



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ75/2020

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 18η Σεπτεμβρίου του έτους δύο χιλιάδες είκοσι (2020) ημέρα Παρασκευή και ώρα 09.00 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κορνά Τράκα, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

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

- 1. Προεδρεύων:** Αδάμ Καραγλάνης, Αντιπρόεδρος
- 2. Μέλη:** Δημήτριος Λουρίκας (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Μαρία Στυλιανίδη
Ερωφίλη Χριστοβασίλη

Γραμματέας: Αικατερίνη Αλτιπαρμάκη, Δ.Ε. Διοικητικών Γραμματέων

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

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη η Αν. Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγματεύσεων Αικατερίνη Θεοδωροπούλου η οποία και αποδεσμεύτηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια α)ενός Τριαξονικού φορτηγού με ανατρεπόμενη κιβωτάμαξα π/υ 107.300,00€ πλέον ΦΠΑ και β)ενός Αναρροφητικού Σαρώθρου χωρητικότητας τουλάχιστον 1000lt π/υ 69.500,00€ πλέον ΦΠΑ για τις ανάγκες του Δήμου Νέστου, συνολικού προϋπολογισμού 176.800,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

Με το υπ' αριθ. πρωτ. 8138/04-08-2020 αίτημα του Δήμου Νέστου προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή) που παρελήφθη στις 04-08-2020 (αρ. πρωτ. εισερχ. 4203), όπως αυτό συμπληρώθηκε, με τα με αριθ. πρωτ. εισερχ. (4543/26-08-2020, 4552/27-08-2020 και 4650/01-09-2020) όμοια έγγραφα και τα συνημμένα σε αυτά στοιχεία, ο Δήμος αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' (δδ) ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την σύναψη σύμβασης προμήθειας

A)ενός Τριαξονικού φορτηγού με ανατρεπόμενη κιβωτάμαξα π/υ 107.300,00€ πλέον ΦΠΑ και

B) ενός Αναρροφητικού Σαρώθρου χωρητικότητας τουλάχιστον 1000lt π/υ 69.500,00€ πλέον ΦΠΑ για τις ανάγκες του Δήμου Νέστου, συνολικού προϋπολογισμού 176.800,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., κατόπιν διενεργηθέντος ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων του αρθ. 5 του ν. 4412/2016, στα πλαίσια του οποίου για δύο (2) εκ των τριών (3) τμημάτων, δεν υπεβλήθη καμία προσφορά.

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. 35/18-03-2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Νέστου εγκρίθηκαν τα τεύχη δημοπράτησης και οι όροι διακήρυξης της προμήθειας «*τριαξονικού φορτηγού με ανατρεπόμενη κιβωτάμαξα, ενός αναρροφητικού σαρώθρου χωρητικότητας τουλάχιστον 1000lt και ενός καινούριου απορριμματοφόρου τύπου πρέσας 16m3, του Δήμου Νέστου*», συνολικού προϋπολογισμού, σύμφωνα με τη με αρ. μελέτης 5011/12-03-2020, ήτοι 297.767,74€ χωρίς ΦΠΑ, με τη διαδικασία του διεθνούς ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής).

1.2 Σύμφωνα με τη διακήρυξη του προαναφερθέντος διαγωνισμού (ΑΔΑΜ: 20PROC006662329 04.05.2020), συνολικής εκτιμώμενης αξίας 369.232,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο διαγωνισμός αφορούσε στην προμήθεια συνολικά τριών (3) τμημάτων ως κάτωθι:

Τμήμα 1: Ένα Τριαξονικό φορτηγό με ανατρεπόμενη κιβωτάμαξα, π/υ 107.300,00€ πλέον ΦΠΑ

Τμήμα 2: Ένα αυτοκινούμενο αναρροφητικό σάρωθρο, π/υ 69.500,00€ πλέον ΦΠΑ

Τμήμα 3: Ένα απορριμματοφόρο τύπου πρέσας χωρητικότητας 16m³, π/υ 120.967,74€ πλέον ΦΠΑ

Προσφορές υποβάλλονται για είτε για ένα τμήμα είτε για όλα τα τμήματα.

Η διάρκεια της σύμβασης (χρόνος παράδοσης), σύμφωνα πάντα με την οικεία διακήρυξη, ορίσθηκε:

- Για το Τριαξονικό φορτηγό σε έξι (6) μήνες
- Για το αυτοκινούμενο αναρροφητικό σάρωθρο σε ενενήντα (90) ημέρες
- Για το απορριμματοφόρο σε έξι (6) μήνες

Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 2.2.2 της Διακήρυξης και της περίληψης αυτής: *'...Κάθε προσφορά συνοδεύεται υποχρεωτικά από Εγγύηση Συμμετοχής υπέρ του συμμετέχοντος για ποσό που θα καλύπτει το 2% της προϋπολογισθείσης δαπάνης χωρίς το ΦΠΑ.....'*

Επιπλέον: *'...Κατά την υπογραφή της σύμβασης ο ανάδοχος προσκομίζει Εγγυητική Επιστολή Καλής Εκτέλεσης ύψους 5% της συμβατικής αξίας χωρίς το ΦΠΑ.....'*

1.3 Περίληψη της εν λόγω διακήρυξης (αρ' πρωτ. 4316/04-05-2020) (ΑΔΑ: ΩΧ3ΟΩΚΣ-Ξ5Ε), 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 05-05-2020 και δημοσιεύτηκε στις 07-05-2020. Συνακόλουθα, η περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στις εφημερίδες: α) 'ΠΡΩΪΝΗ' και «ΦΩΝΗ ΤΟΥ ΝΕΣΤΟΥ» (ημερ. Δημ. 20-05-2020) και β) «ΞΥΡΑΦΙ» (ημερ. Δημ. 21-05-2020).

Περαιτέρω, στις 07-05-2020 αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα ου Δήμου Νέστου www.dimosnestou.gov.gr. Η διακήρυξη αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) την 06-05-2020.

Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο ΕΣΗΔΗΣ ορίστηκε η 15-06-2020, ενώ ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στο σύστημα ορίστηκε η 06-05-2020. Ως ημερομηνία ανοίγματος των προσφορών ορίστηκε η 19-06-2020.

1.4. Στο σημείο αυτό επισημαίνεται ότι στην προκήρυξη σύμβασης, όπως δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, τόσο για το τριαξονικό φορτηγό όσο και για το απορριμματοφόρο έχει επισημανθεί ως

διάρκεια σύμβασης το χρονικό διάστημα των τριών (3) μηνών αντί των έξι (6) μηνών που αναγράφεται στη διακήρυξη.

Στο ΕΣΗΔΗΣ στη σελίδα του διαγωνισμού έχει αναρτηθεί το υπ' αρ. 5286/12-06-2020 έγγραφο παροχής διευκρινήσεων σχετικά με την προαναφερθείσα διάσταση πληροφόρησης, όπου αναγράφεται ότι «οι ορθοί χρόνοι είναι οι αναγραφόμενοι στη διακήρυξη, ήτοι οι έξι (6) μήνες για τα Τμήματα '1' και '3'».

2. Την 19-06-2020 η Επιτροπή διαγωνισμού προέβη στην αποσφράγιση και έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών του διαγωνισμού. Σύμφωνα με αυτό κατατέθηκαν οι κάτωθι δύο (2) προσφορές: 'ΔΙΟΝΥΣΙΟΣ ΤΟΥΜΠΑΣ ΚΑΙ ΣΙΑ ΙΚΕ' και 'ΗΦΑΙΣΤΟΣ ΣΤΕΦΑΝΟΥ ΑΒΕ'. Σημειώνεται πως και οι δύο προαναφερθέντες οικονομικοί φορείς υπέβαλαν προσφορά για το Τμήμα 3 ήτοι για το απορριμματοφόρο. Η Επιτροπή ολοκλήρωσε το έργο της συντάσσοντας το με αρ. Πρωτ. 7025/08-07-2020 σχετικό Πρακτικό. Στο εν λόγω πρακτικό αναγράφεται ρητά ότι: *'..δεν κατατέθηκε προσφορά για τα κάτωθι Τμήματα.....Τμήμα '1' και Τμήμα '2'.....'*.

2.1 Την 09-07-2020 η Επιτροπή διαγωνισμού προέβη στην αποσφράγιση και έλεγχο των οικονομικών στοιχείων του διαγωνισμού, συντάσσοντας το με αρ. Πρωτ. 7059/09-07-2020 σχετικό Πρακτικό.

2.2 Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Νέστου με την υπ' αρ. 92/10-07-2020 απόφασή της αποφάσισε: **α)** την έγκριση των δύο προαναφερθέντων Πρακτικών και **β)** τη διαβίβαση του φακέλου του διαγωνισμού στην Αρχή για την παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016, άρθρο 32 παρ.2α για τα Τμήματα για τα οποία δεν υπεβλήθησαν προσφορές, ήτοι:

Τμήμα '1': Ένα Τριαξονικό φορτηγό με ανατρεπόμενη κιβωτάμαξα', π/υ 107.300,00€ πλέον ΦΠΑ

Τμήμα '2': Ένα αυτοκινούμενο αναρροφητικό σάρωθρο', π/υ 69.500,00€ πλέον ΦΠΑ, συνολικού αιτούμενου προϋπολογισμού 176.800,00€, σε συνέχεια εν μέρει άγονου διαγωνισμού προϋπολογισθείσας δαπάνης 297.767,74 € άνευ ΦΠΑ.

3. Η αναθέτουσα αρχή, με το υπ' αρ. Πρωτ. 9242/27-08-2020 έγγραφο δηλώνει ότι: *'...έως και σήμερα δεν έχουν κατατεθεί ή βρίσκονται σε εξέλιξη ή σε εκκρεμότητα, ενστάσεις, προσφυγές, ασφαλιστικά μέτρα κλπ ένδικα βοηθήματα κατά του αποτελέσματος του δημόσιου διεθνή ανοικτού μειοδοτικού διαγωνισμού....'*

4. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Νέστου με τα υπ' αρ. Πρωτ. (4203/04-08-2020, 4543/26-08-2020, 4552/27-08-2020 και 4650/01-09-2020) έγγραφα-αιτήματά του και τα συνημμένα σε αυτά στοιχεία-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: **α)** ένα τριαξονικό φορτηγό με ανατρεπόμενη κιβωτάμαξα' και **β)** Ένα αυτοκινούμενο αναρροφητικό σάρωθρο'. Σημειώνεται ότι στο Σχέδιο Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Νέστου που επισυνάπτεται στα έγγραφα αυτά αναγράφεται ρητά ότι: *'.....η*

προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση θα γίνει με όρους συμμετοχής τους αναφερόμενους στη με αρ. πρωτ. 5011/12-03-2020 διακήρυξη του άγονου διαγωνισμού που προηγήθηκε και χωρίς την τροποποίηση των όρων και των τεχνικών προδιαγραφών της ανωτέρω διακήρυξης....’.

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 (Α147) εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/EK και 2014/25/EK, 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 ίδιου νόμου: “Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: [...] γ) 214.000 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'".

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".

10. Στο άρθρο 66 του Ν.4412 «Δημοσίευση σε εθνικό επίπεδο (άρθρο 52 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» 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

11. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Νέστου, 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 176.800,00€ χωρίς Φ.Π.Α., που αποτελεί τμήμα σύμβασης προϋπολογισμού 297.767,74€ 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.

12. 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).

13. 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).

14. Στην προκείμενη περίπτωση, ο Δήμος Νέστου 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).

δ) Επιπλέον, προϋποθέτει ότι σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής εκθέσεως.

Επισημαίνεται ότι σχετικά με την ως άνω α) προϋπόθεση, όπως παγίως έχει κριθεί, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή των προαναφερόμενων διατάξεων, συνέχεται άμεσα με τον προηγηθέντα 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. 466/2011, 1249/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

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

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

Ο Δήμος Νέστου, με τη με (ΑΔΑΜ 20PROC006662329) διακήρυξη προκήρυξε ανοικτή, άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 διαδικασία, συνολικού προϋπολογισμού 297.767,74€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για την ανάθεση σύμβασης που αφορά στην προμήθεια τριών οχημάτων για τις ανάγκες του Δήμου. Η προμήθεια αφορούσε σε τρεις (3) Ομάδες. Για τη μία εξ' αυτών υπήρξαν υποψήφιοι οικονομικοί ανάδοχοι ενώ για τις Ομάδες '1' και '2' ήτοι, για το τριαξονικό φορτηγό με ανατρεπόμενη κιβωτάμαξα και για το αυτοκινούμενο αναρροφητικό σάρωθρο, δεν κατατέθηκαν προσφορές.

Η ως άνω Διακήρυξη, δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή του στο σχετικό διαγωνισμό, όπως προκύπτει από το προπαρατεθέν Ιστορικό. Επιπλέον από τα στοιχεία του υποβληθέντος φακέλου καθώς και τα στοιχεία της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων, ως προς την κατάρτιση των όρων της ως άνω διακήρυξης, την τήρηση των όρων δημοσιότητας και τη διενέργεια της διαδικασίας του διαγωνισμού με αριθμό συστήματος 91529, δεν διαπιστώθηκαν ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες, οι οποίες βασίμως να μπορεί να θεωρηθούν ότι συνεχονται με το άγονο αποτέλεσμα του κατά τα ανωτέρω διεξαχθέντος ηλεκτρονικού διαγωνισμού.

Ως προς τις απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας επισημαίνονται τα κάτωθι: Το άρθρο 66 παρ. 3 του ν. 4412/2016 προβλέπει ότι οι προκηρύξεις δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης των ουσιωδών 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 Νέστου απέστειλε το έντυπο της περίληψης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 05.05.2020 ενώ η δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. πραγματοποιήθηκε στις 07.05.2020. Παράλληλα, η ανάρτηση των τευχών του διαγωνισμού στο ΚΗΜΔΗΣ και στο ΕΣΗΔΗΣ πραγματοποιήθηκε την 04.05.2020 και 06.05.2020 αντίστοιχα, ήτοι σε προγενέστερο χρόνο από τη δημοσίευση των στοιχείων στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Επίσης, όπως αναλυτικά περιγράφηκε στο ιστορικό της παρούσας (σημ. 1.4.) η αναθέτουσα αποτύπωσε τη διάρκεια της σύμβασης για τα τμήματα α) τριαξονικό φορτηγό και β) απορριμματοφόρο έχει επισημανθεί ως διάρκεια σύμβασης το χρονικό διάστημα των τριών (3) μηνών αντί των έξι (6) μηνών που αναγράφεται στη διακήρυξη.

Στο σημείο αυτό επισημαίνεται ότι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 63 του ν. 4412/2020, “[...] για όλες τις διαδικασίες, με την επιφύλαξη του δεύτερου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 26 και του άρθρου 32. Οι προκηρύξεις σύμβασης περιέχουν τις πληροφορίες που προβλέπονται στο Μέρος Γ΄ του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α΄ [...]”. Στο Μέρος Γ΄ του Παραρτήματος V του ιδίου νόμου, μεταξύ άλλων, προβλέπεται η διάρκεια της σύμβασης.

Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι οι πληροφορίες που προβλέπονται στο ως άνω Παράρτημα, πρέπει να αποστέλλονται στην ΕΕΕΕ συμπληρώνοντας το κατά περίπτωση τυποποιημένο έγγραφο και επιπροσθέτως αυτές πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία ώστε να επιτρέπεται στους ενδιαφερόμενους να τις κατανοούν πλήρως και να τις ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο προκειμένου να κρίνουν εάν ενδιαφέρονται να εκδηλώσουν το ενδιαφέρον τους για την εν λόγω σύμβαση (πρβλ και ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 4 (Απόφαση 294/2014 Αρχής) με Θέμα «Τήρηση διατυπώσεων δημοσιότητας κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων»).

15.2 Ως προς τη μη υποβολή προσφοράς ή τη μη ύπαρξη κατάλληλης προσφοράς ή τη μη ύπαρξη υποψηφίου:

Στο με αρ. πρωτ. 7025/08-07-2020 Πρακτικό αποσφράγισης και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών το οποίο και εγκρίθηκε με την υπ' αρ. 92/10-07-2020 απόφαση της οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Νέστου, αναφέρεται ρητά ότι: ‘..δεν κατατέθηκε προσφορά για τα κάτωθι Τμήματα.....Τμήμα ‘1’ και Τμήμα ‘2’.....’.

15.3 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 υποβληθέν σχέδιο απόφασης του Δήμου Νέστου, αναφέρεται σαφώς ότι η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης θα γίνει χωρίς τροποποίηση των όρων και των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης με (ΑΔΑΜ: 20PROC006662329), του προηγηθέντος, εν μέρει άγονου, διαγωνισμού.

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 αιτήματος του Δήμου Νέστου, κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια α)ενός Τριαξονικού φορτηγού με ανατρεπόμενη κιβωτάμαξα π/υ 107.300,00€ πλέον ΦΠΑ και β)ενός Αναρροφητικού Σαρώθρου χωρητικότητας τουλάχιστον 1000lt π/υ 69.500,00€ πλέον ΦΠΑ για τις ανάγκες του Δήμου Νέστου, συνολικού προϋπολογισμού 176.800,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

Αθήνα, 18 Σεπτεμβρίου 2020

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αντιπρόεδρος

Αδάμ Καραγλάνης