



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΓΝΩΜΗ

Δ3 Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ/2023

άρθρο 32 παρ. 2 περ. α' του ν.4412/2016.

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ

της παρ. 5 του άρθρου 353 του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 10 του ν. 4912/2022

Στην Αθήνα σήμερα, 13 Ιανουαρίου 2023, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ. στα επί της οδού Κεφαλληνίας 45 & Κομνά Τράκα γραφεία της, συνήλθε η ως άνω Επιτροπή της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής και «Αρχή» ή «ΕΑΔΗΣΥ») σε συνεδρίαση, μετά από σχετική πρόσκληση της Προέδρου, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα Μέλη.

Τα προσκληθέντα Μέλη της Επιτροπής παρέστησαν κατά τη συνεδρίαση, ως εξής:

Πρόεδρος: Ανδρονίκη Θεοδοκάτου (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Σύμβουλοι : Ευαγγελία Κουτούπα (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Δημήτριος Χανής

Μέλη: Χρυσάνθη Ζαράρη (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Αδάμ Καραγλάνης

Βασιλική Σκαρτσούνη (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης, ΠΕ Διοικητικού Οικονομικού Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ

Εισηγήτρια: Ζωή Μεταξιώτου, Χημικός Μηχανικός, PhD Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, Υπάλληλος Αυτοτελούς Γραφείου Θεσσαλονίκης

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης, παρέστησαν η Εισηγήτρια (μέσω τηλεδιάσκεψης από το γραφείο Θεσσαλονίκης) η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης, Μ. Παναγοηλιοπούλου, καθώς και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης

Ελέγχου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Μαριλένας Σιδέρη, οι οποίες αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας των Μελών της Επιτροπής και τη λήψη απόφασης.

ΘΕΜΑ: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής περί προσφυγής του Δήμου Θερμαϊκού στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης, βάσει του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας καυσίμων προς κάλυψη των αναγκών του Δήμου και νομικών του προσώπων (ΤΜΗΜΑ 1) εκτιμώμενης αξίας ενός εκατομμυρίου διακοσίων τεσσάρων χιλιάδων εξακοσίων ενενήντα πέντε ευρώ (1.204.695,00 €) μη περιλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, κατόπιν άγονου ως προς το ανωτέρω τμήμα προηγηθέντος διαγωνισμού άνω των ορίων.

Με το υπ' Αρ. Πρωτ. 21894 /19/12/2022 αίτημά του, το οποίο παρελήφθη στις 20.12.2022 (Αρ. Πρωτ. Εισερχ. Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 6515), ο Δήμος Θερμαϊκού (εφεξής αναθέτουσα αρχή) αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ του ν. 4412/2016, προκειμένου να προσφύγει στη «*διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του Ν. 4412/2016*» για τη σύναψη σύμβασης **προμήθειας καυσίμων**, εκτιμώμενης αξίας ενός εκατομμυρίου διακοσίων τεσσάρων χιλιάδων εξακοσίων ενενήντα πέντε ευρώ (1.204.695,00 €) μη περιλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, κατόπιν **άγονου, ως προς το ΤΜΗΜΑ 1, προηγηθέντος** ανοικτού ηλεκτρονικού **διαγωνισμού άνω των ορίων**, για το οποίο δεν υπεβλήθη καμία προσφορά.

I. Ιστορικό – Πραγματικά περιστατικά

7. Από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης προκύπτει ότι, πριν την υποβολή του παρόντος αιτήματος, ο Δήμος Θερμαϊκού, ο οποίος αποτελεί Μη Κεντρική Αναθέτουσα Αρχή κατά το άρθρο 2 παρ. 1 περ. 3 του ν. 4412/2016, διενήργησε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας καυσίμων του Δήμου και των νομικών του προσώπων για δύο (2) έτη.

1.1. Ο ανωτέρω διαγωνισμός αφορούσε στην προμήθεια καυσίμων για την κίνηση των οχημάτων και των μηχανημάτων έργου και την προμήθεια πετρελαίου θέρμανσης για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου Θερμαϊκού, των Νομικών του Προσώπων και των Σχολικών Επιτροπών Α'/θμιας και Β'/θμιας εκπαίδευσης. Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): 09134100-8 [Πετρέλαιο Diesel Κίνησης], 09135100-5 [Πετρέλαιο Θέρμανσης], 09132100- 4 [Βενζίνη Αμόλυβδη].

Η συνολική εκτιμώμενη αξία της προμήθειας, η οποία υποδιαιρείτο σε έξι (6) τμήματα, ανέρχεται στο ποσό των **2.633.615,00 €** μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ (24%) ενώ ως **κριτήριο ανάθεσης επελέγη η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής**. Ο εν λόγω διαγωνισμός **απέβη άγονος ως προς το ΤΜΗΜΑ 1 (ΟΜΑΔΑ Α1: «ΚΑΥΣΙΜΑ ΚΙΝΗΣΗΣ ΔΗΜΟΥ ΘΕΡΜΑΪΚΟΥ»)**, εκτιμώμενης αξίας 1.204.695,00 € πλέον ΦΠΑ 24%, λόγω μη υποβολής προσφορών.

1.2. Στις **18.10.2022** απεστάλη στην **Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης** με ηλεκτρονικά μέσα η προκήρυξη 2022/S 204-578338 του ανωτέρου διαγωνισμού, η οποία αναρτήθηκε στην αντίστοιχη ιστοσελίδα της ΕΕ στις 21.10.2022.

Η περίληψη της διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού (ΑΔΑ: ΨΗΕΕΩΡ2-Ν2Ζ):

- Αναρτήθηκε στον ιστότοπο «ΔΙΑΥΓΕΙΑ» <http://et.diavgeia.gov.gr/> (ΑΔΑ: ΨΗΕΕΩΡ2-Ν2Ζ), στον Πίνακα ανακοινώσεων και στην επίσημη ιστοσελίδα του Δήμου Θερμαϊκού στη διεύθυνση (URL): www.thermaikos.gr.
- Δημοσιεύθηκε στην ημερήσια τοπική εφημερίδα «Η Θεσσαλονίκη Σήμερα», στις 22.10.2022 και στην τοπική εβδομαδιαία εφημερίδα «Επτά ημέρες», στις 28.10.2022

Η Διακήρυξη δημοσιεύθηκε:

- Στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), στις 21.10.2022 (ΑΔΑΜ 22PROC011467523).
- Στον ιστότοπο του ΕΣΗΔΗΣ στις 21.10.2022, όπου καταχωρήθηκαν επίσης όλα τα έγγραφα της προς σύναψη σύμβασης και έλαβαν **Συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 172309**.

Ως **ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών** στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ ορίστηκε η **21η.10.2022** και ως **καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών** ορίστηκε η **28η.11.2022** και ώρα 13:00 μ.μ. Ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης ορίστηκε η 02.12.2022 και ώρα 11:06 π.μ.

1.3. Στο **άρθρο 1.3** της διακήρυξης, με τίτλο «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου» και τις επιμέρους διατάξεις του ορίζονται τα εξής:

“ Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια καυσίμων για την κίνηση των οχημάτων και των μηχανημάτων έργου και η προμήθεια πετρελαίου θέρμανσης, για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου Θερμαϊκού, των Νομικών του Προσώπων, των Σχολικών Επιτροπών Α'/θμιας και Β'/θμιας εκπαίδευσης, για διάστημα δύο (2) ετών από την υπογραφή της σύμβασης ή μέχρι εξαντλήσεως του οικονομικού αντικειμένου.

Στην προμήθεια περιλαμβάνονται όλα τα οχήματα και μηχανήματα έργου του Δήμου Θερμαϊκού, ενώ έχουν προβλεφθεί και όσα οχήματα ή μηχανήματα έργου πρόκειται να προμηθευτεί ο Δήμος κατά τη διάρκεια του χρόνου ισχύος της σύμβασης που θα συναφθεί, με βάση τη σχετική μελέτη. Κατ' αναλογία περιλαμβάνεται η προμήθεια πετρελαίου θέρμανσης για κάθε νέο Δημοτικό κτίριο και κτίριο Ν.Π. που θα λειτουργήσει κατά τη διάρκεια ισχύος της σύμβασης που θα συναφθεί, με βάση τη σχετική μελέτη.

Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): 09134100-8 [Πετρέλαιο Diesel Κίνησης], 09135100-5 [Πετρέλαιο Θέρμανσης], 09132100- 4 [Βενζίνη Αμόλυβδη].

Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι έξι (6) τμήματα:

- **ΤΜΗΜΑ 1 (ΟΜΑΔΑ Α1): «ΚΑΥΣΙΜΑ ΚΙΝΗΣΗΣ ΔΗΜΟΥ ΘΕΡΜΑΙΚΟΥ»** (περιλαμβάνει 95.000 λίτρα αμόλυβδη βενζίνη και 700.000 λίτρα πετρέλαιο κίνησης), εκτιμώμενης αξίας 1.204.695,00 € πλέον ΦΠΑ 24%

- **ΤΜΗΜΑ 2 (ΟΜΑΔΑ Α2):** «ΚΑΥΣΙΜΑ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΔΗΜΟΥ ΘΕΡΜΑΙΚΟΥ» (περιλαμβάνει 235.000 λίτρα), εκτιμώμενης αξίας 301.975,00 € πλέον ΦΠΑ 24%
- **ΤΜΗΜΑ 3 (ΟΜΑΔΑ Β):** «ΚΑΥΣΙΜΑ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΔΗ.Κ.Ε.Θ.» (περιλαμβάνει 10.000 λίτρα), εκτιμώμενης αξίας 12.850,00 € πλέον ΦΠΑ 24%
- **ΤΜΗΜΑ 4 (ΟΜΑΔΑ Γ):** «ΚΑΥΣΙΜΑ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ ΔΗ.Π.Π.Α.Κ.Υ.Θ.» (περιλαμβάνει 22.000 λίτρα), εκτιμώμενης αξίας 28.270,00 € πλέον ΦΠΑ 24%
- **ΤΜΗΜΑ 5 (ΟΜΑΔΑ Δ):** «ΚΑΥΣΙΜΑ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ Α/ΘΜΙΑΣ Σ.Ε.» (περιλαμβάνει 460.000 λίτρα), εκτιμώμενης αξίας 591.100,00 € πλέον ΦΠΑ 24%
- **ΤΜΗΜΑ 6 (ΟΜΑΔΑ Ε):** «ΚΑΥΣΙΜΑ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ Β/ΘΜΙΑΣ Σ.Ε.» (περιλαμβάνει 385.000 λίτρα), εκτιμώμενης αξίας 494.725,00 € πλέον ΦΠΑ 24% [...]

[...] Η διάρκεια των συμβάσεων ορίζεται σε δύο (2) έτη από την υπογραφή τους ή έως την ανάλωση του ενδεικτικού προϋπολογισμού ή της ποσότητας των ειδών, αν αυτό συμβεί πρώτο. [...]

[...] Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της τιμής (για όλες τις ομάδες Α1, Α2, Β, Γ, Δ και Ε), η οποία θα προκύπτει από το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης, με ανάλυση έως δύο (2) δεκαδικά ψηφία, επί τοις εκατό (%) στη μέση τιμή λιανικής πώλησης την ημέρα παράδοσης, όπως αυτές υπολογίζονται από το Παρατηρητήριο Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων (<http://www.fuelprices.gr/>) την ημέρα παράδοσης, στον νομό Θεσσαλονίκης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 63 του Ν. 4257/2014.”

1.4. Στην ενότητα **Κριτήρια Επιλογής** και ειδικότερα στο **άρθρο 2.2.6** της διακήρυξης με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ορίζεται ότι:

“Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται:

Για τα Καύσιμα κίνησης Δήμου Θερμαϊκού (Ομάδα Α1):

- Οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν Άδεια λειτουργίας της εγκατάστασης τροφοδοσίας (πρατήριο) σε ισχύ και
- Οι εγκαταστάσεις του πρατηρίου (του οικονομικού φορέα ή συνεργαζόμενου με αυτόν) να είναι εντός των ορίων του Δήμου Θερμαϊκού ή όμορων Δήμων και πάντως να μην απέχουν περισσότερο από 15 km από την έδρα του Δήμου Θερμαϊκού (Δημαρχιακό Μέγαρο Περαιάς, Μεγάλου Αλεξάνδρου 2, Τ.Κ. 57019) επειδή ο εφοδιασμός των οχημάτων και μηχανημάτων του Δήμου Θερμαϊκού θα γίνεται στις εν λόγω εγκαταστάσεις (η αναφορά στην απόσταση αφορά **ακτίνα** και όχι πραγματική απόσταση οδού, η οποία μπορεί να είναι μεγαλύτερη).

Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης.”

Στην ίδια ενότητα της διακήρυξης και ειδικότερα στο **άρθρο 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα** και την παράγραφο Β.4 ορίζεται ότι:

“ Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν:

Για τα Καύσιμα κίνησης Δήμου Θερμαϊκού (Ομάδα Α1):

- Άδεια λειτουργίας της εγκατάστασης τροφοδοσίας (πρατήριο υγρών καυσίμων) σε ισχύ και
- Υπεύθυνη δήλωση ότι οι εγκαταστάσεις του πρατηρίου (του οικονομικού φορέα ή συνεργαζόμενου με αυτόν) είναι εντός των ορίων του Δήμου Θερμαϊκού ή όμορων Δήμων και η απόστασή τους δεν είναι μεγαλύτερη από **15 km (ακτίνα)** από την έδρα του Δήμου Θερμαϊκού, συνοδευόμενη από εκτύπωση του GOOGLE EARTH, στην οποία θα σημειώνονται τόσο η έδρα του Δήμου, όσο και οι εγκαταστάσεις (πρατήριο), με την απόσταση μεταξύ τους.”

Στην ενότητα **2.3 «Κριτήρια Ανάθεσης»** και ειδικότερα στο **άρθρο 2.4.3.2 «Τεχνική προσφορά»** αναφέρονται τα εξής:

“[...] Οι οικονομικοί φορείς πρέπει να καταθέσουν (**επί ποινή αποκλεισμού**):[...]

[...] 3. Υπεύθυνη δήλωση ότι η απόσταση των εγκαταστάσεων του προμηθευτή δεν είναι μεγαλύτερη από 15 km (ακτίνα) από την έδρα του Δήμου Θερμαϊκού, συνοδευόμενη από εκτύπωση του GOOGLE EARTH, στην οποία θα σημειώνονται τόσο η έδρα του Δήμου, όσο και οι εγκαταστάσεις (πρατήριο) του, με την απόσταση μεταξύ τους (απαιτείται μόνο εφόσον ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στην ομάδα που περιλαμβάνει **καύσιμα κίνησης**).”

1.5. Στο **άρθρο 6.7** της Διακήρυξης με τίτλο «Αναπροσαρμογή τιμής» αναφέρεται ότι:

“Η τιμή αναπροσαρμόζεται με βάση την τιμή αναφοράς όπως αυτή προκύπτει από το Παρατηρητήριο Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων (<http://www.fuelprices.gr/>) την ημέρα παράδοσης, στον νομό Θεσσαλονίκης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 63 του Ν. 4257/2014, εφαρμοζόμενου του ποσοστού έκπτωσης της προσφοράς του αναδόχου. Το ποσοστό έκπτωσης της προσφοράς θα είναι σταθερό και αμετάβλητο καθ’ όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης και δεν υπόκειται σε καμία αναθεώρηση για κανένα λόγο.”

1.6. Τέλος, στην Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ: ΨΗΕΕΩΡ2-Ν2Ζ) αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι:

“[...] **Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό** παρέχεται σε φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή ενώσεις οικονομικών φορέων (άρθρο 2.2.1 Διακήρυξης) που ασκούν δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας (άρθρο 2.2.4 Διακήρυξης), που καλύπτουν τα κριτήρια επιλογής (άρθρο 2.2.6. Διακήρυξης) και που διαθέτουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή (άρθρο 2.4.2.1 Διακήρυξης).[...]”

2. Στις 02.12.2022 συνεδρίασε η Επιτροπή Διενέργειας / Αξιολόγησης Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών του Δήμου Θερμαϊκού για το έτος 2022, όπως αυτή ορίστηκε με τις υπ. αριθμ. 386/2021 και 314/2022 αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής, και προέβη στην αποσφράγιση του διαγωνισμού με Συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 172308. Σύμφωνα με το 1^ο Πρακτικό της εν λόγω Επιτροπής (Αρ. Πρωτ. 21179/07.12.2022), κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και των υποβληθέντων φακέλων Τεχνικής Προσφοράς προέκυψε ότι:

“[...] Για την ομάδα Α1 «ΚΑΥΣΙΜΑ ΚΙΝΗΣΗΣ ΔΗΜΟΥ ΘΕΡΜΑΪΚΟΥ» εκτιμώμενης αξίας 1.204.695,00 € πλέον ΦΠΑ 24% δεν έχει υποβληθεί καμία προσφορά με αποτέλεσμα ο διαγωνισμός να έχει αποβεί άγονος για την εν λόγω Ομάδα και κατά συνέπεια προτείνεται η ματαίωση του διαγωνισμού για την Ομάδα αυτή. [...]”

3. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή με την από 20.12.2022 Βεβαίωσή της δηλώνει ότι:
- ▶ “[...] δεν έχουν κοινοποιηθεί έως σήμερα και δεν εκκρεμούν ενστάσεις-προσφυγές-ασφαλιστικά μέτρα και λοιπά ένδικα βοηθήματα ή μέσα, κατά των όρων της 594/17835/14-10-2022 διακήρυξης και κατά του αποτελέσματος του διαγωνισμού για την ανάθεση της «**Προμήθειας καυσίμων Δήμου Θερμαϊκού και νομικών του προσώπων για δύο (2) έτη**» και ειδικότερα για το **Τμήμα 1 «Καύσιμα κίνησης Δήμου Θερμαϊκού**».”
 - ▶ Επιπροσθέτως, στο προσκομισθέν Σχέδιο απόφασης αναφέρεται ότι κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση **δεν θα τροποποιηθούν ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης.**

Τούτων δοθέντων η αναθέτουσα αρχή αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας καυσίμων κίνησης του Δήμου Θερμαϊκού (Τμήμα 1) για δύο (2) έτη κατόπιν άγονης προηγηθείσας ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας λόγω μη υποβολής προσφορών για το Τμήμα 1.

II. Νομικό Πλαίσιο

4. Στη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του νόμου 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι: “2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και δημόσιες συμβάσεις 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 αίτημά 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 [...]”.
5. Σύμφωνα με την παράγραφο 9 του άρθρου 53 «Περιεχόμενο των εγγράφων της σύμβασης» του ν. 4412/2016 “[...] Στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμηθειών, όταν από τα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται διάρκεια της σύμβασης

μεγαλύτερη των δώδεκα (12) μηνών, περιλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης όρος περί αναπροσαρμογής της τιμής, υπό τους περιορισμούς του [άρθρου 132](#), περί τροποποίησης συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους. Σε περίπτωση εκπρόθεσμης παράδοσης, με υπαιτιότητα του αναδόχου, ο χρόνος παράτασης δεν λαμβάνεται υπόψη για την αναπροσαρμογή. Προκαταβολή που χορηγήθηκε αφαιρείται από την προς αναπροσαρμογή συμβατική αξία.

9α. Στα έγγραφα της σύμβασης για την αναπροσαρμογή της τιμής εφαρμόζεται ο τύπος:

$$T = T\text{-προσφοράς} \times (1 + \Delta TK)$$

Όπου:

ΔTK: ο δείκτης τιμών καταναλωτή της συγκεκριμένης κατηγορίας στην οποία υπάγονται τα αγαθά, όπως έχει ανακοινωθεί από την Ελληνική Στατιστική Αρχή (ΕΛ.ΣΤΑΤ.) για τον μήνα που προηγείται του χρόνου παράδοσης των αγαθών, σε σχέση με τον ίδιο μήνα του έτους κατά το οποίο υποβλήθηκε η προσφορά του οικονομικού φορέα, και ανακοινώνεται σε μηνιαία βάση από το Υπουργείο Ανάπτυξης και Επενδύσεων

T - προσφοράς: η τιμή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα στον οποίο ανατίθεται η σύμβαση και *T*: η αναπροσαρμοσμένη τιμή.

Η αναπροσαρμογή της τιμής εφαρμόζεται μόνο αν, κατά τον χρόνο παράδοσης των αγαθών, συντρέχουν αθροιστικά οι εξής συνθήκες:

- α) έχουν παρέλθει δώδεκα (12) μήνες τουλάχιστον από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, που καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης,
- β) ο δείκτης τιμών καταναλωτή (*ΔTK*) είναι μικρότερος από μείον τρία τοις εκατό (-3%) και μεγαλύτερος από τρία τοις εκατό (3%),
- γ) η αναθέτουσα αρχή διαθέτει τις απαραίτητες πιστώσεις για την εφαρμογή της αναπροσαρμογής της τιμής.

Στα έγγραφα της σύμβασης μπορεί να προβλέπεται άλλος τύπος αναπροσαρμογής της τιμής εφόσον αυτός είναι σαφής, συγκεκριμένος, αποτυπώνεται μαθηματικά και αιτιολογείται ειδικά βάσει των ιδιαιτεροτήτων της σύμβασης ή εφόσον οι τιμές των αγαθών υπολογίζονται, βάσει επίσημων τιμών αναφοράς (παρατηρητήρια τιμών).[...]”.

III. Νομική Εκτίμηση

7. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Θερμαϊκού, ο οποίος εντάσσεται στις Μη Κεντρικές Αναθέτουσες Αρχές (Μη Κ.Α.Α.) κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 3 του ν. 4412/2016, αφορά στη σύναψη σύμβασης προμήθειας μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, βάσει των διατάξεων της παραγράφου 2 περ. α' του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Η ανωτέρω σύμβαση εντάσσεται στην κατηγορία δημοσίων συμβάσεων προμηθειών για τις οποίες ως κατώτατο ενωσιακό όριο, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, έχει ορισθεί το ποσό των ευρώ 215.000 € πλέον ΦΠΑ, για Μη Κεντρικές Αναθέτουσες Αρχές (Μη Κ.Α.Α.). Το ποσό της αιτούμενης σύμβασης (1.204.695,00 € πλέον ΦΠΑ) υπερβαίνει το κατώτατο όριο του άρθρου 5 παρ. γ' του ν.

4412/2016 και ως εκ τούτου συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής, για την έκδοση σύμφωνης γνώμης, κατ' άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, όπως ισχύει.

8. 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 αναγνωριζόμενων 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).
9. Η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ρητά, ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της, τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016.
10. Ειδικότερα, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να συνάπτουν συμβάσεις με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, εφόσον συντρέχουν οι κάτωθι προϋποθέσεις:
 - 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) κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης.
 - δ) Επιπλέον, σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής έκθεσης.

Επισημαίνεται, ότι σχετικά με την ως άνω υπό α) προϋπόθεση, όπως παγίως έχει κριθεί, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή των προαναφερόμενων διατάξεων, 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 (Ε.Σ. αποφ. VI Τμ. 466/2011, 1249/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012, 935/2013 κ.α.).

11. Εν προκειμένω, από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου της υπό κρίση υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

11.1. Ως προς την προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας:

Ο Δήμος Θερμαϊκού, λαμβάνοντας υπόψη:

- Τις υπ' αριθ. 851/15852/2022, 853/15859/2022, 854/15862/2022, 855/15865/2022, 856/15866/2022 Αποφάσεις Ανάληψης Υποχρέωσης Πολυετών Δαπανών (Εγκεκριμένο Αίτημα στο ΚΗΜΔΗΣ 22REQ011301639)
- Τις υπ' αριθ. 386/2021 και 314/2022 Αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής περί Ορισμού Επιτροπής Διενέργειας/Αξιολόγησης διαδικασιών σύναψης δημοσίων Συμβάσεων υπηρεσιών για το 2022
- Την υπ' αριθ. 367/2022 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, σύμφωνα με την οποία εγκρίνονται οι τεχνικές προδιαγραφές και η υλοποίηση της 2/2022 Μελέτης,

προέβη στην προκήρυξη ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού προμήθειας καυσίμων και ενέκρινε το σχέδιο της διακήρυξης, με το οποίο καθορίζονται οι όροι του διαγωνισμού.

Από το προπαρατεθέν ιστορικό και τα στοιχεία του υποβληθέντος φακέλου καθώς και τα στοιχεία της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων, ως προς την κατάρτιση των όρων της ως άνω διακήρυξης, την τήρηση των όρων δημοσιότητας και τη διενέργεια της διαδικασίας του διαγωνισμού, προκύπτουν τα εξής:

- i. **Όροι Διακήρυξης:** Η ως άνω διακήρυξη (22PROC011467523 2022-10-21) έχει συνταχθεί σύμφωνα με το Υπόδειγμα Διακήρυξης της ΕΑΔΗΣΥ για τη Σύναψη Σύμβασης Προμήθειας με Ανοικτή Διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ (Έκδοση Σεπτέμβριος 2021). Από τον έλεγχο των επιμέρους όρων της σύμβασης προέκυψαν τα ακόλουθα:
 - a. Τίθεται εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής **γεωγραφικός περιορισμός** αναφορικά με το ΤΜΗΜΑ 1 (ΟΜΑΔΑ Α1), ο οποίος αφορά στα **κριτήρια επιλογής** (Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα), ενώ **ο εν λόγω γεωγραφικός περιορισμός αποτελεί, επιπλέον, προϋπόθεση συμμετοχής** στη διαγωνιστική διαδικασία (βλ. σχετικά παρ. 1.4 και 1.6 της παρούσης). Σημειωτέον, ότι στο σημείο 2.2.9.2 «Αποδεικτικά μέσα» της διακήρυξης, για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας απαιτείται η προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης στην οποία να δηλώνεται ρητά η πλήρωση του εν λόγω όρου της παραγράφου 2.2.6 της διακήρυξης (ως αποδεικτικό μέσο πλήρωσης όρου συμμετοχής). Η Αρχή έχει επισημάνει (Πρβλ. σχετικά Κ.Ο. 27) ότι “[...] η αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται να θέτει ως λόγους αποκλεισμού ή προϋποθέσεις συμμετοχής/κριτήρια επιλογής στη διαγωνιστική διαδικασία όρους, οι οποίοι αντίκεινται στις αρχές της απαγόρευσης διακρίσεων και της αναλογικότητας και δεν δικαιολογούνται από την εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος. Ομοίως, δεν επιτρέπεται να συνεκτιμά και να αξιολογεί ως κριτήριο ανάθεσης, μέσω της χορήγησης επιπλέον βαθμών, γεωγραφικές παραμέτρους. Εφόσον οι αναθέτουσες αρχές το κρίνουν απαραίτητο και δικαιολογημένο, βάσει του ειδικότερου αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης και των λοιπών συνθηκών, έχουν ευχέρεια να περιλάβουν στα έγγραφα της σύμβασης αντίστοιχους όρους, αποκλειστικά ως ειδικούς όρους εκτέλεσης της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 130 παρ. 2 ν. 4412/2016. Ωστόσο, δεν επιτρέπεται να

εξαρτήσουν τη συμμετοχή υποψηφίων και άρα τον αποκλεισμό τους από ανάλογο γεωγραφικό περιορισμό, ούτε να αξιολογήσουν προσφορές και να αναθέσουν τη σύμβαση βάσει «γεωγραφικών» κριτηρίων. (Βλ. Γνώμες της Αρχής Δ82, Δ102/2020, Δ12/2018, 57, 61, 81, 83 και 110/2017).”
Επισημαίνεται, ότι ο ανωτέρω γεωγραφικός περιορισμός τίθεται μόνον για ,το εν λόγω ΤΜΗΜΑ 1 της σύμβασης.

Με δεδομένη πάντως τη ρητή αναφορά στη διακήρυξη ότι “[...] οι εγκαταστάσεις του πρατηρίου (του οικονομικού φορέα ή συνεργαζόμενου με αυτόν) πρέπει να είναι εντός των ορίων του Δήμου Θερμαϊκού ή όμορων Δήμων και η απόστασή τους δεν είναι μεγαλύτερη από 15 km (ακτίνα) από την έδρα του Δήμου Θερμαϊκού [...]”, κρίνεται ότι ο εν λόγω γεωγραφικός περιορισμός εν τοις πράγμασι αποσυνδέεται από την έδρα του υποψήφιου οικονομικού φορέα, καθόσον παρέχεται η δυνατότητα οι οικείες εγκαταστάσεις του πρατηρίου να ανήκουν και σε πρόσωπο ή πρόσωπα που συνεργάζονται με τον ανωτέρω. Ως εκ τούτου, ο ως άνω όρος δεν φέρεται να περιορίσει τη συμμετοχή των εν δυνάμει υποψηφίων οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό και συνεπώς ότι συνέχεται οπωσδήποτε με το άγονο αποτέλεσμα αυτού (πρβλ. σχετικώς Δ22ΕΑΔΗΣΥ/2022 σύμφωνη γνώμη της Αρχής).

Τούτο δε, παρά το γεγονός της αναφοράς στην ενότητα 2.3 «Κριτήρια Ανάθεσης» και ειδικότερα στο άρθρο 2.4.3.2 «Τεχνική προσφορά», ότι: “[...] Οι οικονομικοί φορείς πρέπει να καταθέσουν (επί ποινή αποκλεισμού):[...] [...] 3. Υπεύθυνη δήλωση ότι η απόσταση των εγκαταστάσεων του προμηθευτή δεν είναι μεγαλύτερη από 15 km (ακτίνα) από την έδρα του Δήμου Θερμαϊκού [...]», **η οποία, από προφανή παραδρομή, δεν συνοδεύεται από τη φράση «ή συνεργαζόμενου με αυτόν».**

Ειδικότερα, επί των ανωτέρω σημειώνεται ότι η συμπερίληψη γεωγραφικού περιορισμού στα κριτήρια επιλογής (Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα), ο οποίος αναφέρεται ρητά στις εγκαταστάσεις του οικονομικού φορέα ή συνεργαζόμενου με αυτόν, εφόσον κρίνεται απαραίτητη και δικαιολογημένη βάσει του ειδικότερου αντικειμένου της σύμβασης (π.χ. εξοικονόμηση οικονομικών και διοικητικών πόρων κατά τον ανεφοδιασμό των οχημάτων του Δήμου) δεν φέρεται να παραβιάζει τις γενικές αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού. Η εύλογη, όμως, ανάγκη ανεφοδιασμού των οχημάτων του Δήμου Θερμαϊκού εντός γεωγραφικών ορίων που διασφαλίζουν την ελαχιστοποίηση της κατανάλωσης καυσίμων θα μπορούσε να διευθετηθεί με ανάλογη συμπερίληψη σχετικής απαίτησης στους ειδικούς όρους εκτέλεσης της σύμβασης, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 130 παρ. 2 του ν. 4412/2016.

Σε κάθε περίπτωση, ο Δήμος Θερμαϊκού οφείλει, σε επόμενη διαγωνιστική διαδικασία με το ίδιο αντικείμενο, να τηρήσει τις προεκτεθείσες επισημάνσεις της Αρχής ως προς τον γεωγραφικό περιορισμό, λαμβάνοντας σχετική πρόνοια στους συναφείς όρους της οικείας διακήρυξης.

- ii. **Τήρηση Όρων Δημοσιότητας-Προθεσμίες:** Όπως προκύπτει από το προπαρατεθέν ιστορικό (βλ. παρ. 1.2), η προκήρυξη του διαγωνισμού απεστάλη στην ΕΕΕΕ στις **18.10.2022** με **καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών στις 28.11.2022**, ήτοι διάστημα μεγαλύτερο της προβλεπόμενης ελάχιστης προθεσμίας των 30 ημερών, σύμφωνα με το άρθρο 27 παρ. 4 του ν. 4412/2016.

11.2. Ως προς την προϋπόθεση της μη υποβολής προσφορών ή της υποβολής μη κατάλληλων προσφορών

Σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτ.:21179/07.12.2022 Πρακτικό αποσφράγισης φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και την υπ' αριθ. 474/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, για το ΤΜΗΜΑ 1 (ΟΜΑΔΑ Α1) δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά και ως εκ τούτου ο διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος και αποφασίστηκε η ματαίωσή του ως προς το τμήμα αυτό. Η μη υποβολή προσφορών για το εν λόγω τμήμα προκύπτει επιπλέον από την καταχώρηση των στοιχείων στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, κατόπιν σχετικής έρευνας στην οποία προέβη η Αρχή.

11.3. Ως προς τη μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης

Στο προσκομισθέν σχέδιο απόφασης αναφέρεται ότι, κατά την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του αρ. 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, δεν θα τροποποιηθούν ουσιωδώς οι όροι που τέθηκαν με τη διακήρυξη του προηγηθέντος ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Ενόψει των προεκτεθέντων, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Επιτροπή **ομόφωνα αποφασίζει:**

Την **παροχή σύμφωνης Γνώμης**, για την προσφυγή του Δήμου Θερμαϊκού σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, βάσει του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας καυσίμων, προς κάλυψη των αναγκών του **Δήμου** και νομικών του προσώπων (ΤΜΗΜΑ 1), εκτιμώμενης αξίας ενός εκατομμυρίου διακοσίων τεσσάρων χιλιάδων εξακοσίων ενενήντα πέντε ευρώ (1.204.695,00 €) μη περιλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, κατόπιν άγονου ως προς το οικείο τμήμα προηγηθέντος διαγωνισμού άνω των ορίων, λόγω συνδρομής των οικείων προϋποθέσεων.

Αθήνα, 13.01.2023

Η Πρόεδρος

Ανδρονίκη Θεοτοκάτου