



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ**  
**ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ**  
**ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

## **ΓΝΩΜΗ**

**Δ 19/2018**

**(του αρ. 2, παρ. 2, περ. γ', υποπερ. δδ` του ν. 4013/2011)**

Στην Αθήνα σήμερα 20 Φεβρουαρίου 2018, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45, στην Αθήνα, 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: Γεώργιος Καταπόδης
2. Μέλη: Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης  
Δρ Δημήτριος Σταθακόπουλος  
Δρ Μαρία Στυλιανίδου  
Ερωφίλη Χριστοβασίλη

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

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

Εισηγήτρια: Γούναρη Ελένη, Τοπογράφος Μηχανικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη η εισηγήτρια κα Γούναρη Ελένη, η οποία και αποχώρησε πριν από την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας

**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 ασφαλτικού σκυροδέματος (Τμήμα: 1) προϋπολογισμού 336.000,00 € πλέον ΦΠΑ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου διαγωνισμού με τίτλο: 'Προμήθεια

υλικών βελτίωσης οδοστρώματος οδικού δικτύου **Δήμου Φυλής**, προϋπολογισμού 645.000,00 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Με το υπ' αρ. Πρωτ. 2795/25-01-2018 αίτημά του προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή), που παρελήφθη την 29-01-2018 (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 597), ο Δήμος Φυλής 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 ασφαλικού σκυροδέματος για τις ανάγκες βελτίωσης του οδοστρώματος του οδικού δικτύου του Δ. Φυλής, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 336.000,00 € 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. 105/11-04-2017 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Φυλής (ΑΔΑ: 6Β5ΖΩΗΤ-ΩΚ3) εγκρίθηκε η αναγκαιότητα και σκοπιμότητα διενέργειας προμήθειας υλικών βελτίωσης οδοστρώματος του οδικού δικτύου του Δ. Φυλής προϋπολογισμού 800.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, μέσω ανοικτού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 διαγωνισμού.

**1.2** Με την υπ' αρ. 124/24-04-2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Φυλής (ΑΔΑ: 6705ΩΗΤ-ΧΡΙ) εγκρίθηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές και καταρτίστηκαν οι όροι διενέργειας του ανωτέρω διαγωνισμού σύμφωνα με την υπ' αρ. 54/2017 σχετική μελέτη η οποία συντάχθηκε από την Τεχνική Υπηρεσία του οικείου Δήμου.

**1.3** Σύμφωνα με την υπ' αρ. Πρωτ. 37787/12-07-2017 διακήρυξη του προαναφερθέντος διαγωνισμού (ΑΔΑΜ:17PROC001694300), συνολικής εκτιμώμενης αξίας 800.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο διαγωνισμός αφορά στην προμήθεια υλικών οδοποιίας που θα χρησιμοποιηθούν για τις ανάγκες επισκευής και συντήρησης οδών του Δήμου Φυλής. Ως κριτήριο κατακύρωσης της σύμβασης ορίζεται η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής και με δυνατότητα τμηματικής κατακύρωσης.

**1.4** Η εν λόγω προμήθεια χωρίζεται σε πέντε (5) τμήματα, ως εξής:

Τμήμα 1: 'Προμήθεια ασφαλικού σκυροδέματος', π/υ 336.000,00 € χωρίς ΦΠΑ,

Τμήμα 2: 'Προμήθεια ασφαλικού γαλακτώματος (συγκολλητικής) τύπου ΚΕ-1', π/υ 33.000,00 € χωρίς ΦΠΑ,

Τμήμα 3: 'Προμήθεια προϊόντων ψυχρής ανακύκλωσης φρεζαρισμένης ασφάλτου', π/υ 36.000,00 € χωρίς ΦΠΑ,

Τμήμα 4: 'Προμήθεια ασφάλτου για εφαρμογή μεθόδου εκτοξευόμενης ασφάλτου (Patch Matic)', π/υ 160.000,00 € χωρίς ΦΠΑ και

Τμήμα 5: 'Προμήθεια υλικών οδοστρώματος από μείγμα πολυολεφίνης', π/υ 80.000,00 € χωρίς ΦΠΑ

**1.5.** Σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη: “.....προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα ή και όλα τα τμήματα αρκεί, να καλύπτονται από τον προσφέροντα, οι προϋποθέσεις του άρθρου 2.2.5 “Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα” για κάθε τμήμα. Ο μέγιστος αριθμός τμημάτων που μπορεί να ανατεθεί σε έναν προσφέροντα ορίζεται σε πέντε (5) δηλαδή σε όλα....”.

Περαιτέρω, στις Τεχνικές Προδιαγραφές ορίζονται τα εξής:

(.....) Για την προμήθεια ασφαλικού σκυροδέματος (Τμήμα 1): “.....ο ανάδοχος οφείλει να παράσχει στο Δήμο άνευ ιδιαίτερης αμοιβής τα απαραίτητα μηχανήματα διάστρωσης και φριζαρίσματος....”.

(.....) Για την προμήθεια για εφαρμογή μεθόδου εκτοξευόμενης ασφάλτου (Patch Matic): “...παρασκευάζεται και εφαρμόζεται μόνο με ειδικό μηχάνημα το οποίο ο ανάδοχος οφείλει να παρέχει στο Δήμο άνευ ιδιαίτερης αμοιβής...”.

Τα ανωτέρω επαναλαμβάνονται και στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης: “Περιγραφή φυσικού αντικειμένου της σύμβασης”.

Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε διακόσιες (200) ημέρες.

Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 2.2.2 της Διακήρυξης: “.....κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες) Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής 2% της αξίας του προκηρυχθέντος ποσού χωρίς ΦΠΑ ....”

Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 4 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....”.

Περαιτέρω, σύμφωνα με τα όσα ορίζονται στο άρθρο 2.2.5: ‘Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα’: ‘...οι οικονομικοί φορείς απαιτείται:

α) Κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών, να έχουν ολοκληρώσει μία τουλάχιστον σύμβαση προμήθειας, για κάθε ένα από τα προς προμήθεια είδη, είτε μεμονωμένα, είτε ως μέρος σύμβασης που περιελάμβανε περισσότερα είδη,

β) Να διαθέτουν για τις περιπτώσεις 1- (Ασφαλικό σκυρόδεμα σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην ΕΤΕΠ “ΕΛΟΤ ΤΠ 1501-05-03-12-01:2009”) και 4- (Προμήθεια ασφάλτου για εφαρμογή μεθόδου εκτοξευόμενης ασφάλτου (Patch Matic)), τα προβλεπόμενα μηχανήματα με μέγιστη ηλικία μικρότερη των πέντε ετών....”.

**1.6.** Περίληψη της εν λόγω διακήρυξης (αρ' πρωτ. 37787/12-07-2017 ΑΔΑ: 640ΘΩΗΤ-ΤΡΤ) 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 14-07-2017 και δημοσιεύτηκε στις 18-07-2017. Συνακόλουθα, η περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στις εφημερίδες: 'ΗΧΩ ΤΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ', 'ΓΕΝΙΚΗ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ', 'ΘΡΙΑΣΙΟ' και 'ΕΠΙΚΑΙΡΟΤΗΤΑ ΔΥΤΙΚΗΣ ΑΤΤΙΚΗΣ' (ημερ. Δημ. 14-07-2017).

Περαιτέρω, αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής [www.fyli.gr](http://www.fyli.gr) στις 14-07-2017 και τοιχοκολλήθηκε με αποδεικτικό δημοσίευσης-τοιχοκόλλησης στο Δημοτικό Κατάστημα Φυλής επίσης στις 14-07-2017. Η διακήρυξη αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr) του

Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) την 14-07-2017.

Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο ΕΣΗΔΗΣ ορίστηκε η 22-08-2017, ενώ ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στο σύστημα ορίστηκε η 02-08-2017. Ως ημερομηνία ανοίγματος των προσφορών ορίστηκε η 28-08-2017.

**2. Την 28-08-2017** η Επιτροπή διαγωνισμού προέβη στην αποσφράγιση και έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών του διαγωνισμού και διαπίστωσε ότι είχαν υποβληθεί προσφορές από δύο (2) υποψήφιους οικονομικούς φορείς, ως εξής: α) 'BUILD AND BOND ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ' και β) 'ΑΨΙΔΑ ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΞΕΝΟΔΟΧΕΙΑΚΗ ΛΑΤΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΚΤΗΜΑΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ'. Εν συνεχεία η Επιτροπή επεσήμανε πως: *".....η προσφορά της α) εταιρείας δεν μπορεί να συνεχίσει στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας διότι δεν υπέβαλε καθόλου δικαιολογητικά ούτε σε ηλεκτρονικό ούτε σε φυσικό φάκελο...".* Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου της δεύτερης εταιρείας ('ΑΨΙΔΑ') γνωμοδότησε ότι: *'...η προσφορά της κρίνεται αποδεκτή και επομένως συνεχίζει στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, που είναι η ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών...".* Η Επιτροπή ολοκλήρωσε το έργο της συντάσσοντας το με αρ. Πρωτ. 45966/08-09-2017 1ο Πρακτικό.

**2.1** Με την υπ' αριθ. 277/15-09-2017 και με ΑΔΑ: (7ΖΨ3ΩΗΤ-ΤΑ2) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Φυλής, εγκρίθηκε το προαναφερθέν 1ο Πρακτικό, ως συντάχθηκε το οποίο και κοινοποιήθηκε μέσω της 'επικοινωνίας' του Συστήματος στις 03-10-2017.

**2.2 Την 17-09-2017** η Επιτροπή διαγωνισμού προέβη στην αποσφράγιση και έλεγχο της οικονομικής προσφοράς του μοναδικού εναπομείναντα υποψήφιου αναδόχου, ήτοι της εταιρείας: 'ΑΨΙΔΑ ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΞΕΝΟΔΟΧΕΙΑΚΗ ΛΑΤΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΚΤΗΜΑΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ'. Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου διαπιστώθηκε πως η εν λόγω εταιρεία υπέβαλε προσφορά για τα τέσσερα (4) εκ των πέντε (5) τμημάτων και συγκεκριμένα για τα τμήματα (2, 3, 4 & 5), ενώ για την προμήθεια ασφαλικού σκυροδέματος: *"....δεν έχει δοθεί προσφορά...."* Η Επιτροπή ολοκλήρωσε το έργο της συντάσσοντας το με αρ. Πρωτ. 56328/01-11-2017 2ο Πρακτικό.

**2.3** Με την υπ' αρ. 345/10-11-2017 και με (ΑΔΑ:ΩΔΡ2ΩΗΤ-910) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Φυλής, εγκρίθηκε το προαναφερθέν 2ο Πρακτικό, ως συντάχθηκε, όπου περαιτέρω αναγράφεται: *"....για την προμήθεια ασφαλικού σκυροδέματος 416.640,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, δεν υποβλήθηκε προσφορά, και ως εκ τούτου δεν υπήρξε προσωρινός ανάδοχος για τη συγκεκριμένη ομάδα...."*

**3.** Η αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αρ. Πρωτ. 4436/09-02-2018 Βεβαίωση που αφορά τον εν θέματι διαγωνισμό βεβαιώνει ότι: *"....μέχρι σήμερα δεν εκκρεμεί*

*καμία ένσταση ή άλλο ένδικο μέσο κατά της .....διακήρυξης και κατά της διαδικασίας του διαγωνισμού που αφορά το διαγωνισμό....”.*

**4.** Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Φυλής με το υπ' αρ. Πρωτ. 2795/25-01-2018 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 το Τμήμα 1: 'Προμήθεια ασφαλικού σκυροδέματος' προϋπολογισμού 336.000,00 € πλέον ΦΠΑ. Στο σχέδιο απόφασης που συνοδεύει το εν λόγω αίτημα αναγράφεται σαφώς πως η διαδικασία της διαπραγμάτευσης θα γίνει χωρίς μεταβολή των όρων της αρχικής σύμβασης και μετά από τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής.

## **II. Νομικό πλαίσιο**

**5.** 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'47) 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 [...]*».

**6.** 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”.*

**7.** 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”.

**8.** 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) 221.000 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 III του Προσαρτήματος Α”.

**9.** 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 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 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”.

**10.** 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”.

**11.** Στο άρθρο 66 [Δημοσίευση σε εθνικό επίπεδο (άρθρο 52 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)] του ιδίου ως άνω νόμου προβλέπονται τα εξής: “[...] 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 Φυλής, 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 336.000,00 € χωρίς Φ.Π.Α., που αποτελεί τμήμα σύμβασης προϋπολογισμού 645.000,00 € 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.

**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. 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).

**14.** 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).

**15.** Στην προκείμενη περίπτωση, ο Δήμος Φυλής 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).

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

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

**16.1.1.** Ο Δήμος Φυλής, με την υπ' αρ. πρωτ. 37787/12-07-2017 διακήρυξη (ΑΔΑΜ:17PROC001694300), προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοιχτό διαγωνισμό άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, για την προμήθεια υλικών οδοποιίας, για την κάλυψη των αναγκών επισκευής και συντήρησης οδών του Δήμου Φυλής, συνολικού προϋπολογισμού 645.000,00 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Η προμήθεια αφορούσε σε πέντε (5) Τμήματα. Για τα τέσσερα (4) εξ' αυτών υπήρξαν προσφορές και μόνο για το ένα (1) δεν κατατέθηκε καμία προσφορά.

**16.1.2.** Ως προς τους όρους της διακήρυξης επισημαίνεται ότι, παρότι το φυσικό αντικείμενο αυτής αποτελεί προμήθεια, ως περιγράφεται στη διακήρυξη που αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ και σε αυτή που εστάλη προς



δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στον όρο 2.2.5 απαιτείται από τους προσφέροντες να διαθέτουν τεχνική και επαγγελματική ικανότητα η οποία συνίσταται, μεταξύ άλλων, στην κατοχή μηχανημάτων [ *“Να διαθέτουν για τις περιπτώσεις 1- (Ασφαλτικό σκυρόδεμα σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην ΕΤΕΠ “ΕΛΟΤ ΤΠ 1501-05-03-12-01:2009”) και 4- (Προμήθεια ασφάλτου για εφαρμογή μεθόδου εκτοξευόμενης ασφάλτου (Patch Matic)), τα προβλεπόμενα μηχανήματα με μέγιστη ηλικία μικρότερη των πέντε ετών...’*]. Ωστόσο, σύμφωνα με την περ. θ του μέρους II *“Τεχνική ικανότητα”* του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ XII τα αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75, όσον αφορά τα μηχανήματα, τεχνικό εξοπλισμό κλπ προβλέπονται μόνο για τους παρόχους υπηρεσιών και εργολάβους και όχι για προμηθευτές αντίστοιχων υλικών [*“(θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης”*)]. Η εν λόγω απαίτηση για παροχή μηχανημάτων έχει αναγραφεί στις Τεχνικές Προδιαγραφές και στο Παράρτημα της διακήρυξης όπου περιγράφεται το φυσικό αντικείμενο της δημοπρατηθείσας σύμβασης, απαίτηση η οποία δεν τιμολογείται επιπλέον, πλην όμως είναι απαραίτητη προκειμένου να γίνει αποδεκτή η οιαδήποτε προσφορά. Επιπλέον τούτου, δεν εξειδικεύουν και δεν περιγράφουν αναλυτικά με βάση τα επί μέρους χαρακτηριστικά, τα απαιτούμενα μηχανήματα που απαιτούνται για να εκτελέσουν την εργασία για την οποία ζητείται η προμήθεια των τμημάτων '1' και '4'. (πχ τεχνικά/μηχανολογικά χαρακτηριστικά αυτών).

**16.1.3.** Το ανωτέρω περιεχόμενο, σε συνδυασμό με το κριτήριο κατακύρωσης, αυτό της πλέον συμφέρουσας, από οικονομική άποψη, προσφοράς αποκλειστικά βάσει τιμής, δημιουργεί ασάφεια ως προς την κατακύρωση των τμημάτων '1' και '4' σε υποψήφιους αναδόχους, ιδιαίτερα δε στην περίπτωση που για ένα ή και για τα δύο αυτά τμήματα θα υπήρχαν υποψήφιοι ανάδοχοι με την ίδια έκπτωση αλλά με διαφορετικού τύπου μηχανήματα (πχ αναφορικά με τη χρονολογία κατασκευής τους η οποία συνδυάζεται και με τα τεχνικά τους χαρακτηριστικά όπως κυβισμός, ιπποδύναμη κοκ), καθώς δεν διευκρινίζεται εάν θα δινόταν βαρύτητα στα παρεχόμενα μηχανήματα προκειμένου η αναθέτουσα αρχή, να προβεί εν τέλει στην κατακύρωση. Με βάση τη διατύπωση των ως άνω όρων της διακήρυξης, δεν ορίζεται με τρόπο σαφή η περιγραφή των απαιτούμενων, για την έγκυρη συμμετοχή, μηχανημάτων και με τον τρόπο αυτό καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή να συνεκτιμήσει, εκτός της παροχής μηχανημάτων και χαρακτηριστικά τα οποία δεν έχουν καθορισθεί και περιγραφεί αναλυτικά στη διακήρυξη. Επισημαίνεται, ότι, άλλωστε, στην προκειμένη περίπτωση δεν υπήρξε πρόβλημα καθόσον, εν τοις πράγμασι, υπάρχει ένας μόνο υποψήφιος ανάδοχος.

**16.1.4.** Κατά συνέπεια, οι προαναφερόμενοι όροι της διακήρυξης είναι ασαφείς και αόριστοι, τελούν σε αντίθεση με την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας στην ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ενώ πλήττουν ουσιωδώς τον ελεύθερο ανταγωνισμό, διότι ακριβώς λόγω της αοριστίας και ασάφειάς τους ενδεχομένως απέτρεψαν τυχόν υποψήφιους

οικονομικούς φορείς να συμμετάσχουν στη διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας σχετική προσφορά.

**16.1.5.** Ως προς την ορθή τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας του προηγηθέντος διαγωνισμού, επισημαίνεται ότι στο 66 παρ. 3 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι οι προκηρύξεις δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης των ουσιαστών 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 Φυλής απέστειλε το έντυπο της περίληψης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 14-07-2017, η δημοσίευση πραγματοποιήθηκε στις 18-07-2017, ενώ το σύνολο των δημοσιεύσεων στον Εθνικό τύπο έγινε στις 14-07-2017, ταυτόχρονα δηλαδή με την αποστολή της περίληψης της διακήρυξης στο έντυπο της Ε.Ε.Ε.Ε.

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 της Αρχής)

Επιπλέον, κρίνεται σκόπιμο η προθεσμία παραλαβής προσφορών να ταυτίζεται με το διάστημα κατά το οποίο τα έγγραφα της σύμβασης παραμένουν διαθέσιμα στο Σύστημα και να δίνεται έτσι η δυνατότητα για όλο αυτό το διάστημα να υποβληθούν προσφορές από υποψήφιους οικονομικούς φορείς. (Ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ την 14-07-2017 και έναρξη υποβολής προσφορών στις 02-08-2017).

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

Στο υπ' αρ. Πρωτ. 56328/01-11-2017 2ο Πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού το οποίο και εγκρίθηκε με την υπ' αρ. 345/10-11-2017 και με (ΑΔΑ:ΩΔΡ2ΩΗΤ-910) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Φυλής, η Επιτροπή αναφέρει πως για την προμήθεια ασφαλικού σκυροδέματος: '....δεν έχει δοθεί προσφορά....'

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

Από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης, ήτοι από το υποβληθέν αίτημα της αναθέτουσας αρχής καθώς και από το υποβληθέντα στοιχεία και το Σχέδιο απόφασης του οικείου Δημοτικού Συμβουλίου που συνοδεύει το εν λόγω

αίτημα, αναγράφεται σαφώς πως η διαδικασία της διαπραγμάτευσης θα γίνει χωρίς μεταβολή των όρων της αρχικής σύμβασης και μετά από τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής.

**17.** Συνεπώς, από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις προαναφερόμενες διατάξεις, διαπιστώνεται ότι δεν προκύπτει η συνδρομή των προϋποθέσεων της παραγράφου 2, περίπτωση α' του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 για την παροχή σύμφωνης γνώμης για την αιτούμενη προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης, ειδικότερα μάλιστα της προϋποθέσεως της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας, σύμφωνα με τα ανωτέρω αναφερόμενα (ιδίως σε παράγραφο 16.1).

#### **IV. Συμπέρασμα**

18. 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** της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ, υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας ασφαλικού σκυροδέματος (Τμήμα: 1) προϋπολογισμού 336.000,00 € πλέον ΦΠΑ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου διαγωνισμού με τίτλο: “Προμήθεια υλικών βελτίωσης οδοστρώματος οδικού δικτύου Δήμου Φυλής”, λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων προϋποθέσεων, βάσει των διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016.

**Αθήνα, 20 Φεβρουαρίου 2018**

**ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ**

**Ο Πρόεδρος**

**Γεώργιος Καταπόδης**