



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΓΝΩΜΗ

Δ 71/ 2019

(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011)

ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την **10^η Ιουλίου του έτους δύο χιλιάδες δεκαεννέα (2019) ημέρα Τετάρτη** και ώρα 9:30 π.μ. επί της οδού Κεφαλληνίας 45, 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 την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

1. Προεδρεύων: Αδάμ Καραγλάνης, Αντιπρόεδρος

2. Μέλη: Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης

Δημήτριος Σταθακόπουλος

Μαρία Στυλιανίδου

Ερωφίλη Χριστοβασίλη

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

Εισηγητής: Αντώνης Καούρης, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν ο εισηγητής κ. Καούρης, η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης, κ. Αικατερίνη Θεοδωροπούλου καθώς και ο Αν. Προϊστάμενος της Διεύθυνσης Ελέγχου, κ. Ευάγγελος Καραμανλής, οι οποίοι αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

Θέμα: Διατύπωση σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας καυσίμων για τις ανάγκες του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών του Προσώπων έτους 2019 για τις Δ.Ε. Ελλομένου, Απολλωνίων, Καρυάς, Σφακιωτών, Καλάμου, Καστού συνολικού προϋπολογισμού 119.913,30 € πλέον ΦΠΑ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού με τίτλο: "Προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για τις ανάγκες του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών του Προσώπων έτους 2019, προϋπολογισμού 331.910,20 € πλέον ΦΠΑ 24%".

Με το υπ' αρ. Πρωτ. 11794/13-06-2019 αίτημά του προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή), που παρελήφθη την 18-06-2019 (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 3298), ο Δήμος Λευκάδας 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, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν.4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας καυσίμων για τις ανάγκες του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών Προσώπων έτους 2019 και συγκεκριμένα των κάτωθι ομάδων Β,Γ,Δ και Ε, ήτοι των:

- Ομάδα Β: Δημοτική Ενότητα Ελλομένου, π/υ 45.643,30 € πλέον ΦΠΑ,
 - Ομάδα Γ: Δημοτική Ενότητα Απολλωνίων, π/υ 44.629,50 € πλέον ΦΠΑ,
 - Ομάδα Δ: Δημοτική Ενότητα Σφακιωτών - Καρυάς, π/υ 27.878,30 € πλέον ΦΠΑ και
 - Ομάδα Ε: Δημοτικές Ενότητες Καλάμου – Καστού, π/υ 1.762,20 € πλέον ΦΠΑ,
- συνολικού προϋπολογισμού 119.913,30 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

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

1.1 Με την υπ' αρ. πρωτ. 392/7-12-2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Λευκάδας εγκρίθηκε η διακήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: "Προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για τις ανάγκες του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών του Προσώπων έτους 2019, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 331.910,20 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ." Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και ειδικότερα:

Α. Για τα καύσιμα, το χαμηλότερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%), επί της μέσης λιανικής τιμής πώλησης των υγρών καυσίμων του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας, την ημέρα παράδοσης, όπως αυτή εκδίδεται από το Τμήμα Εμπορίου και Τουρισμού της Δ/σης Ανάπτυξης της Περιφερειακής Ενότητας Λευκάδας και

Β. Για τα λιπαντικά, η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής σε ευρώ επί του ενδεικτικού προϋπολογισμού.

1.2 Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια υγρών καυσίμων και λιπαντικών για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών του Προσώπων μέχρι 31/12/2019, δηλαδή:

A) του Δήμου Λευκάδας

B) της Δ.Ε.Π.Ο.Κ.Α.Λ. (Δημοτική Επιχείρηση Πολιτιστικής, Οικονομικής, Τουριστικής & Κοινωνικής Ανάπτυξης Δ. Λευκάδας)

Γ) της Σχολικής Επιτροπής Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης

Δ) της Σχολικής Επιτροπής Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης

Η εν λόγω προμήθεια χωρίζεται σε δύο (2) τμήματα, ήτοι:

1. Καύσιμα

- Ομάδα Α: Δημοτική Ενότητα Λευκάδας, π/υ 189.547,90 πλέον ΦΠΑ,

- Ομάδα Β: Δημοτική Ενότητα Ελλομένου, π/υ 45.643,30 € πλέον ΦΠΑ,

- Ομάδα Γ: Δημοτική Ενότητα Απολλωνίων, π/υ 44.629,50 € πλέον ΦΠΑ,

- Ομάδα Δ: Δημοτική Ενότητα Σφακιωτών - Καρυάς, π/υ 27.878,30 € πλέον ΦΠΑ και

- Ομάδα Ε: Δημοτικές Ενότητες Καλάμου – Καστού, π/υ 1.762,20 € πλέον ΦΠΑ,

2. Λιπαντικά, π/υ 22.449,00 € πλέον ΦΠΑ,

Σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1.3 της διακήρυξης καθώς και στο άρθρο 4 στην Γενική Συγγραφή Υποχρεώσεων, προσφορές υποβάλλονται για ένα ή και περισσότερα τμήματα και σε μία ή σε περισσότερες ομάδες του ενδεικτικού προϋπολογισμού, αλλά για το σύνολο των ειδών και ποσοτήτων του κάθε τμήματος ή ομάδας. Για τα λιπαντικά θα δίνεται προσφορά για το σύνολο των ποσοτήτων.

Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται από την υπογραφή της και μέχρι 31-12-2019.

Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 2.2.2 της Διακήρυξης, η Εγγυητική Συμμετοχής ορίζεται σε ποσοστό 1% επί του συνολικού προϋπολογισμού, εκτός ΦΠΑ.

Επιπλέον, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4.1 της Διακήρυξης, για την υπογραφή της σύμβασης απαιτείται η παροχή Εγγύησης Καλής Εκτέλεσης, το ύψος της οποίας ανέρχεται σε ποσοστό 5% επί της αξίας της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ.

1.3 Περίληψη της εν λόγω διακήρυξης με αρ. πρωτ. 4705/12-03-2019 (19PROC004607261) η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακήρυξης του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε.) στις 13-03-2019 και δημοσιεύτηκε στις 15-03-2019. Συνακόλουθα, η περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στις εφημερίδες: α) 'ΛΕΥΚΑΔΙΤΙΚΟΣ ΛΟΓΟΣ' (ημερ. Δημ. 22-03-2019), β) 'ΤΑ ΝΕΑ ΤΗΣ ΛΕΥΚΑΔΑΣ' (ημερ. Δημ. 22-03-2019) και αναρτήθηκε στην

ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής στις 14-03-2019, ενώ στις 13-03-2019 τοιχοκολλήθηκε με αποδεικτικό δημοσίευσης και στην είσοδο του Δημοτικού Καταστήματος. Η διακήρυξη αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) επίσης στις 13-03-2019 με ΑΑ 71602.

Ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στο ΕΣΗΔΗΣ ορίστηκε η 13-03-2019 ενώ ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 17-04-2019, ενώ ως ημερομηνία ανοίγματος των προσφορών ορίστηκε η 24-04-2019.

2. Στις 24-04-2019 η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στην αποσφράγιση και έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών του διαγωνισμού, συντάσσοντας το σχετικό Πρακτικό. Σύμφωνα με αυτό έλαβαν μέρος πέντε (5) συμμετέχοντες. Οι τέσσερις κατέθεσαν προσφορά για την ομάδα των Λιπαντικών και ένας για την κατηγορία Καύσιμα για την ομάδα: Δ.Ε. Λευκάδας. Για τις υπόλοιπες ομάδες της κατηγορίας Καύσιμα δεν υπεβλήθη καμία προσφορά.

Στις 20-05-2019 η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στην αποσφράγιση των ηλεκτρονικών φακέλων "Οικονομική προσφορά" του διαγωνισμού, συντάσσοντας το σχετικό Πρακτικό.

Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή γνωμοδότησε μεταξύ άλλων για: *".....τη ματαίωση της διαδικασίας για την προμήθεια καυσίμων όσον αφορά τις ομάδες Β (Δ.Ε. Ελλομένου), Γ (Δ.Ε. Απολλωνίων), Δ (Δ.Ε. Σφακιωτών - Καρυάς), Ε (Δ.Ε. Καλάμου - Καστού) διότι ο διαγωνισμός απέβη άγονος και την προσφυγή σύμφωνα με την παρ. 2^α του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης λόγω άγονου διαγωνισμού για την ανάθεση της, χωρίς τροποποίηση των όρων του αρχικού διαγωνισμού, μετά την σύμφωνη γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ...."*

Στο υποβληθέν Σχέδιο Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Λευκάδας αναφέρεται μεταξύ άλλων: *"....Προτείνεται η προσφυγή στη διαδικασία ανάθεσης κατόπιν διαπραγμάτευσης, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση και χωρίς τροποποίηση των όρων της 4704/12-03-2019 (19PROC004606887) διακήρυξης, σύμφωνα με το άρθρο 32 του Ν. 4412/2016 για την προμήθεια καυσίμων του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών Προσώπων έτους 2019 για τις ΟΜΑΔΕΣ Β,Γ,Δ και Ε με αριθμ. 4704/12-03-2019/ΑΔΑΜ : 19REQ004606887 διακήρυξης"*

3. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Λευκάδας με το υπ' αρ. Πρωτ. 11794/13-06-2019 έγγραφο αίτημά του και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα που υπέβαλε στην Αρχή, αιτείται τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016, άρθρο 32 παρ.2α, για τα τέσσερα (4) εκ των αρχικώς έξι (6) δημοπρατηθέντων τμημάτων του εν θέματι διαγωνισμού και συγκεκριμένα των κάτωθι:

- Ομάδα Β: Δημοτική Ενότητα Ελλομένου, π/υ 45.643,30 € πλέον ΦΠΑ,
- Ομάδα Γ: Δημοτική Ενότητα Απολλωνίων, π/υ 44.629,50 € πλέον ΦΠΑ,

- Ομάδα Δ: Δημοτική Ενότητα Σφακιωτών - Καρυάς, π/υ 27.878,30 € πλέον ΦΠΑ και
- Ομάδα Ε: Δημοτικές Ενότητες Καλάμου – Κάστου, π/υ 1.762,20 € πλέον ΦΠΑ,

συνολικού προϋπολογισμού 119.913,30 € πλέον ΦΠΑ.

II. Νομικό πλαίσιο

4. 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 (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 [...]».

5. 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”.

6. Το άρθρο 3 παρ. 1 και 2 του ιδίου 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”.

7. Σύμφωνα με το άρθρο 5 του ιδίου 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'".

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθμ. 2365/2017 της Επιτροπής τα κατώτατα όρια για τις μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές αναθεωρήθηκαν από 01-01-2018 από 209.000 σε 221.000 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

8. Στο άρθρο 6 παρ. 1, 3 και 9 του ιδίου 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 προαιρέσεως 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 κατατέμνεται 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".

9. 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".

III. Νομική Εκτίμηση

10. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Λευκάδας 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 119.913,30 € πλέον ΦΠΑ.,

που αποτελεί τμήμα σύμβασης προϋπολογισμού 311.910,20 € πλέον ΦΠΑ, 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.

11. 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 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 (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).

12. Με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ.2 περ. α' του ν. 4412/2016, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να συνάπτουν συμβάσεις με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, με την προϋπόθεση: 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) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση. δ) 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).

13. Στην προκείμενη περίπτωση, ο Δήμος Λευκάδας επικαλείται ρητά ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός του τις διατάξεις που περιλαμβάνονται στο άρθρο 32, παράγραφος 2 εδάφιο α' του Ν. 4412/2016.

Σημειώνεται, ότι οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των προαναφερθέντων διατάξεων, προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση, είναι: 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) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά

την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση. (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).

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

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

Ο Δήμος Λευκάδας, με την υπ' αρ. πρωτ. 392/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής ενέκρινε τη διακήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 με τίτλο: "Ανοικτός Διεθνής Διαγωνισμός για την προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών για τις ανάγκες του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών προσώπων έτους 2019", με τη χρήση της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., συνολικού προϋπολογισμού 411.568,65 € με Φ.Π.Α. Η προμήθεια αφορούσε δύο (2) τμήματα και πέντε (5) ομάδες. Για τέσσερις (4) ομάδες δεν κατατέθηκε καμία προσφορά.

Η ως άνω Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: 19PROC004606887), για την οποία τηρήθηκαν οι απαιτούμενες κατά το νόμο διατυπώσεις δημοσιότητας, δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή του στο σχετικό διαγωνισμό, όπως προκύπτει από το προπαρατεθέν ιστορικό.

Περαιτέρω, για τη βελτίωση των διαδικασιών της αναθέτουσας αρχής, σημειώνεται η ιδιαίτερη επιμέλεια που οφείλει να επιδεικνύει η αναθέτουσα αρχή ως προς την τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας του διαγωνισμού. Ειδικότερα, στην προκειμένη περίπτωση επισημαίνονται τα εξής:

Το άρθρο 66 παρ. 3 του ν. 4412/2016 προβλέπει ότι οι προκηρύξεις δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης των ουσιαδών όρων αυτών στο έντυπο της Ε.Ε.Ε.Ε., ωστόσο, η δημοσίευση μπορεί να πραγματοποιείται σε εθνικό επίπεδο, όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν ενημερωθεί σχετικά με τη δημοσίευση εντός 48 ωρών από τη βεβαίωση παραλαβής της προκήρυξης.

Στην υπό εξέταση διαδικασία, ο Δήμος Λευκάδας απέστειλε το έντυπο της περίληψης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 13-03-2019, ενώ η δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. πραγματοποιήθηκε στις 15-03-2019. Παράλληλα, τόσο η ανάρτηση των τευχών του διαγωνισμού στο Κ.Η.ΜΗ.ΔΗ.Σ., στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και το αποδεικτικό τοιχοκόλλησης στην είσοδο του Δημοτικού Καταστήματος, όσο και στην ιστοσελίδα της Αναθέτουσας Αρχής πραγματοποιήθηκαν στις 13-03-2019 και 14-03-2019 αντίστοιχα, ήτοι σε προγενέστερο χρόνο από τη δημοσίευση των στοιχείων στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Εν προκειμένω από τα ανωτέρω παρατηρούνται επί μέρους πλημμέλειες, ως προς τον χρόνο δημοσίευσης, οι οποίες, όμως, όπως έχει γίνει δεκτό από την Αρχή, εν όψει της φύσεως και της οικονομικής αξίας της υπό κρίση προμήθειας δεν επηρεάζουν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού ούτε συνιστούν παράβαση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Πάντως, 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 ανεπάρκειας τέτοιων συνθηκών μπορεί να έχει ως διακύβευμα την επιτυχή εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας.(βλ. σχετικώς απόφαση 119/2017, Δ17/2018, Δ22/2018 και Δ63/2018 της Αρχής).

14.2. Ως προς τη μη υποβολή προσφοράς ή τη μη ύπαρξη κατάλληλης προσφοράς ή τη μη ύπαρξη υποψηφίου:

Στο από 20-05-2019 Πρακτικό η Επιτροπή διενέργειας διαγωνισμού γνωμοδοτεί για: *“.....τη ματαίωση της διαδικασίας για την προμήθεια καυσίμων όσον αφορά τις ομάδες Β (Δ.Ε. Ελλομένου), Γ (Δ.Ε. Απολλωνίων), Δ (Δ.Ε. Σφακιωτών – Καρυάς), Ε (Δ.Ε. Καλάμου - Καστού) διότι ο διαγωνισμός απέβη άγονος...”*.

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

Στο από 20-05-2019 Πρακτικό η Επιτροπή διενέργειας διαγωνισμού γνωμοδοτεί για: *“.....και την προσφυγή σύμφωνα με την παρ. 2^α του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016 στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευσης προκήρυξης λόγω άγονου διαγωνισμού για την Ανάθεση της, χωρίς τροποποίηση των όρων του αρχικού διαγωνισμού, μετά την σύμφωνη γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ”*.

Αντίστοιχη αναφορά υπάρχει και στο σχέδιο απόφασης προσφυγής στην διαδικασία διαπραγμάτευσης.

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:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης, επί του εγγράφου αιτήματος του Δήμου Λευκάδας με αριθμ. Πρωτ.11794/13-06-2019 προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. που παρελήφθη την 18-06-2019 (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 3298), βάσει του οποίου ο Δήμος Λευκάδας 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, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν.4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας

καυσίμων για τις ανάγκες του Δήμου Λευκάδας και των Νομικών Προσώπων έτους 2019 και συγκεκριμένα των κάτωθι ομάδων Β,Γ,Δ και Ε, ήτοι των:

- Ομάδα Β: Δημοτική Ενότητα Ελλομένου, π/υ 45.643,30 € πλέον ΦΠΑ,
- Ομάδα Γ: Δημοτική Ενότητα Απολλωνίων, π/υ 44.629,50 € πλέον ΦΠΑ,
- Ομάδα Δ: Δημοτική Ενότητα Σφακιωτών - Καρυάς, π/υ 27.878,30 € πλέον ΦΠΑ και
- Ομάδα Ε: Δημοτικές Ενότητες Καλάμου – Καστού, π/υ 1.762,20 € πλέον ΦΠΑ,

συνολικού προϋπολογισμού 119.913,30 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 10 Ιουλίου 2019

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αντιπρόεδρος

Αδάμ Καραγλάνης