



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ 40 ΕΑΔΗΣΥ/2024

(του άρθρου 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 4 του ν. 4912/2022)

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, 28 Μαρτίου 2024, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:30 π.μ., στα επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κομνά Τράκα γραφεία της, συνήλθε η ως άνω ΕΠΙΤΡΟΠΗ της ΕΝΙΑΙΑΣ ΑΡΧΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (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 Θεοτοκάτου (μέσω τηλεδιάσκεψης)

**Σύμβουλοι:** Ευαγγελία Κουτούπα (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Δημήτριος Χανής

**Μέλη:** Αδάμ Καραγλάνης

Βασιλική Σκαρτσούνη (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Χρυσάνθη Ζαράρη (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)

**Γραμματέας:** Αθανάσιος Λαμπράκης, ΠΕ Διοικητικού Οικονομικού

**Εισηγήτρια:** Δήμητρα Παπασταματίου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό ΕΑΔΗΣΥ

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν, η εισηγήτρια (μέσω τηλεδιάσκεψης), η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης, Μαρία Παναγοηλιοπούλου, καθώς και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου, Μαριλένα Σιδέρη, οι οποίες αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας των Μελών της Επιτροπής και τη λήψη απόφασης.

**ΘΕΜΑ:** Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή του Δήμου Παύλου Μελά στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης Προμήθειας Καυσίμων, προϋπολογισμού 412.515,0 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, για το χρονικό διάστημα από την ανάδειξη του αναδόχου μέχρι την 31η/12/2024.

Με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 5.3.24 (αριθ. πρωτ. εισερχ 2641/5.3.24), όπως συμπληρώθηκε με νέο μήνυμα στις 27.3.24 (αριθ. πρωτ. εισερχ 3308/27.3.24), ο Δήμος Παύλου Μελά αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, προκειμένου να προσφύγει στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, για την ανάθεση της σύμβασης του θέματος.

## **I. Ιστορικό – Πραγματικά Περιστατικά**

1. Στο κρινόμενο αίτημα εκτίθενται τα ακόλουθα:

Στις 11.12.2020 ο Δήμος Παύλου Μελά προκήρυξε διεθνή ανοικτό διαγωνισμό, με αντικείμενο την προμήθεια καυσίμων και ελαιολιπαντικών – προσθέτων, με εκτιμώμενη αξία 3.180.727,72 συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Μετά την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπεγράφησαν οι σχετικές συμβάσεις προμήθειας καυσίμων με την ανάδοχο εταιρεία « JET OIL INDUSTRIES A.E.» και με προβλεπόμενη ημερομηνία λήξης την 31<sup>η</sup>.12.2024

Η ανάδοχος εταιρεία, με το από 27.12.2023 έγγραφό της, γνωστοποίησε στην αναθέτουσα αρχή ότι στερείται της δυνατότητας εξυπηρέτησης των συμβάσεων που έχουν υπογραφεί μεταξύ αυτής και του Δήμου (συμπεριλαμβανομένων και των Νομικών του Προσώπων), για το χρονικό διάστημα που έπεται του Ιανουαρίου 2024, για λόγους ανωτέρας βίας.

2. Στις 8.1.2024 η Διεύθυνση Οικονομικών Υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 204 του ν.4412/2016, ζήτησε από την ανάδοχο να διευκρινίσει τους λόγους ανωτέρας βίας που επικαλέστηκε και να προσκομίσει, εντός 20 ημερών, τα απαραίτητα αποδεικτικά στοιχεία, τα οποία δεν προσκομίστηκαν εγκαίρως.

Κατόπιν των ανωτέρω, η αναθέτουσα απέστειλε στις 26.1.2024 έγγραφο προς τον δεύτερο μειοδότη του διαγωνισμού, με την επωνυμία "Ελληνικά Καύσιμα Ορυκτέλαια (ΕΚΟ) Α.Β.Ε.Ε", με το οποίο ζήτησε τη σύμφωνη γνώμη του για την ανάθεση σε αυτόν του ανεκτέλεστου αντικειμένου των σχετικών συμβάσεων. Η εταιρεία ΕΚΟ Α.Β.Ε.Ε., με το από 1.2.2024 έγγραφό της, δεν αποδέχτηκε την πρόταση της αναθέτουσας.

Ακολούθως, στις 30.1.2024 η αναθέτουσα απέστειλε αντίστοιχο περιεχομένου έγγραφο προς τον τρίτο μειοδότη του διαγωνισμού, με την επωνυμία "Χρήστος Κολοκυθάς και ΣΙΑ Α.Ε.", ο οποίος, ομοίως, με το από 31.1.2024 έγγραφο απάντησε αρνητικά.

Ακολούθως, η ανάδοχος εταιρεία JET OIL INDUSTRIES A.E. με το από 14.2.2024 έγγραφό της, εξέθεσε τα περιστατικά που, κατά τους ισχυρισμούς της, συνιστούν την κατάσταση ανωτέρας βίας. Ειδικότερα, ανέφερε ότι άλλαξε η μετοχική σύνθεση της εταιρείας και η νέα διοίκηση αρνήθηκε να προμηθεύει τα συμβατικά αγαθά στις προνομιακές τιμές που είχαν συμφωνηθεί. Η Επιτροπή Παρακολούθησης και Παραλαβής, με το από 19.2.2024 πρακτικό της, γνωμοδότησε υπέρ της απόρριψης του ισχυρισμού της αναδόχου περί ανωτέρας βίας και της κήρυξης αυτής ως εκπτώτου. Περαιτέρω, στις 20.2.2024, το δημοτικό συμβούλιο αποφάσισε την έκπτωση της αναδόχου εταιρείας και την ολική κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών της.

3. Προκειμένου να προκηρυχθεί νέος διαγωνισμός για την κάλυψη των αναγκών της αιτούσας, τόσο σε καύσιμα θέρμανσης, όσο και σε καύσιμα κίνησης, έχει ήδη κατατεθεί από 29.2.2024 Τεχνική Περιγραφή, προϋπολογισμού 2.755.702,5 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, για το χρονικό διάστημα 2024-2026.

4. Ενόψει των ανωτέρω, η αναθέτουσα αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, προκειμένου να προσφύγει στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατά το άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη συμβάσεων προμήθειας καυσίμων θέρμανσης - κίνησης, προϋπολογισθείσας δαπάνης 412.515,0 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, για το χρονικό διάστημα από την ανάδειξη του αναδόχου μέχρι την 31<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2024 ή μέχρι την ανάδειξη αναδόχου από τον διαγωνισμό που θα προκηρυχθεί με βάση τη με αριθμό 10474/28.2.2024 μελέτη (εφόσον αυτή λάβει χώρα νωρίτερα). Ειδικότερα, διευκρινίζει ότι στη σύμβαση που θα υπογραφεί με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης θα περιλαμβάνεται και ο όρος ότι "σε περίπτωση που ολοκληρωθεί ο εν εξελίξει διαγωνισμός πριν τη λήξη του εν λόγω χρονικού διαστήματος, οι υπογραφείσες συμβάσεις θα λήξουν αυτοδίκαια".

## II. Νομικό πλαίσιο

5. Στη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει στο εθνικό δίκαιο την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται 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: [...] γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη.»*

## III. Νομική Εκτίμηση

6. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Παύλου Μελά, ο οποίος αποτελεί μη κεντρική αναθέτουσα αρχή κατά τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 3 του ν. 4412/2016, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 1 περ. (8) του ίδιου νόμου. Ειδικότερα, πρόκειται περί διαδικασίας διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας για χρονικό διάστημα έως 31.12.2024, προϋπολογισμού 412.515,0 ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Το εν λόγω ποσό υπερβαίνει το κατώτατο όριο του άρθρου 5 παρ. γ' του ν. 4412/2016 και συνεπώς συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή της αιτούμενης σύμφωνης γνώμης, σύμφωνα με το άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ίδιου ως άνω νόμου.

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 (βλ. σχετικώς ΔΕΕ, αποφάσεις της 11<sup>ης</sup> 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). Οι ανωτέρω διατάξεις, στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις, οι οποίες 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, το δε

βάρος απόδειξης της συνδρομής των έκτακτων περιστάσεων που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει αυτός που τις επικαλείται (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις 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).

**7.** Ειδικότερα, για την εφαρμογή της επικαλούμενης νομικής βάσης θεμελίωσης του αιτήματος -άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016- απαιτείται η σωρευτική συνδρομή των ακόλουθων προϋποθέσεων: α) η ύπαρξη απρόβλεπτης περίπτωσης μη απορρέουσας από ευθύνη της αναθέτουσας αρχής, β) η ύπαρξη κατεπείγοντος, μη συμβιβαζόμενου με την τήρηση των προθεσμών διενέργειας διαγωνισμού και γ) η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της απρόβλεπτης περίπτωσης και του εξ αυτής απορρέοντος κατεπείγοντος.

Υπό τη συνδρομή των ανωτέρω προϋποθέσεων επιτρέπεται η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση μόνο στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, όπως ρητά επιτάσσει η σχετική διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016.

Ως απρόβλεπτες περιστάσεις νοούνται αιφνίδια πραγματικά γεγονότα, τα οποία δεν ήταν γνωστά στην αναθέτουσα αρχή, ούτε ανάγονται στη σφαίρα ευθύνης της και τα οποία κατέστησαν ανέφικτο τον έγκαιρο προγραμματισμό εκ μέρους της των ενεργειών που ήταν αναγκαίες για την αντιμετώπισή τους (Ελ. Συν. Απόφαση 1080/2022 σκ. 6).

Περαιτέρω, υπό την επίκληση της κατεπείγουσας ανάγκης, δικαιολογείται η ανάθεση εκείνων μόνο των εργασιών που είναι απολύτως αναγκαίες και συνδέονται αιτιωδώς με τα απρόβλεπτα γεγονότα και όχι η κάλυψη των τακτικών (πάγιων) αναγκών της αναθέτουσας αρχής, το δε βάρος απόδειξης της σωρευτικής συνδρομής των προϋποθέσεων προσφυγής στην ως άνω εξαιρετική διαδικασία το φέρει η αρχή που τις επικαλείται (βλ. ΔΕΚ της 2.10.2008, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας C-157/2006, σκ. 23 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, ΣΕ 1987/2021, Ελ. Συν. VII Τμ. 733/2022, 1494/2022, 498, 1167, 1308, 1312/2021, VI Τμ. 1361/2020, 1542/2019, Τμ. Μειζ. Επτ. Συνθ. 707/2013, Γνώμες της Αρχής Δ127/2018, Δ75, Δ84/2019 κ.α).

**8.** Εν προκειμένω, σχετικά με τη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής της επικαλούμενης ως άνω διάταξης, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα:

Η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ότι υφίσταται επιτακτική ανάγκη εφοδιασμού της με καύσιμα θέρμανσης και κίνησης. Ειδικότερα, η ανάγκη θέρμανσης εξακολουθεί να είναι επιτακτική λόγω των καιρικών συνθηκών που επικρατούν στην περιοχή και ειδικά για τις ευαίσθητες κοινωνικές ομάδες που φιλοξενούνται σε σχολικά κτίρια, κέντρα απασχόλησης ηλικιωμένων, παιδικούς σταθμούς, κ.α.

Περαιτέρω, τα καύσιμα κίνησης είναι απαραίτητα για την απρόσκοπτη λειτουργία των οχημάτων και μηχανημάτων έργων του Δήμου, εν γένει, που χρησιμοποιούνται για την αποκομιδή των απορριμμάτων και την εκτέλεση τεχνικών και άλλων έργων. Οι αρνητικές συνέπειες που θα προκληθούν εάν ο Δήμος, ελλείψει των εν λόγω αγαθών, αδυνατεί να συνεχίσει την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας -και όχι μόνο- που προσφέρει, είναι πολύ σοβαρές και άπτονται της προστασίας της δημόσιας υγείας.

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι η ανάγκη προμήθειας των ως άνω αγαθών παρίσταται κατεπείγουσα, η δε θεραπεία αυτής, στην οποία κατατείνει η αιτούμενη σύμβαση, δεν συμβιβάζεται, στον παρόντα χρόνο, με τις προθεσμίες που τάσσουν άλλες διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων, της επισπευσμένης διαδικασίας περιλαμβανομένης.

Ως απρόβλεπτη περίπτωση, γενεσιουργό της κατεπείγουσας ανάγκης, η αναθέτουσα επικαλείται ότι οι συναφθείσες συμβάσεις, μολονότι επρόκειτο να ισχύσουν μέχρι και την 31<sup>η</sup>.12.2024, ήδη από το τέλος

Ιανουαρίου 2024, δεν εξυπηρετούνται, καθόσον, όπως προεκτέθηκε, η ανάδοχος εταιρεία γνωστοποίησε αδυναμία περαιτέρω εκτέλεσης αυτών, γεγονός που οδήγησε στην έκπτωσή της. Η εξέλιξη αυτή αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεδομένου ότι από την ημέρα υπογραφής των συμβάσεων κατά το έτος 2021 ο εφοδιασμός των δεξαμενών καυσίμων κίνησης και θέρμανσης γινόταν σε τακτά χρονικά διαστήματα και η αναθέτουσα διατηρούσε ευλόγως την πεποίθηση ότι η ομαλή πορεία εκτέλεσης θα συνεχιζόταν έως τη λήξη αυτών, στις 31.12.2024.

Το ανωτέρω γεγονός της μονομερούς πρόωρης διακοπής εκτέλεσης των συμβάσεων δεν ανάγεται στη σφαίρα ευθύνης της αναθέτουσας. Επισημαίνεται δε, ότι πριν την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης, η αναθέτουσα, ήδη από τον Ιανουάριο 2024, προέβη σε ενέργειες, προκειμένου να αντιμετωπίσει την ανακύψασα απρόβλεπτη κατάσταση.

Συναφώς, η έκπτωση της αναδόχου εταιρείας συνεπάγεται την αδυναμία του Δήμου να καλύψει με άλλον τρόπο την ενεστώτα, άμεση και διαρκή ανάγκη του προς παροχή καυσίμων.

Όσον αφορά δε στην ανάθεση της σκοπούμενης σύμβασης στο απολύτως απαραίτητο μέτρο, το αιτούμενο χρονικό διάστημα παρίσταται εύλογο, προκειμένου να ολοκληρωθεί η νέα διαγωνιστική διαδικασία, καθόσον η προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία από τη δημοσίευση της προκήρυξης έως την υπογραφή των σχετικών συμβάσεων, διήρκεσε 7 μήνες. Η αιτούσα έχει ήδη ξεκινήσει την προετοιμασία της διαδικασίας για την προκήρυξη νέου διεθνούς διαγωνισμού, ωστόσο επικαλείται ότι η νέα μελέτη χρήζει αναμορφώσεων στους ΚΑ εξόδων, καθώς ο Προϋπολογισμός του έτους 2024 περιλάμβανε ποσά που κάλυπταν τις συναφθείσες συμβάσεις και δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθεί η ανάγκη σύνταξης και κατάθεσης νέας μελέτης, οπότε ο νέος διαγωνισμός εκτιμάται ότι δεν θα ολοκληρωθεί πριν το τέλος Δεκεμβρίου 2024.

Σε κάθε περίπτωση, η τήρηση του αναγκαίου μέτρου διασφαλίζεται με σχετικό όρο που έχει συμπεριληφθεί στο προσκομισθέν σχέδιο απόφασης, κατά τον οποίο στη σύμβαση που θα προκύψει από τη διαπραγμάτευση θα περιληφθεί ρητή επιφύλαξη περί αυτοδίκαιης και αζημίως για την αναθέτουσα λύσης αυτής, εάν στο μεταξύ και δη σε προγενέστερο χρόνο ολοκληρωθεί ο ως άνω νέος διαγωνισμός που θα προκηρυχθεί το αμέσως επόμενο χρονικό διάστημα (πρβλ. ενδεικτικά Δ19/2023, Δ43/2023, Δ133/2023 γνώμες της Αρχής).

## **ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ**

Κατόπιν των ανωτέρω η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης περί προσφυγής του Δήμου Παύλου Μελά στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης Προμήθειας Καυσίμων, προϋπολογισμού 412.515,0 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, για το χρονικό διάστημα από την ανάδειξη του αναδόχου έως 31 Δεκεμβρίου 2024, λόγω συνδρομής των οικείων προϋποθέσεων.

Αθήνα, 28 Μαρτίου 2024

Η Πρόεδρος

Ανδρονίκη Θεοτοκάτου