



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ

113/2014

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 8^η Απριλίου του έτους δύο χιλιάδες δέκα τέσσερα (2014) ημέρα Τρίτη και ώρα 10.00π.μ. και επί της οδού Κηφισίας 7 (5^{ος} όροφος) στους Αμπελοκήπους, 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. Πρόεδρος :** Ράϊκος Δημήτριος,
Αντιπρόεδρος : Μπουσουλέγκα Χριστίνα
2. Μέλη : Καραμανλής Ευάγγελος
Κουλούρη Ιωάννα
Σταθακόπουλος Δημήτριος

(Το μέλος της Αρχής κ. Λουρίκας Δημήτριος αιτήθηκε να εξαιρεθεί τόσο από την συζήτηση του αιτήματος του φορέα, όσο και από την λήψη απόφασης). Το αίτημά του έγινε δεκτό.

Γραμματέας: Στυλιανή Τσιάβου

Εισηγητές: Ηλιάνα Κανταρτζή, Νομικός και Γεώργιος Ταρασίδης, Μηχανικός/Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης για προσφυγή της εταιρίας «Εγνατία Οδός Α.Ε.» στη διαδικασία διαπραγματεύσεως του άρθρου 25 παρ. 4 εδ. β' του ΠΔ 60/2007 χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για τη σύναψη της σύμβασης “Κάθετος Άξονας Εγνατίας Οδού Σιάτιστα -Κρυσταλλοπηγή: Τμήμα Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή, από χ.θ. 16+200 έως χ.θ. 20+320 (45.5)”, προϋπολογισμού 30.000.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ».

1. Με το υπ' αρ. πρωτ. Α367430/21.02.2014 αίτημα, το οποίο παρελήφθη από την Αρχή την 26.02.2014 (αριθ. πρωτ. 999/26.02.2014), όπως αυτό συμπληρώθηκε με το υπ' αρ. πρωτ. Α368565/20.03.2014 έγγραφο, το οποίο παρελήφθη από την Αρχή την 24.03.2014 (αριθ. πρωτ.

1445/24.03.2014), η Εγνατία Οδός Α.Ε. αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ(δδ) του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης με προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης του άρθρου 25 παρ. 4 εδ. β' του ΠΔ 60/2007 για τη σύναψη της σύμβασης “Κάθετος Άξονας Εγνατίας Οδού Σιάτιστα -Κρυσταλλοπηγή: Τμήμα Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή, από χ.θ. 16+200 έως χ.θ. 20+320 (45.5)”, προϋπολογισμού 30.000.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

2. Από τα έγγραφα που συνοδεύουν το εξεταζόμενο αίτημα, προκύπτουν τα ακόλουθα στοιχεία:

α) Με την υπ' αριθμ. 3/681/21.07.2011 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας “ΕΓΝΑΤΙΑ ΟΔΟΣ Α.Ε.” (Ε.Ο. Α.Ε.) εγκρίθηκαν οι όροι της διακήρυξης για τη διενέργεια ανοικτού διαγωνισμού για την ανάθεση του έργου “Κάθετος Άξονας Εγνατίας Οδού Σιάτιστα - Κρυσταλλοπηγή: Τμήμα Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή από Χ.Θ. 0+000 έως Χ.Θ. 16+200 (45.4 -45.5)” με αντικείμενο την υλοποίηση του ανωτέρω έργου οδοποιίας σε μήκος 16,2 χλμ.

β) Το άρθρο 11.2 της διακήρυξης όριζε ότι ο προϋπολογισμός μελέτης του έργου ανέρχεται σε 120.540.000 ευρώ (περιλαμβανομένου ΦΠΑ 22.540.000 ευρώ), ενώ το άρθρο 11.4 όριζε ότι: *“Η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί το δικαίωμα για την ανάθεση στον Ανάδοχο του έργου της κατασκευής του υποτιμήματος από Χ.Θ. 16+200 ως Χ.Θ. 20+320 (Κρυσταλλοπηγή) του τμήματος “Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή” ως παρόμοιου έργου, προϋπολογισμού ως έγγιστα 38 εκ. € (με ΦΠΑ), που θα ασκηθεί εντός τριετίας από την ανάθεση της αρχικής σύμβασης σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 31 παρ. 4β της 2004/18/ΕΚ Οδηγίας, στο άρθρο 25 παρ. 4β του ΠΔ 60/2007 και στο άρθρο 28 παρ. 3 στ. του Ν. 3669/2008”.*

γ) Περίληψη της διακήρυξης, στην οποία περιελήφθη το αναφερόμενο στο άρθρο 11.4.της διακήρυξης δικαίωμα προαίρεσης, δημοσιεύθηκε νομίμως στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ημερομηνία αποστολής 02.08.2011) και ακολούθως, στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως (ΦΕΚ 314/12.08.2011) και στον ημεδαπό τύπο.

δ) Με την υπ' αριθμ. 690/25.10.2011 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Ε.Ο. Α.Ε. εγκρίθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού ανάθεσης του έργου “Κάθετος Άξονας Εγνατίας Οδού Σιάτιστα - Κρυσταλλοπηγή: Τμήμα Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή από Χ.Θ. 0+000 έως Χ.Θ. 16+200 (45.4 -45.5)” στην κοινοπραξία “ΑΚΤΩΡ Α.Τ.Ε - J&P-ΑΒΑΞ Α.Ε. - ΤΕΡΝΑ Α.Ε”. με μέση έκπτωση 16,23%.

ε) Με την υπ' αριθμ. 550/2011 πράξη του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης με την εν λόγω μειοδότη εταιρεία. Περαιτέρω κατά την εξέταση του όρου της διακήρυξης για το δικαίωμα προαίρεσης της αναθέτουσας αρχής αποφαινεται ότι είναι νόμιμος ενώ δεν υπεισέρχεται στο ζήτημα του ελέγχου του αντικειμένου της σύμβασης που θα συναφθεί κατ'ενάσκηση του επίμαχου δικαιώματος θεωρώντας ότι αποτελεί *“μεταγενέστερο επίπεδο – αντικείμενο του ελέγχου του οικείου σχεδίου σύμβασης”* .

στ) Ακολούθως, υπεγράφη η από 10.02.2012 εργολαβική σύμβαση με την κοινοπραξία “ΑΚΤΩΡ Α.Τ.Ε - J&P-ΑΒΑΞ Α.Ε. - ΤΕΡΝΑ Α.Ε” για την εκτέλεση του έργου “Κάθετος Άξονας Εγνατίας Οδού Σιάτιστα - Κρυσταλλοπηγή: Τμήμα Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή από Χ.Θ. 0+000 έως Χ.Θ. 16+200

(45.4 -45.5)”, συμβατικού τμήματος 83.124.653 ευρώ, πλέον ΦΠΑ 19.118.671 ευρώ (άρθρο 1 της σύμβασης) με δικαίωμα προαίρεσης της αναθέτουσας αρχής να αναθέσει στον Ανάδοχο του έργου την κατασκευή από Χ.Θ. 16+200 ως Χ.Θ. 20+320 (Κρυσταλλοπηγή) του τμήματος “Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή” ως παρόμοιου έργου, προϋπολογισμού ως έγγιστα 38 εκ. € (με ΦΠΑ), που θα ασκηθεί εντός τριετίας από την ανάθεση της αρχικής σύμβασης σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 25 παρ. 4β του ΠΔ 60/2007” (άρθρο 7 της σύμβασης).

ζ) Με την 6/783/12.07.2013 απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε η άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης και η ανάθεση στην ανάδοχο κοινοπραξία του εν θέματι έργου, προϋπολογιζόμενης συμβατικής δαπάνης 30.000.000 ευρώ, πλέον ΦΠΑ 6.900.000 ευρώ. Επισημαίνεται ότι όπως ρητά αναφέρεται στην ως άνω απόφαση η ενεργοποίηση αυτή τελεί υπό την αίρεση της εξασφάλισης σύμφωνης γνώμης από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το Ελεγκτικό Συνέδριο και τη Διαχειριστική Αρχή και ως εκ τούτου εκλαμβάνεται ως το εκ του νόμου απαιτούμενο, για την παροχή σύμφωνης γνώμης από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ, σχέδιο απόφασης.

η) Σημειώνεται ότι το εν θέματι έργο αποτελεί τμήμα της ενταγμένης στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα “Ενίσχυση Προσπελασιμότητας” Πράξης: “Κάθετος Άξονας 45 Εγνατίας Οδού Σιάτιστα -Κρυσταλλοπηγή: Τμήμα Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή (45.4.5)” (κωδ. ΟΠΣ: 349363) και ήδη έχει διατυπωθεί η υπ'αριθμ. 677/17.02.2014 σύμφωνη γνώμη από την αρμόδια Υπηρεσία Διαχείρισης.

θ) Κατόπιν των ανωτέρω, η Ε.Ο. Α.Ε. αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., κατ' άρθρο 25 παρ. 4 εδ. β Π.Δ. 60/2007 για την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη του έργου “Κάθετος Άξονας Εγνατίας Οδού Σιάτιστα -Κρυσταλλοπηγή: Τμήμα Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή, από χ.θ. 16+200 έως χ.θ. 20+320 (45.5)”, προϋπολογισμού 30.000.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

II. Νομικό πλαίσιο

3. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, ορίζει τα ακόλουθα:

«δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, 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 ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. [...]».

4. Η διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 του Π.Δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...» ορίζει:

“Το παρόν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που δεν εξαιρούνται, δυνάμει των εξαιρέσεων που προβλέπονται στα άρθρα 16, 17 και 9 έως 15, και των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ) είναι ίση προς ή ανώτερη από τα ακόλουθα κατώτατα όρια: (...) γ) 5.278.000 ευρώ, για τις δημόσιες συμβάσεις έργων.”

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 2 του αριθ. 1336/2013 Κανονισμού της Επιτροπής της 13ης Δεκεμβρίου 2013 για την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/ΕΚ, 2004/18/ΕΚ και 2009/81/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στα 5.186.000 ευρώ.

5. Το άρθρο 8 παρ. 1 και 2 του ίδιου Π.Δ. ορίζει τα παρακάτω:

“1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας δημόσιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, εκτός ΦΠΑ, όπως προσδιορίζεται από την αναθέτουσα αρχή. Στον υπολογισμό αυτό, λαμβάνεται υπόψη το εκτιμώμενο συνολικό ποσό, συμπεριλαμβανομένων τόσο του τυχόν προβλεπόμενου δικαιώματος προαιρέσεως όσο και των τυχόν παρατάσεων της σύμβασης [...]

2. Η αποτίμηση πρέπει να ισχύει κατά το χρόνο αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού, όπως προβλέπεται στο άρθρο 29 παράγραφος 2 ή, στις περιπτώσεις όπου δεν απαιτείται μια τέτοια προκήρυξη, κατά το χρονικό σημείο έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης.

6. Στο άρθρο 25 του Π.Δ. 60/2007 ορίζεται:

«Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

4) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων και υπηρεσιών: ...β) όταν έχουν ως αντικείμενο νέα έργα ή υπηρεσίες που συνίστανται στην επανάληψη παρόμοιων έργων ή υπηρεσιών που ανατέθηκαν στον οικονομικό φορέα ανάδοχο της αρχικής σύμβασης από τις ίδιες αναθέτουσες αρχές, υπό την προϋπόθεση ότι αυτά τα έργα ή οι υπηρεσίες είναι σύμφωνες με μία βασική μελέτη που αποτέλεσε αντικείμενο αρχικής σύμβασης και η οποία έχει συναφθεί σύμφωνα με την ανοικτή ή την κλειστή διαδικασία.

Η δυνατότητα προσφυγής στη διαδικασία αυτή πρέπει να επισημαίνεται ήδη κατά την αρχική προκήρυξη διαγωνισμού, και το συνολικό προβλεπόμενο ποσό για τη συνέχιση των εργασιών ή υπηρεσιών λαμβάνεται υπόψη από τις ανατέτουσες αρχές κατά την εφαρμογή του άρθρου 6. Προσφυγή στη διαδικασία αυτή επιτρέπεται μόνο επί μία τριετία μετά τη σύναψη της αρχικής σύμβασης.»

7. Στο άρθρο 5 παρ. 6 και 11 του Ν. 2229/1994 (ΦΕΚ Α' 138) ως ισχύει ορίζεται το νομικό καθεστώς στο οποίο εμπίπτει η λειτουργία της Ε.Ο. Α.Ε. ως εξής:

“6. Με κοινές αποφάσεις των Υπουργών Εθνικής Οικονομίας, Οικονομικών, Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων Έργων και του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, που δημοσιεύονται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, μπορεί να ιδρύονται νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου χωριστά για κάθε μεγάλο έργο ύψους άνω των είκοσι πέντε δισεκατομμυρίων (25.000.000.000) δραχμών με τη μορφή της ανώνυμης εταιρίας.(...) 11. Οι εταιρείες λειτουργούν για χάρη του δημοσίου συμφέροντος, είναι επιχειρήσεις κοινής ωφελείας και διέπονται από τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας. (...) Οι μετοχές τους ανήκουν αποκλειστικά στο Ελληνικό Δημόσιο, το οποίο εκπροσωπείται στη Γενική Συνέλευση από τον Υπουργό Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων και τον αρμόδιο κατά περίπτωση υπουργό. Η εποπτεία επί των εταιρειών ασκείται από τον Υπουργό Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων Έργων και τον κατά περίπτωση αρμόδιο υπουργό (...).”

III. Νομική Εκτίμηση

8. Το υπό εξέταση αίτημα της Ε.Ο. Α.Ε., η οποία αποτελεί αναθέτουσα αρχή κατά την έννοια του άρθρου 2 παρ. 9 του ΠΔ 60/2007, καθόσον έχει μοναδικό μέτοχο το Δημόσιο και αποσκοπεί στην εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης έργου (βλ. Ελ. Συν. Πράξεις Ε' Κλιμ. 26/2014, Ζ' Κλιμ. 159/2012), με την έννοια της περίπτωσης (γ) της παραγράφου 2 του άρθρου 2 του Π.Δ. 60/2007 και η αιτούμενη προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης εμπίπτει στη διάταξη της περ. β' της παρ. 4 του άρθρου 25 του Π.Δ. 60/2007. Οι δημόσιες συμβάσεις που προκύπτουν από την εν λόγω διαδικασία διαπραγμάτευσης έχουν ως αντικείμενο νέο έργο, το οποίο συνίσταται στην επανάληψη παρόμοιου έργου που ανατέθηκε στον αρχικό ανάδοχο, και κατά συνέπεια αποτελούν παρακολούθημα της αρχικής σύμβασης (Ελ. Συν. VI Τμ. 1980/2012, 2121/2009).

9. 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 περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 Π.Δ. 60/2007) (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, ήτοι 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. 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).

10. Ειδικότερα, η εφαρμογή του άρθρου 25 παρ. 4 περ. β' του Π.Δ. 60/2007, που παρέχει (για δημόσιες συμβάσεις έργων και υπηρεσιών), τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να συνάπτουν συμβάσεις με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, αναφέρεται μόνο σε συμβάσεις νέων έργων που πρόκειται να ανατεθούν στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης από την ίδια αναθέτουσα αρχή και προϋποθέτει να συντρέχουν σωρευτικά τα κάτωθι:

α) να αφορούν σε επανάληψη παρόμοιων με την αρχική σύμβαση έργων,

β) να συμφωνούν με τη βασική μελέτη που αποτέλεσε αντικείμενο της αρχικής σύμβασης, η οποία συνήφθη με ανοικτή ή κλειστή διαδικασία.

γ) Η δυνατότητα προσφυγής στην ανωτέρω διαδικασία θα πρέπει να επισημαίνεται κατά την αρχική προκήρυξη του διαγωνισμού και επιτρέπεται επί μια τριετία μετά την σύναψη της αρχικής σύμβασης.

11. Στην προκειμένη περίπτωση, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα:

A. Ως προς την ανωτέρω υπ' αριθμ. α) προϋπόθεση

Σύμφωνα με το άρθρο 11.4. της Διακήρυξης του αρχικού έργου (“Περιγραφή και ουσιώδη χαρακτηριστικά / Βασικό Σχέδιο του έργου”) προβλέπεται ότι “Βασικό σχέδιο του έργου είναι η κατασκευή του τμήματος Κορομηλιά -Κρυσταλλοπηγή, από Χ.Θ. 0+000 έως Χ.Θ. 16+200 (45.4/5) του κάθετου οδικού άξονα «Σιάτιστα - Κρυσταλλοπηγή» (άξονας 45) της Εγνατίας οδού μήκους 16,0 χλμ. περίπου, τετράιχνης διατομής διαχωρισμένων κλάδων κυκλοφορίας, με δυο λωρίδες, ΛΕΑ και Λωρίδα Καθοδήγησης στην πλευρά της κεντρικής νησίδας ανά κατεύθυνση και συνολικού πλάτους οδοστρώματος 22,25μ. Προβλέπεται επίσης η κατασκευή τριών ανισόπεδων κόμβων, της δίδυμης σήραγγας Ιεροπηγής μήκους κάθε κλάδου 0,56 χλμ., περίπου, παράπλευρου και κάθετου οδικού δικτύου συνολικού μήκους 11 χλμ. περίπου, μεγάλων τεχνικών συνολικού μήκους περίπου 300 μ. και μέγιστου ανοίγματος 41,5 μ., μικρών τεχνικών, καθώς και βελτιωτικών παρεμβάσεων σε άλλα τμήματα του τοπικού οδικού δικτύου συνολικού μήκους περί τα 16 χλμ. περίπου. Περιλαμβάνονται εργασίες χωματουργικών, τεχνικών, έργων αποχέτευσης και αποστράγγισης, διάτρησης και επένδυσης σήραγγας, οδοστρωσίας, ασφατικών, σήμανσης - ασφάλειας, οδοφωτισμού, ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων και κατασκευής του κτιρίου εξυπηρέτησης σήραγγας και έργων πρασίνου.”

Αντικείμενο της έργου της αιτούμενης σύμβασης, σύμφωνα με τα υποβληθέντα από την αναθέτουσα αρχή συμβατικά τεύχη αυτής (Τεχνική Περιγραφή - “Αντικείμενο του έργου”), ορίζεται:

“Το αντικείμενο της εργολαβίας περιλαμβάνει:

α. Την πλήρη κατασκευή του τμήματος Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή, από Χ.Θ.16+200 έως Χ.Θ. 20+320, του άξονα (μήκους 4,1 χλμ.).

β. Την κατασκευή του ισόπεδου κυκλικού Κόμβου στην απόληξη του τμήματος στην περιοχή του Τελωνείου Κρυσταλλοπηγής.

γ. Την κατασκευή της δίδυμης σήραγγας Κρυσταλλοπηγής, με μήκος κάθε κλάδου 0,55 χλμ., περίπου (συμπεριλαμβανομένων και των C&C).

δ. Τις αποκαταστάσεις και συνδέσεις του Εθνικού δικτύου και τοπικών οδών (κάθετες οδοί), συνολικού μήκους 1 χλμ., περίπου,

ε. Την κατασκευή δύο (2) ανοιγμάτων της νησίδας για εκτροπή της κυκλοφορία περί τις Χ.Θ. 18+050 και Χ.Θ. 18+800.

Στις εργασίες κατασκευής του έργου εκτός από τις εργασίες οδοποιίας περιλαμβάνονται:

1. Τεχνικά έργα μικρά και μεγάλα (κάτω διάβαση, οχετοί, τοίχοι αντιστήριξης).

2. Εργασίες αποχέτευσης ομβρίων και αποστράγγισης.

3. Εργασίες σήμανσης - ασφάλισης, περίφραξης και οριοθέτησης απαλλοτριωμένης ζώνης.

4. Οι ηλεκτρομηχανολογικές εγκαταστάσεις της σήραγγας Κρυσταλλοπηγής και το κτίριο εξυπηρέτησης αυτής.

5. Εργασίες ηλεκτροφωτισμού του κόμβου και εργασίες εγκατάστασης σωληνώσεων αναμονής καλωδιώσεων σε όλο το μήκος του τμήματος.

6. Εργασίες επένδυσης πρανών με φυτική γη και υδροσποράς τους.

7. Εργασίες μετατόπισης- αποκατάστασης δικτύων Ο.Κ.Ω.”

Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι οι αρχικές και οι νέες εργασίες, όπως αυτές περιγράφονται στην αρχική και στην αιτούμενη σύμβαση είναι τεχνικά όμοιες.

B. Ως προς την ανωτέρω υπ' αριθμ. β) προϋπόθεση

Αντικείμενο της αρχικής σύμβασης, όπως ορίζεται στα συμβατικά τεύχη της Διακήρυξης του από 20.09.2011 ανοικτού διαγωνισμού (άρθρο 1 της Τεχνικής Περιγραφής - “Συνοπτική Περιγραφή του Έργου”), είναι η κατασκευή του τμήματος Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή, από Χ.Θ. 0+000 έως Χ.Θ. 16+200 (45.4/5, μήκους 16,2 χλμ.) του κάθετου οδικού άξονα «Σιάτιστα - Κρυσταλλοπηγή» (άξονας 45) της Εγνατίας οδού. Ο κάθετος άξονας 45 αποτελεί τμήμα του Πανευρωπαϊκού Άξονα VIII, έχει μήκος 72χλμ., περίπου, και συνδέει την Εγνατία οδό, από τη θέση του Α.Κ. Σιάτιστας, με τα Ελληνοαλβανικά σύνορα, στη θέση του Συνοριακού σταθμού της Κρυσταλλοπηγής. Το τμήμα του άξονα 45 έως την Κορομηλιά, έχει κατασκευαστεί, στα πλαίσια παλαιότερων εργολαβιών και έχει αποδοθεί σε κυκλοφορία.

Το τμήμα Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή από Χ.Θ. 0+000 έως Χ.Θ. 16+200, αποτελείται από τα υπο-τμήματα α) Κορομηλιά - Ιεροπηγή (45.4), μήκους 13,5 χλμ. και β) το πρώτο μέρος του τμήματος Ιεροπηγή- Κρυσταλλοπηγή (45.5) από Χ.Θ. 13+500 έως Χ.Θ. 16+200 (μήκους 2,7 χλμ.).

Το έργο περιλαμβάνει την πλήρη κατασκευή της κεντρικής αρτηρίας με διατομή τετράιχνου αυτοκινητόδρομου με ΛΕΑ και τυπική διατομή οδοστρώματος 22,25μ, την κατασκευή τριών Ανισόπεδων Κόμβων, την κατασκευή της δίδυμης σήραγγας Ιεροπηγής, την κατασκευή παράπλευρου οδικού δικτύου καθώς και τις αποκαταστάσεις και συνδέσεις του τοπικού οδικού δικτύου.

Ομοίως το έργο της κατασκευής του τμήματος Κορομηλιά – Κρυσταλλοπηγή από Χ.Θ. 16+200 έως Χ.Θ. 20+320 (45.5, μήκους 4,1 χλμ.) του κάθετου οδικού άξονα «Σιάτιστα - Κρυσταλλοπηγή» (άξονας 45) της Εγνατίας οδού, που αποτελεί συνέχεια του προαναφερθέντος αρχικού έργου, περιλαμβάνει την πλήρη κατασκευή της κεντρικής αρτηρίας με διατομή επίσης τετράιχνου αυτοκινητόδρομου με ΛΕΑ και τυπική διατομή οδοστρώματος 22,25μ, την κατασκευή ενός ισόπεδου κυκλικού Κόμβου στην απόληξη του τμήματος στην περιοχή του Τελωνείου Κρυσταλλοπηγής, την κατασκευή της δίδυμης σήραγγας Κρυσταλλοπηγής και τις αποκαταστάσεις και συνδέσεις με το Εθνικό και το τοπικό οδικό δίκτυο στην περιοχή του Τελωνείου Κρυσταλλοπηγής.

Αναφορικά με τα εν λόγω υπόλοιπα 4,1 χλμ. της συνολικής οδού, η αναθέτουσα αρχή διατήρησε το δικαίωμα για την ανάθεση στον Ανάδοχο του έργου της κατασκευής του εν λόγω υποτμήματος, ήτοι από Χ.Θ. 16+200 ως Χ.Θ. 20+320 (Κρυσταλλοπηγή) του τμήματος Κορομηλιά – Κρυσταλλοπηγή, ως παρόμοιου έργου, προϋπολογισμού ως έγγιστα 38 εκ. ευρώ (με ΦΠΑ), που θα ασκηθεί εντός τριετίας από την ανάθεση της αρχικής σύμβασης, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 31 παρ. 4β της 2004/18/ΕΚ Οδηγίας, στο άρθρο 25 παρ. 4β του ΠΔ 60/2007 καθώς και στο άρθρο 28 παρ. 3στ του Ν. 3669/2008, όπως αποτυπώθηκε στο άρθρο 11.4 της Διακήρυξης του αρχικού έργου.

Επισημαίνεται ότι το εν λόγω τμήμα αναφερόταν και στην υπ' αριθμ. Πρωτ. Ρ23/45.4-5/500/001.2/ΣΧ/0510/μσκ/19.07.2011 εισήγηση προς το Δ.Σ του Τομέαρχη Εκτέλεσης Έργων της αναθέτουσας αρχής "ΕΓΝΑΤΙΑ ΟΔΟΣ Α.Ε." βάσει της οποίας ελήφθη η υπ' αριθμ. 3/681/21.07.2011 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου με την οποία εγκρίθηκαν οι όροι της διακήρυξης για τη διενέργεια ανοικτού διαγωνισμού για την ανάθεση του έργου "Κάθετος Άξονας Εγνατίας Οδού Σιάτιστα - Κρυσταλλοπηγή: Τμήμα Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή από Χ.Θ. 0+000 έως Χ.Θ. 16+200 (45.4 -45.5)", αλλά δε δημοπρατήθηκε μαζί με το αρχικό έργο λόγω εκκρεμοτήτων ως προς την αναθεώρηση των εγκεκριμένων μελετών στο τελευταίο τμήμα του άξονα από Χ.Θ. 16+200 ως Χ.Θ. 20+320 μήκους περίπου 4,1 χλμ., έτσι ώστε να ικανοποιηθούν οι απαιτήσεις των περιβαλλοντικών όρων για την προστασία της καφέ αρκούδας, ήτοι αύξηση των ανοιγμάτων των τεχνικών Κάτω Διαβάσεων και οχετών και υπογειοποίηση του έργου σε μήκος από 300μ. έως 500μ.

Εκ των ανωτέρω υπό Α και Β παραγράφων συνάγεται ότι οι αρχικές και οι νέες εργασίες είναι τεχνικά όμοιες και σύμφωνες με μία βασική μελέτη, ήτοι εξυπηρετούν ένα ευρύτερο λειτουργικό και τεχνικό σχεδιασμό, ο οποίος έχει προηγηθεί και κατά τον οποίο έχουν προσδιοριστεί, τόσο οι βέλτιστες τεχνικά λύσεις όσο και το είδος και τα κύρια χαρακτηριστικά των εντασσόμενων σε αυτόν έργα (Ελ. Συν. VI Τμ. 1980/2012, 3365/2011).

Περαιτέρω, συνάγεται ότι το φυσικό αντικείμενο της αιτούμενης σύμβασης συμφωνεί με τη βασική μελέτη που ήταν αντικείμενο της αρχικής που έχει συναφθεί με ανοικτή διαδικασία, χωρίς όμως να έχει αποτελέσει αντικείμενο ρυθμίσεως της εν λόγω αρχικής σύμβασης. Συγκεκριμένα, η δυνατότητα προσφυγής στη διαδικασία του άρθρου 25 παρ. 4 εδ. β' του ΠΔ 60/2007 προσδιορίστηκε στην αρχική προκήρυξη ως προς τα ελάχιστα στοιχεία του φυσικού αντικειμένου (χιλιομετρικές θέσεις του έργου και φύση αυτού ως παρόμοιο με το αρχικό) και ως προς τη σχετική προϋπολογισθείσα δαπάνη (ως έγγιστα 38.000.000 ευρώ). Στη δε από 10.02.2012 εργολαβική σύμβαση, η οποία υπογράφηκε μεταξύ της Ε.Ο. Α.Ε και της αναδόχου κοινοπραξίας, περιλαμβάνεται ο όρος ότι *"η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί το δικαίωμα, για την ανάθεση στον Ανάδοχο του έργου της κατασκευής του υποτμήματος από Χ.Θ. 16+200 έως Χ.Θ. 20+320 (Κρυσταλλοπηγή) του τμήματος «Κορομηλιά - Κρυσταλλοπηγή», ως παρόμοιου έργου, προϋπολογισμού ως έγγιστα 38 εκ. € (με Φ.Π.Α.), που θα ασκηθεί εντός τριετίας από την ανάθεση της αρχικής σύμβασης, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 31 παρ. 4β της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ Οδηγίας, στο άρθρο 25 παρ. 4β του Π.Δ. 60/2007 καθώς και στο άρθρο 28 παρ. 3στ. του Ν. 3669/08"* χωρίς περαιτέρω εξειδίκευση του φυσικού αντικειμένου ή δέσμευση του αναδόχου. Το γεγονός, λοιπόν, ότι το συμβατικό αντικείμενο της δεν έχει αποτελέσει αντικείμενο ρυθμίσεως της αρχικής σύμβασης καθιστά δυνατή την ανάθεσή του βάσει του άρθρου 25 παρ. 4 εδ. β' του ΠΔ 60/2007.

Γ. Ως προς την ανωτέρω υπ' αριθμ. γ) προϋπόθεση

Στην προκειμένη περίπτωση, ο όρος της διακήρυξης περί δυνατότητας προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης του άρθρου 25 παρ. 4 εδ. β' του ΠΔ 60/2007 περιελήφθη στις σχετικές δημοσιεύσεις και αναφορικά με το χρόνο ενεργοποίησης του δικαιώματος προσφυγής στη διαδικασία του άρθρου 25 παρ. 4 εδ. β' του ΠΔ 60/2007, τηρείται ο τιθέμενος από το οικείο άρθρο όρος, ήτοι της άσκησης του δικαιώματος εντός τριετίας από τη σύναψη της αρχικής σύμβασης, δεδομένου ότι η σύμβαση με τον αρχικό ανάδοχο συνήφθη στις 10.02.2012.

12. Επισημαίνεται ότι η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης του άρθρου 25 παρ. 4 εδ. β' του ΠΔ 60/2007 στην προκειμένη περίπτωση δεν οδηγεί σε καταστρατήγηση της κείμενης νομο-

θεσίας για την ανάθεση των δημοσίων έργων, δεδομένου ότι κατά την αρχική διακήρυξη κλήθηκαν κατά το άρθρο 16 του Ν. 3669/2008 εργοληπτικές επιχειρήσεις 7ης τάξης του Μ.Ε.Ε.Π., η οποία καλύπτει τόσο τον αρχικό προϋπολογισμό των 98.000.000 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) όσο και τη συνολικά προϋπολογισθείσα δαπάνη, συμπεριλαμβανομένου δηλαδή του δικαιώματος προαίρεσης ποσού ως έγγιστα 38.000.000 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ).

13. Κατά συνέπεια από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις προαναφερόμενες διατάξεις συνάγεται ότι συντρέχουν σωρευτικά οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 25 περ. 4 υποπερ. β' του ΠΔ 60/2007.

Το μέλος της Αρχής Ε. Καραμανλής επισήμανε ότι, ναι μεν ως προς το συγκεκριμένο αίτημα της αναθέτουσας αρχής συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 25 παρ. 4 εδαφ. β για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, πλην όμως η αναφερόμενη στο αίτημα δαπάνη των 30.000.000 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ), η οποία σχηματοποιήθηκε με την εφαρμογή των τιμών της αρχικής σύμβασης επί των ποσοτήτων της νέας σύμβασης, αναθεωρημένων στο έτος ανάθεσης και με εφαρμογή της ήδη τεθείσας από τον αρχική σύμβαση έκπτωσης, δεν είναι ορθή. Σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ. 2 του πδ. 60/2007 η αποτίμηση της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης θα έπρεπε να γίνει κατά το χρονικό σημείο εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσής αυτής. Εν προκειμένω, η εκτίμηση της νέας σύμβασης έπρεπε να γίνει υποχρεωτικά στη βάση των εγκεκριμένων τιμολογίων του άρθρου 17 του Κώδικα Δημοσίων Έργων Ν. 3669/2008 και λαμβάνοντας υπόψη τις αναπροσαρμοσμένες τιμές αυτών (βλ. ΥΑ Δ11//2013 ΦΕΚ Β 363 2013, όπως ισχύει). Ακολούθως και μετά την έκδοση της σύμφωνης γνώμης της Αρχής, η αναθέτουσα αρχή δύναται να εκκινήσει τη διαδικασία διαπραγμάτευσης με τον αρχικό ανάδοχο, λαμβάνοντας υπόψη όχι μόνο την έκπτωση που επιτεύχθηκε κατά τον αρχικό διαγωνισμό αλλά και λοιπά νεώτερα δεδομένα (ενδεικτικά αναφέρονται οι εκπτώσεις σε τυχόν άλλα παρόμοια έργα σε εγγύτερο της διαπραγμάτευσης χρόνο, το γεγονός ότι ο υφιστάμενος ανάδοχος έχει ήδη αναπτύξει τις εργοταξιακές του εγκαταστάσεις και ενδέχεται να μην προβεί σε εκ νέου δαπάνη κινητοποίησης κά.), προς επίτευξη της μεγαλύτερης δυνατής έκπτωσης για το βέλτιστο δημοσιονομικό αποτέλεσμα.

IV. Συμπέρασμα

14. Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις εφαρμοστέες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, εισηγούμεθα:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος της εταιρείας “Εγνατία Οδός Α.Ε.”, προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ(δδ) του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση, **λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.**

Αθήνα, 8 Απριλίου 2014

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ
Ο Πρόεδρος

Δημήτριος Ραΐκος