (άρθρο 52 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)»): «4. Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο δεν περιλαμβάνουν πληροφορίες άλλες από εκείνες που περιέχονται στις προκηρύξεις και γνωστοποιήσεις που αποστέλλονται στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης ή δημοσιεύονται στο «προφίλ αγοραστή» αλλά αναφέρουν την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης/γνωστοποίησης που εστάλη στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης ή της δημοσίευσης στο «προφίλ αγοραστή», στ) παρ. 1 του άρθρου 67 («Ηλεκτρονική διάθεση των εγγράφων της σύμβασης (άρθρο 53 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)»): «1. Οι αναθέτουσες αρχές προσφέρουν ελεύθερη, πλήρη, άμεση και δωρεάν ηλεκτρονική πρόσβαση στα έγγραφα της σύμβασης από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης/γνωστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 65 ή την ημερομηνία αποστολής της πρόσκλησης επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος. Το κείμενο της προκήρυξης, γνωστοποίησης ή της πρόσκλησης επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος προσδιορίζει τη διεύθυνση διαδικτύου στην οποία διατίθενται τα έγγραφα της σύμβασης.», ζ) παρ. 1 και 4 του άρθρου 27 («Ανοικτή διαδικασία (άρθρο 27 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)»): «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».

10. Τέλος, στην παρ. 1 του άρθρου 376 («Μεταβατικές διατάξεις (άρθρα 90 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 106 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις, [...] που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 3 έως 221), [...], και η έναρξη της διαδικασίας σύναψης των οποίων, σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, [...] λαμβάνει χώρα μετά την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου».

III. Νομική Εκτίμηση

11. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Γόρτυνας, 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 συνολικής εκτιμώμενης αξίας 883.145,16€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (1.095.100,00€ 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, 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 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 αποδειξέως 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, συνέχεται 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:

Ο Δήμος Γόρτυνας διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, προϋπολογισμού δαπάνης 1.125.900,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για την προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για τις ανάγκες των υπηρεσιών του, των νομικών του προσώπων και των Σχολικών Επιτροπών, ο οποίος απέβη εν μέρει άγονος όσον αφορά το Τμήμα 1 (Καύσιμα).

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.

Στο ανωτέρω πλαίσιο, ωστόσο, επισημαίνονται από την Αρχή για τη βελτίωση των διαδικασιών τα εξής: Λαμβανομένου υπόψιν του φυσικού αντικείμενου του Τμήματος 1 της υπό εξέταση διακήρυξης, το οποίο επιμερίζεται σε πετρέλαιο κίνησης, πετρέλαιο θέρμανσης και βενζίνη αμόλυβδη, η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να εξετάσει την υποδιαίρεση της οικείας ομάδας σε τμήματα ανά είδος ώστε να δύναται να υποβληθεί προσφορά από μεγαλύτερο αριθμό οικονομικών φορέων, ίδια δε ΜΜΕ.

15.2. Ως προς τη μη υποβολή προσφοράς ή τη μη ύπαρξη κατάλληλης προσφοράς: Με την υπ' αριθμ.

275/24.07.2020 (Πρακτικό 18°/2020) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Γόρτυνας αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων, η κήρυξη του διαγωνισμού ως προς το Τμήμα 1 («Καύσιμα: Αμόλυβδη βενζίνη 95 οκτ., πετρέλαιο diesel κίνησης, πετρέλαιο θέρμανσης») αυτού ως άγονου, διότι δεν κατατέθηκε καμία προσφορά, η ματαίωση του διαγωνισμού ως προς το εν λόγω τμήμα και η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση κατ' άρθρο 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016 κατόπιν της παροχής σύμφωνης γνώμης της Αρχής κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011.

15.3. Ως προς τη μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης: Στο σχέδιο απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Γόρτυνας γίνεται ρητή αναφορά στην προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για το Τμήμα 1 (Καύσιμα) για το οποίο δεν κατατέθηκε καμία προσφορά, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων του προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού.

16. Κατόπιν των ανωτέρω, από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις προαναφερόμενες διατάξεις, διαπιστώνεται ότι συντρέχουν κατά περίπτωση οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016 για την παροχή σύμφωνης γνώμης για τη ζητούμενη προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης.

Όμως, κατά την άποψη του Προέδρου της Αρχής, για λόγους χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης και διαφάνειας, λόγω του ότι το αίτημα αφορά την προμήθεια υγρών καυσίμων θέρμανσης και κίνησης συνολικής εκτιμώμενης αξίας € 883.145,16€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (1.095.100,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), για χρονική διάρκεια 3 ετών από την υπογραφή της σύμβασης, δηλαδή για να καλύψει ετήσιες, προβλέψιμες, πάγιες και διαρκείς ανάγκες σημαντικότητας οικονομικού αντικειμένου, ορθότερο, από άποψη σκοπιμότητας, θα ήταν να επαναληφθεί ο διαγωνισμός για το υπό εξέταση τμήμα ενδεχομένως με περαιτέρω υποδιαίρεση σε τμήματα ανά είδος, κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα, και να μην προσφύγει στην εξαιρετική διαδικασία της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης.

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. **κατά πλειοψηφία** αποφασίζει:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του Δήμου Γόρτυνας, κατ' άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ' υποπερ. (δδ) του ν. 4013/2011, για την προσφυγή του σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατ' άρθρο 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την προμήθεια υγρών καυσίμων για τις ανάγκες των υπηρεσιών του, των νομικών του προσώπων και των Σχολικών Επιτροπών, για χρονική διάρκεια 3 ετών από την υπογραφή της σύμβασης, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 883.145,16€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (1.095.100,00€ 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 τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 2 Σεπτεμβρίου 2020

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης