



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ  
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΓΝΩΜΗ**

**Δ 105/2018**

**(της διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011)**

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

Στην Αθήνα σήμερα την **11η Οκτωβρίου 2018, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ.**, και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κομνά Τράκα, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (εφεξής Αρχή) 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 τη συνεδρίαση τα ακόλουθα:

<b>Πρόεδρος:</b>	Γεώργιος Καταπόδης
<b>Αντιπρόεδρος:</b>	Χριστίνα Μπουσουλέγκα
<b>Μέλη:</b>	Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης
	Δημήτριος Λουρίκας
	Δημήτριος Σταθακόπουλος
	Μαρία Στυλιανίδου
	Ερωφίλη Χριστοβασίλη

Τα λοιπά τακτικά και αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν.

**Γραμματέας:** Μαρία Αντωνοπούλου, ΠΕ Διοικητικού – Οικονομικού.

**Εισηγητής:** Χρήστος Κανελλόπουλος, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν ο εισηγητής, Χρήστος Κανελλόπουλος καθώς και η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων, Χριστίνα Καξίρη, οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας από τα Μέλη της Αρχής.

**Θέμα:** Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011 για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων Θέρμανσης και Κίνησης» προϋπολογισμού € 1.414.237,00 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του **Δήμου Θερμαϊκού**, ΔΗ.Κ.Ε.Θ., ΔΗ.Π.Π.Α.Κ.Υ.Θ., Πρωτοβάθμιας Σ.Ε. και Δευτεροβάθμιας Σ.Ε., ετών 2018 και 2019, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

## Ι. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

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

**1.1** Με την με αριθ. 281/18-6-2018 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: 18PROC003283905 2018-06-19) του, ο Δήμος Θερμαϊκού 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 ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων και Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 1.475.010,00 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 1.829.012,40 με Φ.Π.Α. με κριτήριο κατακύρωσης **α)** το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες επί τοις εκατό (%) στη μέση τιμή λιανικής πώλησης την ημέρα παράδοσης, όπως αυτές υπολογίζονται από το Παρατηρητήριο Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας την ημέρα παράδοσης, στον νομό Θεσσαλονίκης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 63 του Ν. 4257/2014, για τα Καύσιμα και **β)** την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), για τα Λιπαντικά. Τα Τμήματα της Διακήρυξης ήταν εννιά (9):

ΤΜΗΜΑΤΑ	ΦΟΡΕΑΣ	ΕΙΔΟΣ	ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.
<b>A1</b>	ΔΗΜΟΣ ΘΕΡΜΑΪΚΟΥ	ΑΜΟΛΥΒΔΗ ΒΕΝΖΙΝΗ	47.073,00
	ΔΗΜΟΣ ΘΕΡΜΑΪΚΟΥ	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΚΙΝΗΣΗΣ	517.500,00
<b>A2</b>	ΔΗΜΟΣ ΘΕΡΜΑΪΚΟΥ	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	228.520,00
<b>B1</b>	ΔΗΚΕΘ	ΑΜΟΛΥΒΔΗ ΒΕΝΖΙΝΗ	9.656,00
<b>B2</b>	ΔΗΚΕΘ	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	6.304,00
<b>Γ</b>	ΔΗΠΠΑΚΥΘ	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	22.064,00
<b>Δ</b>	ΠΡΩΤΟΒΑΘΜΙΑΣ Σ.Ε.	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	315.200,00
<b>Ε</b>	ΔΕΥΤΕΡΟΒΑΘΜΙΑΣ Σ.Ε.	ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ	267.920,00
<b>Ζ</b>	ΔΗΜΟΣ ΘΕΡΜΑΪΚΟΥ	ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ	58.893,00
<b>Η</b>	ΔΗΚΕΘ	ΛΙΠΑΝΤΙΚΑ	<u>1.880,00</u>
<b>ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.</b>			<b>1.475.010,00</b>

Η Σύμβαση είχε διάρκεια είκοσι τέσσερις (24) μήνες. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 25<sup>η</sup> Ιουνίου 2018, ώρα 10:00 π.μ. και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr), ορίστηκε η 24<sup>η</sup> Ιουλίου 2018, ώρα 15:00 μμ. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 30<sup>η</sup> Ιουλίου 2018 και ώρα 11:00 π.μ. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμούς Συστήματος 60673 (Καύσιμα), 60674 (Λιπαντικά) στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 21<sup>η</sup> Ιουνίου 2018.

Στο άρθρο 2.4.4.2 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Στην οικονομική προσφορά δίνεται το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης (σε ΑΚΕΡΑΙΕΣ ΜΟΝΑΔΕΣ επί της %) στην τιμή των προσφερόμενων ειδών, βάσει της/των κατωτέρω τιμής/ων αναφοράς».

**1.2** Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 18<sup>η</sup> Ιουνίου 2018 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 20<sup>η</sup> Ιουνίου 2018 (S 116 - 264678).

**1.3** Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ: ΩΚΔ1ΩΡ2-ΚΑΜ) δημοσιεύτηκε την 22<sup>η</sup> Ιουνίου 2018 στις εφημερίδες «ΗΧΩ ΤΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ», «ΕΦΗΜΕΡΙΔΑ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ & ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ» και «ΤΥΠΟΣ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ».

**1.4** Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο [www.thermaikos.gr](http://www.thermaikos.gr).

**1.5** Με το με αριθ. 13345/30-7-2018 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προσφορών, **α)** πρότεινε την αποδοχή των προσφορών και των τεσσάρων (4) επιχειρήσεων:

<b>A.A.</b>	<b>ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ</b>	<b>ΤΜΗΜΑΤΑ</b>
<b>1</b>	ΙΜΠΕΞ Α.Β.Ε.Ε.	Ζ, Η
<b>2</b>	Δ. ΔΗΜΗΤΡΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Α.Ε.	Ζ, Η
<b>3</b>	ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΙΩΤΗΣ	Α2, Β2, Γ, Δ, Ε
<b>4</b>	ΚΥΤΙΜ SHIRA Α.Ε.	Α2, Β2, Γ, Δ, Ε

διότι οι προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης και **β)** πρότεινε την κήρυξη του διαγωνισμού ως άγονου για τα Τμήματα Α1 και Β1 διότι δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά.

**1.6** Με το με αριθ. 15433/5-9-2018 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Οικονομικών Προσφορών: **α)** πρότεινε την κατακύρωση των Τμημάτων Ζ και Η στην εταιρεία «ΙΜΠΕΞ Α.Β.Ε.Ε.» και **β)** πρότεινε την απόρριψη των Οικονομικών Προσφορών για τα Τμήματα Α2, Β2, Γ, Δ, και Ε διότι οι Οικονομικές Προσφορές των επιχειρήσεων «ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΙΩΤΗΣ.» και «ΚΥΤΙΜ SHIRA Α.Ε.» που υποβλήθηκαν, δεν αναφέρουν ακέραιο ποσοστό προσφερόμενης έκπτωσης όπως ορίζονταν στο άρθρο 2.4.4.2 της Διακήρυξης.

**1.7** Με την με αριθ. 421/12-9-2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε τα ανωτέρω Πρακτικά και αποφάσισε την προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 32, παράγραφος 2, εδάφιο α' του ν. 4412/2016. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 19-9-2018.

**1.8** Με το με αριθ. 17724/8-10-2018 έγγραφό του, ο Δήμος Θερμαϊκού βεβαιώνει ότι δεν εκκρεμούν Ενστάσεις, Προδικαστικές Προσφυγές ή Ένδικα Μέσα κατά του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της Διακήρυξης εκτός της Προδικαστικής Προσφυγής που κατέθεσε η εταιρεία «Δ. ΔΗΜΗΤΡΑΚΟΠΟΥΛΟΣ Α.Ε.» και αφορά τα Τμήματα των Λιπαντικών.

**1.9** Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Θερμαϊκού, με το προαναφερόμενο έγγραφό του, στο οποίο επισυνάπτεται σχέδιο Απόφασης, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την προμήθεια «Καυσίμων Κίνησης και Θέρμανσης (Τμήματα Α1, Α2, Β1, Β2, Γ, Δ, Ε)», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 1.414.237,00 χωρίς Φ.Π.Α.

## II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

**2.** Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011 για την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, ορίζει ότι: «2.α. Οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΚ

και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. [...]».

**3.** Το άρθρο 5 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός Φ.Π.Α., ορίζονται τα ακόλουθα: ...β) 135.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. [...]. β) 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. [...]. Τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στις άνω περιπτώσεις α', β', και γ' ισχύουν, εφόσον δεν έχουν αναθεωρηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ».

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 2365/2017 της Επιτροπής τα κατώτατα όρια αναθεωρήθηκαν από € 135.000,00 σε € 144.000,00 και από € 209.000,00 σε € 221.000,00 και ισχύουν, από 1-1-2018 έως 31-12-2019.

**4.** Το άρθρο 6 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς Φ.Π.Α., όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. [...]. 2. Όταν η αναθέτουσα αρχή αποτελείται από χωριστές επιχειρησιακές μονάδες λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία για όλες τις χωριστές επιχειρησιακές μονάδες. Κατά παρέκκλιση του πρώτου εδαφίου, όταν μια χωριστή επιχειρησιακή μονάδα είναι ανεξαρτήτως υπεύθυνη για τις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων της ίδιας ή ορισμένων κατηγοριών αυτών, η αξία των συμβάσεων μπορεί να υπολογίζεται στο επίπεδο της συγκεκριμένης μονάδας. 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, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...]».

**5.** Το άρθρο 26, παράγραφος 2, περίπτωση β' του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στον ανταγωνιστικό διάλογο, στις ακόλουθες περιπτώσεις: ... β) όσον αφορά έργα, αγαθά ή υπηρεσίες για τα οποία, έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υποβάλλονται μόνο μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές. Στις περιπτώσεις αυτές, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτείται να δημοσιεύουν προκήρυξη σύμβασης, εφόσον στη διαδικασία περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες οι οποίοι πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 73 έως 83 και οι οποίοι, κατά την προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, και μόνον αυτούς. 3. Μη κανονικές προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα: α) όσες δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης, β) όσες παρελήφθησαν εκπρόθεσμα, γ) όταν υπάρχουν αποδεικτικά στοιχεία αθέμιτης πρακτικής, όπως συμπαιγνίας ή διαφθοράς, δ) όσες κρίνονται από την αναθέτουσα αρχή ασυνήθιστα χαμηλές. 4. Απαράδεκτες προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα: α) όσες υποβάλλονται από προσφέροντες οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα και β) όσων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως καθορίστηκε και τεκμηριώθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης. (...)».

Ακολούθως, στο άρθρο 29 του ίδιου νόμου με το οποίο ενσωματώνονται οι διατάξεις του άρθρου 29 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιγράφεται η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση».

**6.** Το άρθρο 27 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «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.[...].».

**7.** Το άρθρο 32 του ν. 4412/2016 (Α' 147), το οποίο ενσωματώνει τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζει ότι: «1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. 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 αίτημά της. Μη κατάλληλη θεωρείται μια προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιωδώς, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. [...]».

### III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

**8.** Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Θερμαϊκού αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας με την έννοια της διάταξης της περίπτωσης 8 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη της περίπτωσης 8 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας, βάσει της περίπτωσης β' της παραγράφου 2 του άρθρου 26 και της περίπτωσης α' της παραγράφου 1 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες του άρθρου 26 και του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προϋπολογισμού € 1.414.237,00 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια του ανοικτού άνω των ορίων του Ν. 4412/2016 διαγωνισμού προϋπολογισμού € 1.475.010,00 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.

**9.** Η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 26 και 32 του ν. 4412/2016 περιπτώσεις με τα οποία μεταφέρθηκαν στο εσωτερικό δίκαιο τα άρθρα 26 και 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αντίστοιχα (πρβλ. άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, αντίστοιχα, και βλ. σχετικώς ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56, της 23ης Απριλίου 2009, C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου, EU:C:2009:246, σκέψεις 105-106, της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, C-19/13, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA και Telecom Italia SpA, EU:C:2014:2194, σκέψη 49, της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, C -549/14, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, EU:C:2016:634, σκέψη 35). Συναφώς επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συστατικής ερμηνείας, το δε βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει αυτός που τις επικαλείται (βλ. υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-

1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33, της 8ης Απριλίου 2008, C- 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψεις 57-58, της 27ης Οκτωβρίου 2011, C - 601/10, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλ. 2011, I-00163, σκέψη 32).

**10.** Στην προκειμένη περίπτωση ο Δήμος Θερμαϊκού, επικαλείται ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της, τις διατάξεις της περίπτωσης α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32. Ωστόσο, η Αρχή έχουσα δικαίωμα υπαγωγής στην ορθή νομική βάση κρίνει ότι στην προκειμένη περίπτωση για τα Τμήματα Α2, Β2, Γ, Δ, Ε, τυγχάνει εφαρμογής η διάταξη της περίπτωσης β' της παραγράφου 2 του άρθρου 26 του ν. 4412/2016, που προϋποθέτει την υποβολή μη κανονικών προσφορών, κατόπιν διενέργειας ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, διαγωνισμού, καθόσον στη προκειμένη περίπτωση υποβλήθηκαν δύο προσφορές καθώς δεν ήταν σύμφωνες με το άρθρο 2.4.4.2. της διακήρυξης (βλ. ανωτέρω Ιστορικό 1.6.)

**11.** Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 26 παράγραφος 2, περίπτωση β' του ν. 4412/2016, προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης είναι: **α)** η νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή διαδικασία και **β)** η υποβολή μη κανονικών ή απαράδεκτων προσφορών. Επιπρόσθετα, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση α', προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση, είναι: **α)** η νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή διαδικασία και **β)** η μη υποβολή προσφοράς, **γ)** η μη ουσιώδης τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης.

**12.** 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 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).

**13.** Ως προς την προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας από τα στοιχεία του φακέλου σημειώνονται τα παρακάτω:

Με την με αριθ. 421/12-9-2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε το με αριθ. 15433/5-9-2018 Πρακτικό, με το οποίο η Επιτροπή Αξιολόγησης των Οικονομικών Προσφορών πρότεινε την απόρριψη των Οικονομικών Προσφορών, για τα Τμήματα Α2, Β2, Γ, Δ, και Ε διότι οι Οικονομικές Προσφορές των επιχειρήσεων «ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΙΩΤΗΣ.» και «ΚΥΤΙΜ SHIRA Α.Ε.» δεν ήταν σύμφωνες με τους όρους της διακήρυξης, ήτοι με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες (άρθρα 2.4.4.2 και 2.4.6) αλλά όπως προκύπτει από τα σχετικά έγγραφα, οι ως άνω εταιρείες προσέφεραν έκπτωση σε δεκαδικό αριθμό.

Ωστόσο, επισημαίνεται ότι η απαίτηση αυτή της διακήρυξης, ήτοι να είναι το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες, αφενός μεν δεν προκύπτει από διάταξη νόμου αφετέρου ειδικά στα Καύσιμα, προβλέπεται ότι το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης μπορεί να είναι και αρνητικό (άρθρο 63 ν. 4257/2014 (Α' 93)). Σύμφωνα δε με την με αριθμό 448/2018 απόφαση του Τμήματος IV του Ελεγκτικού Συνεδρίου, έχει κριθεί ότι μη νόμιμα αποκλείστηκε προσφορά ως μη σύμφωνη με διακήρυξη η οποία όριζε ότι το ποσοστό έκπτωσης πρέπει να είναι σε ακέραιες μονάδες, το οποίο δεν προβλεπόταν στο νόμο και κρίθηκε ότι ο σχετικός όρος περιόρισε τον ανταγωνισμό χωρίς να εδράζεται σε κανένα δικαιολογητικό λόγο.

Εν προκειμένω δε, όσον αφορά την προμήθεια καυσίμων, έχει παρατηρηθεί ότι στις σχετικές διαγωνιστικές διαδικασίες το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης έχει πολύ μικρό εύρος διακύμανσης.

Επίσης, επισημαίνεται ότι για τα υπό εξέταση τμήματα Α2, Β2, Γ, Δ, και Ε υποβλήθηκαν συνολικά δύο προσφορές με ποσοστό έκπτωσης με δεκαδικό ψηφίο, οι οποίες τελικά απορρίφθηκαν για το λόγο αυτό. Ως εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι, κατά την κρίση της Αρχής, ο σχετικός όρος, ο οποίος δεν εδράζεται σε διάταξη νόμου, μειώνει σε πολύ μεγάλο βαθμό τα δυνητικά ποσοστά έκπτωσης (τιμές) που θα μπορούσαν να υποβληθούν στο διαγωνισμό λαμβανομένου υπόψη και της φύσης της αγοράς πετρελαιοειδών, η οποία λειτουργεί με μικρά περιθώρια κέρδους και ως εκ τούτου συνεχεται με το άγονο αποτέλεσμα του υπό εξέταση διαγωνισμού.

14. Εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων κρίνεται ότι δεν συντρέχει η με στοιχεία α) προϋπόθεση εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 26 παράγραφος 2, περίπτωση β' και του άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση α' του ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου παρέλκει η εξέταση των λοιπών ουσιαστικών προϋποθέσεων εφαρμογής.

#### **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:**

**Τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης**, επί του αιτήματος του Δήμου Θερμαϊκού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, για τη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων Θέρμανσης και Κίνησης» προϋπολογισμού € 1.414.237,00 χωρίς Φ.Π.Α λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

**Αθήνα, 11 Οκτωβρίου 2018**

**ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ**

**Ο Πρόεδρος  
Γεώργιος Καταπόδης**