



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ

Δ91/2018

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 10η Αυγούστου του έτους δύο χιλιάδες δέκα οκτώ (2018) ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κορνά Τράκα, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

1. **Αναπληρωτής Πρόεδρος:** Μιχαήλ Εκατομμάτης
2. **Αντιπρόεδρος:** Χριστίνα Μπουσουλέγκα
3. **Μέλη :**
Δημήτριος Λουρίκας
Μαρία Στυλιανίδου
Ερωφίλη Χριστοβασίλη

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

Γραμματέας: Μαρία Αντωνοπούλου, Π.Ε. Διοικητικού - Οικονομικού

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

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν η εισηγήτρια κα Ηλιάνα Κανταρτζή μέσω τηλεδιάσκεψης, καθώς και η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων κα Χριστίνα Καξιρή, οι οποίες αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

Ερώτημα: Το υπ' αρ. πρωτ. 23526/26.07.2018 αίτημα του Δήμου Παλλήνης (αρ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 3997/27.07.2018) προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Θέμα: Προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης κατ' άρθρο 32, παρ. 2, περ. α' του ν.4412/2016 για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας καυσίμων για τις ανάγκες του Δήμου Παλλήνης και των νομικών του

προσώπων (Κοινωφελής Επιχείρηση Αθλητισμού – Πολιτισμού – Περιβάλλοντος Δήμου Παλλήνης, Ν.Π.Δ.Δ. Σχολική Επιτροπή Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης, Ν.Π.Δ.Δ. Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης και Ν.Π.Δ.Δ. Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής & Κοινωνικής Μέριμνας Δήμου Παλλήνης), συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας 509.193,54€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. για τρία (3) έτη από την υπογραφή της σύμβασης ή μέχρι εξαντλήσεως των ποσοτήτων.

1. Με το υπ' αρ. πρωτ. 23526/26.07.2018 αίτημα του Δήμου Παλλήνης προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή) το οποίο παρελήφθη στις 27.07.2018 (αρ. πρωτ. εισερχ. 3997), ο Δήμος αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ' (δδ) ν.4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2α του ν. 4412/2016, για την προμήθεια καυσίμων για τις ανάγκες του Δήμου Παλλήνης και των νομικών του προσώπων (Κοινωφελής Επιχείρηση Αθλητισμού – Πολιτισμού – Περιβάλλοντος Δήμου Παλλήνης, Ν.Π.Δ.Δ. Σχολική Επιτροπή Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης, Ν.Π.Δ.Δ. Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης και Ν.Π.Δ.Δ. Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής & Κοινωνικής Μέριμνας Δήμου Παλλήνης), συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας 509.193,54€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. για τρία (3) έτη από την υπογραφή της σύμβασης ή μέχρι εξαντλήσεως των ποσοτήτων και συγκεκριμένα για τις Ομάδες 3, 4 και 5 της διακήρυξης του προηγηθέντος διαγωνισμού, για τις οποίες δεν κατατέθηκε καμία προσφορά.

I. Ιστορικό

2. Από το φάκελο της υπόθεσης και τα περιεχόμενα σε αυτόν στοιχεία και σχετικά έγγραφα προκύπτουν τα ακόλουθα:

2.1. Με την με αρ. 119/4.5.2017 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου Παλλήνης εγκρίθηκε η σχετική μελέτη υπ' αριθμ. 3/2017, η οποία συντάχθηκε από τη Διεύθυνση Καθαριότητας, Περιβάλλοντος και Ποιότητας Ζωής του Δήμου, και η διενέργεια δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με χρήση της πλατφόρμας του Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημόσιων Συμβάσεων (“ΕΣΗΔΗΣ”) για την επιλογή προμηθευτών καυσίμων (αμόλυβδης βενζίνης, πετρελαίου κίνησης και πετρελαίου θέρμανσης), για τις ανάγκες του Δήμου και των νομικών προσώπων του (Κοινωφελής Επιχείρηση Αθλητισμού – Πολιτισμού – Περιβάλλοντος Δήμου Παλλήνης, Ν.Π.Δ.Δ. Σχολική Επιτροπή Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης, Ν.Π.Δ.Δ. Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης και Ν.Π.Δ.Δ. Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής & Κοινωνικής Μέριμνας Δήμου Παλλήνης) για τρία (3) έτη από την υπογραφή της οικείας σύμβασης ή μέχρι εξαντλήσεως των ποσοτήτων της ως άνω μελέτης, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 2.316.756,78€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (2.872.778,41€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.).

2.2. Με την με αρ. 328/01.09.2017 (ΑΔΑ: 6ΕΒΚΩΞΚ-ΧΟ6) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου εγκρίθηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές για την προαναφερθείσα προμήθεια, σύμφωνα με την ως άνω μελέτη, και καταρτίστηκαν οι όροι της διακήρυξης. Στη διακήρυξη τα δημοπρατούμενα είδη (αμόλυβδη βενζίνη, πετρέλαιο κίνησης και πετρέλαιο θέρμανσης) κατηγοριοποιήθηκαν ανά φορέα και, περαιτέρω, προβλέφθηκε η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για το σύνολο των δημοπρατούμενων ειδών ανά φορέα, ενώ ως κριτήριο κατακύρωσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάση τιμής, ήτοι το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό επί της μέσης τιμής λιανικής πώλησης κατά την ημέρα παράδοσης, όπως αυτή προσδιορίζεται από το παρατηρητήριο τιμών υγρών καυσίμων του Τμήματος Εμπορίου της Διεύθυνσης Ανάπτυξης Περιφερειακής Ενότητας Κεντρικού Τομέα Αθηνών της Περιφέρειας

Αττικής.

2.3. Ακολούθως, με την με αρ. πρωτ. 33734/06.09.2017 διακήρυξη (17PROC001909121 2017-09-07), ο Δήμος προκήρυξε ηλεκτρονικό δημόσιο ανοικτό διεθνή διαγωνισμό με χρήση του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη ορίστηκε στο ποσό των 2.316.756,78€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (2.872.778,41€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α), ενώ ο προϋπολογισμός των επιμέρους τμημάτων ορίστηκε ως εξής:

- Ομάδα 1 “Δήμος Παλλήνης”: 1.019.310,48€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.
- Ομάδα 2 “Κοινωφελής Επιχείρηση Αθλητισμού – Πολιτισμού – Περιβάλλοντος Δήμου Παλλήνης”: 708.414,05€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ
- Ομάδα 3 “Ν.Π.Δ.Δ. - Σχολική Επιτροπή Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης”: 254.596,77€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.
- Ομάδα 4 “Ν.Π.Δ.Δ. - Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης”: 254.596,77€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.
- Ομάδα 5 “Ν.Π.Δ.Δ. Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής & Κοινωνικής Μέριμνας Δήμου Παλλήνης”: 79.838,70€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών τέθηκε η 15.11.2017, ενώ ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού η 20.11.2018.

2.4. Περίληψη της εν λόγω διακήρυξης, η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακηρύξεως του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά (την 06.09.2017) και δημοσιεύθηκε (την 09.09.2017) στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε). Επιπλέον η υπ' αριθμ. πρωτ. 33735/06.09.2017 περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στις εφημερίδες «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ» και «ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΑΚΗ» την 07.09.2017, «ΑΤΤΙΚΟ ΒΗΜΑ» την 08.09.2017 και «ΕΒΔΟΜΗ ΤΗΣ ΑΤΤΙΚΗΣ» την 09.09.2017, αναρτήθηκε την 06.09.2017 στον ιστότοπο ΔΙΑΥΓΕΙΑ και έλαβε ΑΔΑ: 78ΞΔΩΞΚ-Π6Ψ. Η περίληψη δημοσιεύθηκε στην ιστοσελίδα του Δήμου <http://www.pallini.gr/> την 06.09.2017 και στη δικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) την 07.09.2017 με αύξων αριθμό συστήματος 45754. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ορίστηκε η 15.11.2017 και ώρα 11:00:00, ενώ ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στο σύστημα ορίστηκε η 16.09.2017 και ώρα 11:00:00.

2.5. Κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε, όπως προκύπτει από το από 22.11.2017 Πρακτικό της, ότι κατατέθηκε μία (1) προσφορά για το σύνολο των δημοπρατούμενων ειδών για τον Δήμο Παλλήνης και την κοινωφελή επιχείρησή του (“Κοινωφελής Επιχείρηση Αθλητισμού – Πολιτισμού – Περιβάλλοντος Δήμου Παλλήνης”), η προσφορά της οποίας, κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς, κρίθηκε αποδεκτή. Το εν λόγω πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 589/29.11.2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου.

2.6. Με το από 18.12.2017 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 589/29.11.2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, αποσφραγίστηκε και αξιολογήθηκε η υποβληθείσα οικονομική προσφορά και ο μοναδικός προσφέρων αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος για το σύνολο των δημοπρατούμενων ειδών για τα Τμήματα 1 και 2 της διακήρυξης, ήτοι για το Δήμο και την κοινωφελή του επιχείρηση.

2.7. Κατόπιν της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και τον έλεγχο αυτών, με το από 23.1.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 19/31.1.2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, το αποτέλεσμα του διαγωνισμού κατακυρώθηκε στον προσωρινό ανάδοχο. Ακολούθως, το σχέδιο σύμβασης διαβιβάστηκε στο Ελεγκτικό Συνέδριο για τη διενέργεια του προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας και εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 54/2018 Πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

2.8. Με την υπ' αριθμ. 340/2018 απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου αποφάσισε:

“1. Την κήρυξη του υπ' αριθμ. 45754 ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού ως άγονου για τις ομάδες που δεν υπεβλήθησαν προσφορές και συγκεκριμένα για την :

- Ομάδα 3 “Ν.Π.Δ.Δ. - Σχολική Επιτροπή Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης”,

- Ομάδα 4 “Ν.Π.Δ.Δ. - Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης”

- Ομάδα 5 “Ν.Π.Δ.Δ. Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής & Κοινωνικής Μέριμνας Δήμου Παλλήνης”

2. Την επανάληψη του διαγωνισμού, με τους ίδιους όρους, για τις ομάδες που βγήκαν άγονες, μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32, παρ. 1 και 2α του Ν. 4412/2016), ύστερα από Σύμφωνη Γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ (σύμφωνα με την υποπερίπτωση δδ' της περίπτωσης γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 2 Ν. 4013/2011, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και σχετική απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Παλλήνης”.

2.9. Ο Δήμος με το υπ' αριθμ. πρωτ. 5933/20.02.2018 έγγραφό του, βεβαιώνει ότι δεν έχει κατατεθεί καμία προδικαστική προσφυγή ή ένδικο μέσο στην ανωτέρω διαγωνιστική διαδικασία.

2.10. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.Δ.Η.Σ.Υ., 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 τα τμήματα που κηρύχθηκαν άγονα, ήτοι για τις Ομάδες 3, 4 και 5 συνολικού προϋπολογισμού 509.193,54€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για τρία (3) έτη από την υπογραφή της σύμβασης ή μέχρι εξαντλήσεως των ποσοτήτων της σχετικής μελέτης.

II. Νομικό πλαίσιο

3. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης, ορίζει τα ακόλουθα: «δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α147) εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου [...]».

4. Η διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ορίζει: “Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 2 έως 221) [...] Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους

και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού”.

5. Το άρθρο 3 παρ. 1 και 2 του ίδιου νόμου ορίζει τα παρακάτω: “1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που πραγματοποιούνται από αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας αυτών, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο παρόν άρθρο. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης ή σύμβαση κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου είναι η απόκτηση, μέσω δημόσιας σύμβασης, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές, έργων, αγαθών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από τις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος”.

6. Σύμφωνα με το άρθρο 5 του ίδιου νόμου: “Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: [...] γ) 209.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. 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 εμπίπτουν στο Παράρτημα ΙΙΙ του Προσαρτήματος Α”.

7. Στο άρθρο 6 παρ. 1, 3, και 9 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: “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 κατατέμενται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...] 9. Όταν ένα σχέδιο αγοράς για την απόκτηση ομοιογενών αγαθών μπορεί να οδηγήσει σε ανάθεση συμβάσεων υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων, λαμβάνεται υπόψη κατά την εφαρμογή του άρθρου 5 περιπτώσεις β ' και γ' η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων αυτών των τμημάτων. Όταν η συνολική αξία των τμημάτων ισούται ή υπερβαίνει το κατώτατο όριο που προβλέπεται στο άρθρο 5, το παρόν Βιβλίο εφαρμόζεται στην ανάθεση κάθε τμήματος”.

8. Η διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016, ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και στην οποία ορίζεται: “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. Το άρθρο 61 του ν. 4412/2016 ορίζει: “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 ή της προκαταρκτικής προκήρυξης, όταν η τελευταία χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 26. 2. Ως

χρόνος έναρξης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, νοείται η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση. 3. Ως χρόνος έναρξης ενός διαγωνισμού μελετών, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης διαγωνισμού μελετών στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. 4. Για συμβάσεις κάτω των ορίων αντί των παραγράφων 1 έως 3, εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 120”.

10. Το άρθρο 65 του ως άνω νόμου ορίζει: “[...] 5. Οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να είναι σε θέση να αποδεικνύουν την ημερομηνία αποστολής των προκηρύξεων και των γνωστοποιήσεων. Η Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης χορηγεί στην αναθέτουσα αρχή βεβαίωση της παραλαβής της προκήρυξης / γνωστοποίησης και της δημοσίευσης των πληροφοριών που της διαβίβασε, επισημαίνοντας την ημερομηνία της εν λόγω δημοσίευσης. Η βεβαίωση αυτή συνιστά απόδειξη της πραγματοποίησης της δημοσίευσης”.

11. Το άρθρο 66 παρ. 3 του ως άνω νόμου προβλέπει: “3. Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 62, 63 και 64, καθώς και οι πληροφορίες που περιέχονται σε αυτές δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης, σύμφωνα με το άρθρο 65. Ωστόσο, η δημοσίευση μπορεί να πραγματοποιείται σε κάθε περίπτωση σε εθνικό επίπεδο, όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν ενημερωθεί σχετικά με τη δημοσίευση εντός 48 ωρών από τη βεβαίωση παραλαβής της προκήρυξης/ γνωστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 65”.

III. Νομική Εκτίμηση

12. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Παλλήνης, 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 προϋπολογισθείσας αξίας 509.193,54€ προ Φ.Π.Α., σε συνέχεια προηγηθέντος διαγωνισμού συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 2.316.756,78€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (2.872.778,41€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.) 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.

13. 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. σχετικές 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 18 ης Μαΐου 1995, C57/94, 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).

14. 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. (ΕΑΑΔΗΣΥ-Αποφ. 121, 153, 346, 409, 498, 499/2013 και 5, 26, 44, 65, 79/2014, ΕΣ-Πράξη 215/2012-Ζ'Κλιμάκιο, ΕΣ-Αποφ. VI Τμ. 1249/2011, 466/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

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 Παλλήνης διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων, προϋπολογισμού δαπάνης 2.316.756,78€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (2.872.778,41€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.) για την προμήθεια καυσίμων για τις ανάγκες του Δήμου Παλλήνης και των νομικών του προσώπων (Κοινωφελής Επιχείρηση Αθλητισμού – Πολιτισμού – Περιβάλλοντος Δήμου Παλλήνης, Ν.Π.Δ.Δ. Σχολική Επιτροπή Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης, Ν.Π.Δ.Δ. Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης και Ν.Π.Δ.Δ. Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής & Κοινωνικής Μέριμνας Δήμου Παλλήνης) για τρία (3) έτη από την υπογραφή της σύμβασης ή μέχρις εξαντλήσεως των ποσοτήτων.

Αν και δε διαπιστώθηκαν ουσιώδεις πλημμέλειες στους όρους της υπό έλεγχο διακήρυξης, οι οποίες συνέχονται με το άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού, όσον αφορά τις διαδικασίες δημοσίευσης επισημαίνονται τα εξής:

Στην υπό εξέταση διαδικασία, ο Δήμος Παλλήνης απέστειλε το έντυπο της περίληψης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 06.09.2017, ενώ η δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. πραγματοποιήθηκε στις 09.09.2017. Παράλληλα, η ανάρτηση των τευχών του διαγωνισμού στο Κ.Η.ΜΗ.ΔΗ.Σ. πραγματοποιήθηκε στις 07.09.2017 και η ανάρτηση της περίληψης της εν λόγω διακήρυξης στον ιστότοπο ΔΙΑΥΓΕΙΑ πραγματοποιήθηκε στις 06.09.2017, ενώ στις εφημερίδες «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ» και «ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΑΚΗ» την 07.09.2017, ήτοι σε προγενέστερο χρόνο από τη δημοσίευση των στοιχείων στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. ανωτέρω Ιστορικό 2.3 και 2.4).

Εν προκειμένω, εκ των διαλαμβανομένων στον υποβληθέντα φάκελο στοιχείων προκύπτει ότι παρατηρούνται επί μέρους πλημμέλειες ως προς τον χρόνο δημοσίευσης, καθώς δεν τηρήθηκαν οι προθεσμίες που ορίζονται στο άρθρο 66 παρ. 3 του ν. 4412/2016, το οποίο ορίζει ότι *“Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 62, 63 και 64, καθώς και οι πληροφορίες που περιέχονται σε αυτές δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης, σύμφωνα με το άρθρο 65. Ωστόσο, η δημοσίευση μπορεί να πραγματοποιείται σε κάθε περίπτωση σε εθνικό επίπεδο, όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν ενημερωθεί σχετικά με τη δημοσίευση εντός 48 ωρών από τη βεβαίωση παραλαβής της προκήρυξης/γνωστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 65”*.

Ωστόσο, εν όψει της μικρής χρονικής απόκλισης σε συνδυασμό με τη φύση της υπό κρίση προμήθειας δε διαφαίνεται να επηρεάζουν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού ούτε συνιστούν παράβαση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Ωστόσο, επισημαίνεται προς την αναθέτουσα αρχή, ότι η εν γένει αυστηρή τήρηση των προθεσμιών για την διασφάλιση των κανόνων της δημοσιότητας αποτελεί όρο για την εξασφάλιση συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού, πιθανή δε διαπίστωση έλλειψης τέτοιων συνθηκών μπορεί να έχει ως διακύβευμα την επιτυχή εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Περαιτέρω, για τη βελτίωση των διαδικασιών του φορέα, επισημαίνεται ότι ορθότερο είναι η έναρξη υποβολής των προσφορών στο ΕΣΗΔΗΣ να ταυτίζεται με την δημοσιοποίηση της Διακήρυξης του διαγωνισμού και, επομένως, να υπάρχει η δυνατότητα υποβολής προσφορών καθ' όλο το διάστημα που διανύεται μεταξύ της ημερομηνίας δημοσιοποίησης της Διακήρυξης και της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών.

15.2. Ως προς τη μη υποβολή προσφοράς ή τη μη ύπαρξη κατάλληλης προσφοράς: Με την υπ' αριθμ. 340/2018 απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, μεταξύ άλλων, κήρυξε τον ανοικτό διαγωνισμό που διενεργήθηκε σύμφωνα με την υπ' αριθμ. πρωτ. 33734/06.09.2017 διακήρυξη του Δήμου, άγονο ως προς τις ομάδες για τις οποίες δεν κατατέθηκε καμία προσφορά, ήτοι τις ομάδες 3 (Ν.Π.Δ.Δ. Σχολική Επιτροπή Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης), 4 (Ν.Π.Δ.Δ. Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης) και 5 (Ν.Π.Δ.Δ. Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής & Κοινωνικής Μέριμνας Δήμου Παλλήνης).

15.3. Ως προς τη μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης: Στην υπ' αριθμ. 340/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, γίνεται ρητή αναφορά στην προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τις ομάδες για τις οποίες δεν κατατέθηκε καμία προσφορά, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων του προηγούμενου άγονου διαγωνισμού για τα εν λόγω αιτούμενα είδη, έπειτα από τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής.

V. Συμπέρασμα

16. Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. **ομόφωνα** αποφασίζει:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του Δήμου Παλλήνης, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, κατ' άρθρο 32, παρ. 2, περ. α' του ν. 4412/2016, για την προμήθεια καυσίμων για τα Ομάδες 3, 4 και 5 της υπ' αριθμ. 33734/06.09.2017 διακήρυξης, που αφορούσαν την προμήθεια καυσίμων για τα νομικά πρόσωπα του Δήμου (Ν.Π.Δ.Δ. Σχολική Επιτροπή Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης, Ν.Π.Δ.Δ. Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης και Ν.Π.Δ.Δ. Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής & Κοινωνικής Μέριμνας Δήμου Παλλήνης), συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 509.193,54€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για τρία (3) έτη από την υπογραφή της σύμβασης ή μέχρι εξαντλήσεως των ποσοτήτων για τα οποία ο προηγούμενος διεθνής διαγωνισμός απέβη άγονος, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 10 Αυγούστου 2018

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αναπληρωτής Πρόεδρος

Μιχαήλ Εκατομμάτης