



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ

120 / 2017

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

ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την **15η Νοεμβρίου 2017, ημέρα Τετάρτη και ώρα 9:30 π.μ.**, και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 (5ος όροφος), 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. Προεδρεύουσα: Μπουσουλέγκα Χριστίνα (Αντιπρόεδρος)

2. Μέλη:
Βαρδακαστάνης Κωνσταντίνος
Στυλιανίδου Μαρία
Χριστοβασίλη Ερωφίλη

Ο Πρόεδρος της Αρχής δεν προσήλθε λόγω δικαιολογημένου κωλύματος.

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

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

Εισηγητής: Δημήτριος Θεοδωράς, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν ο εισηγητής κ. Θεοδωράς καθώς και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών, κ. Μίνα Καλογρίδου, οι οποίοι αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας από τα Μέλη του Συμβουλίου 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 και Λιπαντικών»**, προϋπολογισθείσας δαπάνης € 96.447,31 χωρίς Φ.Π.Α., **για τις ανάγκες του Δήμου Κεφαλλονιάς/ΔΕ Αργοστολίου και των Νομικών Προσώπων αυτής**, οικονομικού έτους 2017, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

1. Με το αριθμ. 32827/17-10-2017 έγγραφο του Δήμου Κεφαλλονιάς (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 6302/20-10-2017), ζητείται η 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 και Λιπαντικών (Ομάδες 2,3,4,5,6,7,8)», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 96.447,31 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Κεφαλλονιάς/ΔΕ Αργοστολίου και των Νομικών Προσώπων ΟΚΑΠ, Α'θμια Σχολική Επιτροπή, Β'θμια Σχολική Επιτροπή, ΚΕΔΗΚΕ, οικονομικού έτους 2017, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, επαναληπτικού ανοικτού διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

2. Από τη μελέτη των στοιχείων και εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα:
 - 2.1 Με την αριθμ. 43883/27-12-2016 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: 16PROC005643351 2016-12-27) του, ο Δήμος Κεφαλλονιάς διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων και Λιπαντικών» προϋπολογισθείσας δαπάνης € 199.471,90 χωρίς Φ.Π.Α., οικονομικού έτους 2017.
 - 2.2 Με το αριθμ. 7587/17-3-2017 έγγραφο του Δήμου Κεφαλλονιάς (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1907/20-3-2017), όπως αυτό συμπληρώθηκε με τα αριθμ. 10610/11-4-2017, 13148/8-5-2017 και 13433/10-5-2017 έγγραφα (αριθμ 2569/13-4-2017, 3093/10-5-2017 και 3094/10-5-2017 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), ζητήθηκε η 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 και Λιπαντικών» προϋπολογισθείσας δαπάνης € 96.967,90 χωρίς Φ.Π.Α. για τις ανάγκες του Δήμου Κεφαλλονιάς και των νομικών του προσώπων (Ο.Κ.Α.Π., Πρωτοβάθμια Σχολική Επιτροπή, Δευτεροβάθμια Σχολική Επιτροπή, ΚΕ.ΔΗ.ΚΕ), οικονομικού έτους 2017, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)
 - 2.3 Σε συνέχεια του αριθμ. 7587/17-3-2017 αιτήματός του εν λόγω Δήμου και των συμπληρωματικών εγγράφων, εκδόθηκε η αριθμ. 38/2017 Απόφασης της Αρχής, με την οποία διαπιστώθηκε ότι δεν συντρέχουν οι απαιτούμενες κατά το νόμο προϋποθέσεις για την προσφυγή του Δήμου στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, λόγω ουσιωδών πλημμελειών της προηγηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας [μη τήρηση των απαιτούμενων κατά το νόμο κανόνων δημοσιότητας της αριθμ. 43883/27-12-2016 Διακήρυξης για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων και Λιπαντικών» προϋπολογισθείσας δαπάνης € 199.471,90 χωρίς Φ.Π.Α.].
 - 2.4 Στη νομική εκτίμηση της αριθμ. 38/2017 Απόφασης της Αρχής διαπιστώνονται τα εξής:

“Σύμφωνα με το αριθμ. 13148/8-5-2017 έγγραφό του προκύπτει ότι οι εγγεγραμμένες πιστώσεις του Δήμου Κεφαλλονιάς και των νομικών του προσώπων, για το οικονομικό έτος 2017, ανέρχονται στο ύψος των € 381.275,79 χωρίς Φ.Π.Α., εκ των οποίων ποσό € 130.576,15 έχει δεσμευτεί / αναλωθεί για τη διενέργεια Συνοπτικών Διαγωνισμών και Απευθείας Αναθέσεων για την προμήθεια Καυσίμων και Λιπαντικών. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ο Δήμος Κεφαλλονιάς θα έπρεπε να έχει προσφύγει σε διεθνή ανοικτό διαγωνισμό δεδομένου ότι οι εγγεγραμμένες πιστώσεις, για όλες τις Δημοτικές Ενότητες και τα Νομικά Πρόσωπα του Δήμου Κεφαλλονιάς, είναι υψηλότερες από το κατώτερο όριο των € 209.000 σύμφωνα με το οποίο οι Αναθέτουσες Αρχές θα πρέπει υποχρεωτικά να προσφύγουν σε διαδικασία διεθνή ανοικτού διαγωνισμού και όχι σε διαδικασία ανοικτού διαγωνισμού.

Εφόσον, οι εγγεγραμμένες πιστώσεις του Δήμου Κεφαλλονιάς και των Νομικών του Προσώπων, για το οικονομικό έτος 2017, ανέρχονται στο ύψος των € 381.275,79 χωρίς Φ.Π.Α., αυτό συνεπάγεται, είτε τη διενέργεια ενός διεθνή ανοικτού διαγωνισμού για το σύνολο των πιστώσεων, είτε τη διενέργεια περισσοτέρων διεθνών ανοικτών διαγωνισμών στην περίπτωση που ο Δήμος Κεφαλλονιάς επέλεγε να προσφύγει στην προμήθεια Καυσίμων και Λιπαντικών ανά Δημοτική Ενότητα / Νομικό Πρόσωπο βάσει του άρθρου 6 του Ν. 4071/2012.

Το γεγονός ότι στα έγγραφα που προσκόμισε η Αναθέτουσα Αρχή επικαλείται το άρθρο 6 του Ν. 4071/2012 βάσει του οποίου, όμοιες και ομοειδείς δαπάνες δύναται να εγγραφούν σε ξεχωριστές πιστώσεις κατά ειδικό Φορέα και ΚΑΕ στον εγκεκριμένο προϋπολογισμό του Δήμου και να εκτελεστούν αυτοτελώς εφόσον αφορούν σε διαφορετικές Δημοτικές Ενότητες αντιστοίχως, δεν συνεπάγεται την παράκαμψη ή καταστρατήγηση του Ενωσιακού Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων. Εξάλλου ανάλογο περιεχομένου είναι και το αριθμ. 3948/24-9-2014 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το οποίο απεστάλη στο Υπουργείο Εσωτερικών.

Η παράλειψη ή η πλημμελής τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας του διαγωνισμού, η οποία πλήττει τις αρχές του ανταγωνισμού, της πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και της διαφάνειας και καθιστά μη νόμιμη τη διαγωνιστική διαδικασία (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα 935/2013, 408/2012, 2263, 1780, 1646/2011), με επακόλουθο τη μη νόμιμη προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης”.

- 2.5** Με την αριθμ. 273/17002/2-6-2017 Διακήρυξή του (ΑΔΑΜ: 17PROC006287544 2017-06-07), ο Δήμος Κεφαλλονιάς διενήργησε “επαναληπτικό” ανοικτό διαγωνισμό κάτω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων και Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 103.056,91 χωρίς Φ.Π.Α., οικονομικού έτους 2017, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της τιμής.
- 2.6** Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ: ΨΞΨΕΩΕ5-Ω9Φ) δημοσιεύτηκε την 3η Ιουνίου 2017 στις εφημερίδες «ΗΜΕΡΗΣΙΟΣ», «ΗΧΩ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ» και την 7η Ιουνίου 2017 στις εφημερίδες «ΕΛΕΥΘΕΡΟΣ ΤΥΠΟΣ», «ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΟΣ» .
- 2.7** Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.kefallonia.gov.gr και στο ΚΗΜΔΗΣ την 2η Ιουνίου 2017.

- 2.8** Με το αριθμ. 20942/6-7-2017 Πρακτικό της, η Επιτροπή Διαγωνισμού **α)** έκανε αποδεκτές τις προσφορές των επιχειρήσεων: ELDON'S HELLAS, Δ. Δημητρακόπουλος και Φραγκάτος Πέτρος διότι οι προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης **β)** διαπίστωσε ότι δεν υποβλήθηκαν προσφορές για τις ομάδες με α/α 2,3,4,5,6,7 και 8 προτείνοντας την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση.
- 2.9** Με την αριθμ. 168/18-7-2017 Απόφασή (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη) της, η οικονομική επιτροπή του Δήμου ενέκρινε το από 6-7-2017 Πρακτικό. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 20-7-2017.
- 2.10** Με το αριθμ. 25869/24-8-2017 Πρακτικό της, η Επιτροπή Διαγωνισμού ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο για την ομάδα με α/α 1, την επιχείρηση «Δ. Δημητρακόπουλος» και για τις ομάδες με α/α 2,3,4,5,6,7,8 δεν ανακηρύσσεται ανάδοχος.
- 2.11** Με την αριθμ. 216/30-8-2017 Απόφασή (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη) της, η οικονομική επιτροπή του Δήμου ενέκρινε το από 24-8-2017 πρακτικό. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 4-9-2017.
- 2.12** Με το αριθμ. 28432/14-9-2017 Πρακτικό της (Ψηφιακά Υπογεγραμμένο), η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης: **α)** κατακύρωσε την ομάδα με α/α 1, στην επιχείρηση «Δ. Δημητρακόπουλος» και **β)** πρότεινε την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τις ομάδες με α/α 2,3,4,5,6,7,8.
- 2.13** Με την αριθμ. 241/27-9-2017 Απόφασή (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη) της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε το από 14-9-2017 Πρακτικό. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 16/10/2017.
- 2.14** Με το αριθμ. 32827/17-10-2017 έγγραφο του Δήμου Κεφαλλονιάς (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 6302/20-10-2017), ζητήθηκε η 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 και Λιπαντικών» προϋπολογισθείσας δαπάνης € 96.447,31 χωρίς Φ.Π.Α. για τις ανάγκες του Δήμου Κεφαλλονιάς/ΔΕ Αργοστολίου και των νομικών του προσώπων (Ο.Κ.Α.Π., Πρωτοβάθμια Σχολική Επιτροπή, Δευτεροβάθμια Σχολική Επιτροπή, ΚΕ.ΔΗ.ΚΕ), οικονομικού έτους 2017, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)
- 2.15** Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Κεφαλλονιάς 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 και λιπαντικών για τις ομάδες με α/α 2,3,4,5,6,7 και 8», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 96.447,31 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Κεφαλλονιάς/ΔΕ Αργοστολίου και των νομικών του προσώπων, για τα οποία δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά.**
- 2.16** Παρά την προηγούμενη αρνητική γνώμη της Αρχής με την έκδοση της Απόφασης 38/2017, στην οποία υποδεικνύεται η κατάλληλη, με βάση τις προσκομισθείσες πιστώσεις του εν λόγω Δήμου, διαδικασία [ανοικτή, άνω των ορίων] και οι απαιτούμενες κατά το νόμο διατυπώσεις δημοσιότητας [αποστολή προκήρυξης στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης], ο Δήμος διενήργησε εκ νέου ανοικτή, κάτω των ορίων διαδικασία.

2.17 Στο σημείο αυτό επισημαίνεται ότι έχει προηγηθεί η σύναψη της αριθμ. Πρωτ. 33298/23-10-2017 σύμβασης (ΑΔΑ: Ω4ΨΗΩΕ5-ΑΗΣ), η οποία περιήλθε σε γνώση της Αρχής μετά την ανάρτησή της στο Πρόγραμμα ΔΙΑΥΓΕΙΑ, και η οποία έχει συναφθεί σε συνέχεια της αριθμ. πρωτ. 273/17002/02-06-2017 Διακήρυξης Επαναληπτικού Ηλεκτρονικού Ανοικτού Διαγωνισμού και της αριθμ. 32632/16-10-2017 ανακοίνωσης κατακύρωσης προς τον οριστικό ανάδοχο (ΑΔΑ: ΩΑΥΙΩΕ5-NM8) και αφορά στην ομάδα με α/α 1 ήτοι την προμήθεια λιπαντικών συνολικού προϋπολογισμού € 8.195,90 ευρώ με ΦΠΑ .

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

3. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, ορίζει ότι: «2.α. Οι αποφάσεις των αναθέτουσών 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. [...]».
4. 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) αριθμ. 2342/2015 της Επιτροπής τα κατώτατα όρια ισχύουν, από 1/1/2016 έως 31/12/2017.
5. 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. [...]».

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 ουσιαστικά, 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 Κεφαλλονιάς αφορά στην προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, η οποία, αφενός λόγω αντικειμένου και αφετέρου λόγω της εκτιμώμενης αξίας, όπως προκύπτει από τη προϋπολογισθείσα δαπάνη του διαγωνισμού (€ 103.056,91 ευρώ χωρίς ΦΠΑ) σε συνδυασμό με το γεγονός ότι οι εγγεγραμμένες πιστώσεις του Δήμου και των νομικών του προσώπων, για το οικονομικό έτος 2017, ανέρχονται στο ύψος των € 381.275,79 χωρίς Φ.Π.Α, ξεπερνά το κατώτατο όριο που προβλέπεται στο άρθρο 5 του ν. 4412/2016. Επομένως, συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του εν λόγω αιτήματος, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει.
9. Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 32, παράγραφος 2, εδάφιο 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

ουσιώδους τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης.

- 10.** Η διαδικασία με διαπραγμάτευση, έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και ήδη άρθρα 26 και 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και ήδη άρθρα 26 και 32 του Ν. 4412/2016) (βλ. σχετικά 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 συστατικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η Οδηγία 2004/18/ΕΚ να μην απολέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι Αναθέτουσες Αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω Οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την Οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 18^{ης} Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28^{ης} Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13^{ης} Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).
- 11.** Στην προκείμενη περίπτωση ο Δήμος Κεφαλλονιάς επικαλείται, ρητά ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της, τις διατάξεις του άρθρου 32, παράγραφος 2, εδάφιο α' του Ν. 4412/2016, ήτοι την μη υποβολή προσφορών, κατόπιν διενέργειας ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων.
- 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, κατ' εφαρμογή παραγράφου 2, εδάφιο α' του άρθρου 32, συνέχεται άμεσα με τον προηγούμεντα 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 προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνονται οι κατωτέρω νομικές πλημμέλειες:
- Α)** Σύμφωνα με το αριθμ. 13148/8-5-2017 έγγραφό του προκύπτει ότι οι εγγεγραμμένες πιστώσεις του Δήμου Κεφαλλονιάς και των νομικών του προσώπων, για το οικονομικό έτος 2017, ανέρχονται στο ύψος των € 381.275,79 χωρίς Φ.Π.Α., εκ των οποίων ποσό € 130.576,15 έχει δεσμευτεί / αναλωθεί για τη διενέργεια Συνοπτικών Διαγωνισμών και Απευθείας Αναθέσεων για την προμήθεια Καυσίμων και Λιπαντικών. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ο Δήμος Κεφαλλονιάς θα έπρεπε να έχει προσφύγει σε διεθνή ανοικτό διαγωνισμό δεδομένου ότι οι εγγεγραμμένες πιστώσεις, για όλες τις Δημοτικές Ενότητες και τα Νομικά Πρόσωπα του Δήμου

Κεφαλλονιάς, είναι υψηλότερες από το κατώτερο όριο των € 209.000 σύμφωνα με το οποίο οι Αναθέτουσες Αρχές θα πρέπει υποχρεωτικά να προσφύγουν σε διαδικασία διεθνή ανοικτού διαγωνισμού και όχι σε διαδικασία ανοικτού διαγωνισμού.

Εφόσον, οι εγγεγραμμένες πιστώσεις του Δήμου Κεφαλλονιάς και των Νομικών του Προσώπων, για το οικονομικό έτος 2017, ανέρχονται στο ύψος των € 381.275,79 χωρίς Φ.Π.Α., αυτό συνεπάγεται, είτε τη διενέργεια ενός διεθνή ανοικτού διαγωνισμού για το σύνολο των πιστώσεων, είτε τη διενέργεια περισσότερων διεθνών ανοικτών διαγωνισμών στην περίπτωση που ο Δήμος Κεφαλλονιάς επέλεγε να προσφύγει στην προμήθεια Καυσίμων και Λιπαντικών ανά Δημοτική Ενότητα / Νομικό Πρόσωπο βάσει του άρθρου 6 του Ν. 4071/2012.

Το γεγονός ότι στα έγγραφα που προσκόμισε η Αναθέτουσα Αρχή επικαλείται το άρθρο 6 του Ν. 4071/2012 βάσει του οποίου, όμοιες και ομοειδείς δαπάνες δύναται να εγγραφούν σε ξεχωριστές πιστώσεις κατά ειδικό Φορέα και ΚΑΕ στον εγκεκριμένο προϋπολογισμό του Δήμου και να εκτελεστούν αυτοτελώς εφόσον αφορούν σε διαφορετικές Δημοτικές Ενότητες αντιστοίχως, δεν συνεπάγεται την παράκαμψη ή καταστρατήγηση του Ενωσιακού Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων. Εξάλλου ανάλογο περιεχομένου είναι και το αριθμ. 3948/24-9-2014 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το οποίο απεστάλη στο Υπουργείο Εσωτερικών.

Η παράλειψη ή η πλημμελής τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας του διαγωνισμού, η οποία πλήττει τις αρχές του ανταγωνισμού, της πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και της διαφάνειας και καθιστά μη νόμιμη τη διαγωνιστική διαδικασία (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα 935/2013, 408/2012, 2263, 1780, 1646/2011), με επακόλουθο τη μη νόμιμη προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης.

Με την αριθμ. 273/17002/2-6-2017 Διακήρυξή του (ΑΔΑΜ: 17PROC006287544 2017-06-07), ο Δήμος Κεφαλλονιάς διενήργησε “επαναληπτικό” ανοικτό διαγωνισμό κάτω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας «Καυσίμων και Λιπαντικών», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 103.056,91 χωρίς Φ.Π.Α., οικονομικού έτους 2017, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της τιμής.

14. Σημειωτέον ότι, παρά την αρνητική γνώμη της Αρχής (βλ. ανωτέρω υπό παρ. 2.3, 2.4 και 2.16 της παρούσας), με την οποία υποδεικνύεται η κατάλληλη, με βάση τις προσκομισθείσες πιστώσεις του εν λόγω Δήμου, διαδικασία [ανοικτή, άνω των ορίων] και οι απαιτούμενες κατά το νόμο διατυπώσεις δημοσιότητας [αποστολή προκήρυξης στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης], ο Δήμος διενήργησε εκ νέου ανοικτή, κάτω των ορίων διαδικασία για την προμήθεια Καυσίμων & Λιπαντικών οικονομικού έτους 2017.
15. Ως προς την προϋπόθεση της μη ουσιώδους τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης για τις ομάδες με α/α 2, 3, 4, 5, 6, 7 και 8 στο υποβληθέν σχέδιο Απόφασής του, ο Δήμος Κεφαλλονιάς ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της

Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προκειμένου να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.

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 Κεφαλλονιάς σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για την προμήθεια «Καυσίμων και λιπαντικών , προϋπολογισθείσας δαπάνης € 96.447,31 χωρίς Φ.Π.Α, λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων προϋποθέσεων.

Αθήνα, 15 Νοεμβρίου 2017

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Η Αντιπρόεδρος

ΧΡΙΣΤΙΝΑ ΜΠΟΥΣΟΥΛΕΓΚΑ