



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ 120 ΕΑΔΗΣΥ/2023

(άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 4 του ν. 4912/2022)

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ

της παρ. 5 του άρθρου 353 του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 10 του ν. 4912/2022

Στην Αθήνα σήμερα, 22 Νοεμβρίου 2023, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:30 π.μ., στα επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κομνά Τράκα γραφεία της, συνήλθε σε συνεδρίαση η ως άνω ΕΠΙΤΡΟΠΗ της ΕΝΙΑΙΑΣ ΑΡΧΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (εφεξής και «Αρχή» ή «ΕΑΔΗΣΥ»), μετά από σχετική πρόσκληση της Προέδρου, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα Μέλη.

Τα προσκληθέντα Μέλη της Επιτροπής παρέστησαν κατά τη συνεδρίαση, ως εξής:

Σύμβουλοι: Ευαγγελία Κουτούπα (μέσω τηλεδιάσκεψης), εκτελούσα χρέη Προέδρου,
Δημήτριος Χανής (μέσω τηλεδιάσκεψης).

Μέλη: Χρυσάνθη Ζαράρη,
Αδάμ Καραγλάνης,
Βασιλική Σκαρτσούνη,
Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης).

Η Πρόεδρος της Αρχής, Ανδρονίκη Θεοτοκάτου, απουσίασε αιτιολογημένα.

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης, ΠΕ Διοικητικού Οικονομικού,

Εισηγήτρια: Καλλιόπη Μήτκα, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό ΕΑΔΗΣΥ, Αυτοτελές Γραφείο Θεσσαλονίκης.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης, παρέστησαν, η Εισηγήτρια (μέσω τηλεδιάσκεψης) και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, οι οποίες αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας των Μελών της Επιτροπής και τη λήψη απόφασης.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια οικοδομικών υλικών, προϋπολογισμού 100.323,19 € (124.400,76 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%), σε συνέχεια άγονου διαγωνισμού άνω των ορίων κατ' άρθρο 5 ν. 4412/2016, ως ισχύει.

Με το με αρ. πρωτ. 014088/01.11.2023 (αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΔΗΣΥ 4609/01.11.2023) έγγραφό του προς την Αρχή, όπως συμπληρώθηκε με το από 13.11.2023 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και των συνημμένων σε αυτό εγγράφων (αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΔΗΣΥ 4807/14.11.2023), κατόπιν σχετικού ερωτήματος της Αρχής (αρ. πρωτ. εξερχ. 4750/10.11.2023), ο Δήμος Μάνδρας-Ειδυλλίας αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης, σύμφωνα με το άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης βάσει των διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια οικοδομικών υλικών (ΟΜΑΔΑ Γ), προϋπολογισμού 100.323,19 €, πλέον ΦΠΑ, σε συνέχεια προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού.

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

1. Από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα εξής:

1.1. Με την αρ. πρωτ. 011774/27.09.2022 (ΑΔΑΜ 22PROC011311875 2022-09-27) διακήρυξη, ο Δήμος Μάνδρας-Ειδυλλίας, προκήρυξε τη διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ 172433), με αντικείμενο την «*Προμήθεια σκυροδέματος, ασφαλτοσκυροδέματος και λοιπών υλικών για τον Δήμο Μάνδρας-Ειδυλλίας*», προϋπολογισμού 322.576,03 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ 24%) για την κάλυψη των αναγκών για τα έτη 2022,2023 και 2024 και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Ειδικότερα, στη διακήρυξη, προβλέπεται:

«-*Άρθρο 1.3 Συνοπτική περιγραφή αντικειμένου σύμβασης*

«*Η [.....] σύμβαση υποδιαιρείται σε τρεις (3) ομάδες: 1η Ομάδα: Ασφαλτοσκυροδέματος και λοιπών υλικών ασφάλτου (γραμμές Α1,Α2 και Α3), 2η Ομάδα: Σκυρόδεμα (γραμμές Β1 και Β2), 3η Ομάδα: Οικοδομικά Υλικά (γραμμή Γ).Ο μέγιστος αριθμός ομάδων που μπορεί να ανατεθεί σε έναν προσφέροντα ορίζεται σε τρεις (3).*

Προσφορές υποβάλλονται για μία ή και για όλες τις ομάδες, υπό την προϋπόθεση ότι η προσφορά θα περιλαμβάνει όλα τα είδη και όλες τις ποσότητες της ομάδας.

1.5 *Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών είναι η Πέμπτη 27.10.2022 και ώρα 14: 00 μμ.*

-*Άρθρο 2.2.4 Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας*

Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας. [...]

Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς θα πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι στο οικείο επαγγελματικό μητρώο, εφόσον, κατά την κείμενη νομοθεσία, απαιτείται η εγγραφή τους για την υπό ανάθεση υπηρεσία.

«B. 2. Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4. (απόδειξη καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του κράτους εγκατάστασης. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του αντίστοιχου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, με το οποίο πιστοποιείται αφενός η εγγραφή τους σε αυτό και αφετέρου το ειδικό επάγγελμά τους.

Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς προσκομίζουν βεβαίωση εγγραφής στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού ή πιστοποιητικό που εκδίδεται από την οικεία υπηρεσία του Γ.Ε.Μ.Η. των ως άνω Επιμελητηρίων. [...]

Επισημαίνεται ότι, τα δικαιολογητικά που αφορούν στην απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4 (απόδειξη καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) γίνονται αποδεκτά, εφόσον έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, εκτός εάν, σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτών, φέρουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος.

-Άρθρο 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) η οποία αποκλίνει από απaráβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, [...]

γ) για την οποία ο προσφέρων δεν παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας και τα άρθρα 102 και 103 του ν. 4412/2016,

ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης,

ια) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσας διακήρυξης,

ιβ) εάν από τα δικαιολογητικά του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο, δεν αποδεικνύεταιη πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.4. επ., περί κριτηρίων επιλογής».

-3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου

Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου

Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση

στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής.

Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν.

Ο προσωρινός ανάδοχος δύναται να υποβάλει αίτημα, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, προς την αναθέτουσα αρχή, για παράταση της ως άνω προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα περί αίτησης χορήγησης δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Στην περίπτωση αυτή η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής αυτών, για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγησή τους από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα αυτή τόσο εντός της αρχικής προθεσμίας για την υποβολή δικαιολογητικών όσο και εντός της προθεσμίας για την προσκόμιση ελλειπόντων ή τη συμπλήρωση ήδη υποβληθέντων δικαιολογητικών, κατά την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, ως ανωτέρω προβλέπεται. [...]

1.2 Περίληψη των ουσιαστών όρων και στοιχείων της ως άνω διακήρυξης απεστάλη ηλεκτρονικά προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε), στις 22-09-2022 και δημοσιεύτηκε στις 27.09.2022 με κωδικό 2022/S 186-526052. Επίσης, περίληψη της ανωτέρω διακήρυξης δημοσιεύθηκε στις εφημερίδες «ΑΙΓΑΛΕΩ» στις 28.09.2022 και «ΕΠΙΚΑΙΡΟΤΗΤΑ» στις 28.09.2022. Όπως προκύπτει από σχετική αναφορά στο σημείο 1.1 της δημοσίευσης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε.) περιληπτική διακήρυξη του διαγωνισμού αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του Δήμου Μάνδρας - Ειδυλλίας - www.mandrasedyillias.gr στις 27.09.2022 με δυνατότητα ηλεκτρονικής διάθεσης των τευχών στους υποψηφίους. Η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) με κωδικό με ΑΔΑΜ 22PROC011310132 2022-09-27 και ο διαγωνισμός πραγματοποιήθηκε με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), μέσω της διαδικτυακής πύλης του συστήματος, όπου έλαβε τον συστημικό αριθμό 172433.

1.3 Μέχρι την ορισθείσα ημερομηνία - ώρα λήξης της ηλεκτρονικής υποβολής προσφορών υποβλήθηκαν μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr, του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., τρεις (3) προσφορές από τρεις οικονομικούς φορείς που αφορούν στα τμήματα Α και Γ του διαγωνισμού και συγκεκριμένα κατέθεσαν προσφορές τρεις (3) εταιρείες «ΔΗΜ-ΠΑΡ ΕΠΕ», «ΑΛΚΗ ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ Ε.Π.Ε» και «ΑΦΟΙ ΜΑΡΑΓΚΟΥ Ο.Ε.», όπου δύο για την Ομάδα Γ' (βλ. το με αρ. πρωτ. 15362/29.11.2022 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού).

Κατόπιν αξιολόγησης των προσφορών, η Επιτροπή Διαγωνισμού πρότεινε προς την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, την ανάδειξη προσωρινών αναδόχων για τις ομάδες Α και Γ τους οικονομικούς φορείς με την επωνυμία «ΑΦΟΙ ΜΑΡΑΓΚΟΥ Ο.Ε.» και «ΔΗΜ-ΠΑΡ ΕΠΕ», αντίστοιχα, και την κήρυξη της Ομάδας Β', ως άγονης.

Με την αρ. 376/2022 απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Μάνδρας - Ειδυλλίας ενέκρινε το ως άνω πρακτικό και αποφάσισε την υποβολή αιτήματος προς την Αρχή για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση του Τμήματος Β (βλ. το αρ. πρωτ. 016057/13.12.2022 αίτημα του Δήμου) σύμφωνα με τις διατάξεις του αρ. 32 παρ. 2 α του ν. 4412/2016. Ακολούθως, λόγω συνδρομής των οικείων προϋποθέσεων, εκδόθηκε η με αρ. Δ1/2023 σύμφωνη γνώμη της Αρχής.

1.4 Εν συνεχεία η αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού, με το αρ. 546/16.01.2023 πρακτικό της, κατόπιν αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πρότεινε την απόρριψη των προσφορών των οικονομικών φορέων «ΑΦΟΙ ΜΑΡΑΓΚΟΥ Ο.Ε.» για την Ομάδα Α' και «ΔΗΜ-ΠΑΡ ΕΠΕ» για την Ομάδα Γ',

διότι, από τα κατατεθέντα πιστοποιητικά των αρμόδιων επαγγελματικών επιμελητηρίων, δεν αποδεικνύεται η συνάφεια της επαγγελματικής δραστηριότητας με τα προς προμήθεια είδη. Σημειώνεται ότι στις 21.12.2022 η εταιρεία ΑΦΟΙ ΜΑΡΑΓΚΟΥ κλήθηκε προς παροχή διευκρινήσεων επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης της για την Ομάδα Α, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο διενέργειας του Διαγωνισμού. Επίσης, η Επιτροπή, πρότεινε την ανάδειξη ως προσωρινών αναδόχων την εταιρεία «ΑΛΚΗ ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ ΕΠΕ» για τα είδη της Ομάδας Α' με ποσό προσφοράς 126.322,81 ευρώ, πλέον ΦΠΑ 24% και «ΑΦΟΙ Σ. ΜΑΡΑΓΚΟΥ Ο.Ε.» για την Ομάδα Γ' με ποσό προσφοράς 81.203,85 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%. Το ως άνω πρακτικό εγκρίθηκε με την 21/17.01.2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής. Ακολούθως, στις 31.01.2023 με τις αρ. πρωτ.1336 και 1337 προσκλήσεις, κλήθηκαν οι προσωρινοί ανάδοχοι να προσκομίσουν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης.

Κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με το αρ. 2876/28.02.2023 πρακτικό της η Επιτροπή Διαγωνισμού, πρότεινε, μεταξύ άλλων, την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας «ΑΦΟΙ ΜΑΡΑΓΚΟΥ Ο.Ε.» για την Ομάδα Γ', λόγω λήξης του επανυποβληθέντος πιστοποιητικού απόδειξης της καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας. Ωστόσο, σε συνέχεια των με αρ. 59/7.3.2023 και 109/23.05.2023 αποφάσεων της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, υποβλήθηκε ερώτημα στην ΕΑΔΗΣΥ σχετικά με την εφαρμογή του αρ. 102 του ν. 4412/2016, λόγω υποβληθέντος πιστοποιητικού που είχε λήξει προς απόδειξη της απαίτησης του αρ. 2.2.4 της διακήρυξης, η οποία τελευταία απάντησε ότι δεν δύναται να υποκαταστήσει την κρίση του εκάστοτε φορέα...η ορθότητα ή μη των εν λόγω εκτιμήσεων ελέγχεται από τα αρμόδια δικαστήρια και διοικητικά όργανα. Ομοίως, ο Δήμος απευθύνθηκε στον Νομικό Σύμβουλο του Δήμου, όπου σε συνέχεια της με αρ. πρωτ. 7038/23.05.23 γνωμοδότησής του, η Οικονομική Επιτροπή αποφάσισε να αναπέμψει την υπόθεση στην Επιτροπή Διαγωνισμού προκειμένου να αποσταλεί, βάσει του αρ. 102 ν. 4412/2016, πρόσκληση στον παραπάνω οικονομικό φορέα να προσκομίσει εν ισχύ, κατά το κρίσιμο διάστημα, πιστοποιητικό Επαγγελματικού Επιμελητηρίου, ως απόδειξη πλήρωσης της απαίτησης 2.2.4 της διακήρυξης βάσει της παρ. 2.2.9.2.Β.2, αυτής. Ακολούθως, στις 07.06.2023 απεστάλη μέσω ΕΣΗΔΗΣ σχετική πρόσκληση στην εταιρεία ΑΦΟΙ ΜΑΡΑΓΚΟΥ Ο.Ε, η οποία απέστειλε μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 16.06.2023 το με αρ. πρωτ. 1506/02.02.2023 οικείο πιστοποιητικό του Επαγγελματικού Επιμελητηρίου Πειραιά με ισχύ έως 31.12.2023. Με την αρ. 135/27.06.2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (ΑΔΑ: 663ΧΩΛΑ-215) εγκρίθηκε το με αρ. 8255/20.06.2023 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, όπου για τα είδη της Ομάδας Γ', ανακηρύχθηκε ανάδοχος η εταιρεία «ΑΦΟΙ ΜΑΡΑΓΚΟΥ Ο.Ε.» με προσφορά 81.203,85 ευρώ, πλέον ΦΠΑ και επικυρώθηκε η αρ. πρωτ. 59/07.03.2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής ως προς το σκέλος της που κατακυρώνει τα είδη της Ομάδας Α, στην εταιρεία «ΑΛΚΗ ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ ΕΠΕ».

1.5. Με το αρ. πρωτ. οικ. 010310/31.07.2023 έγγραφο της Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών του Δήμου Μάνδρας-Ειδυλλίας (αρ. πρωτ. Ελ. Συν. 47005/07.08.2023) ο φάκελος του διαγωνισμού και τα σχετικά σχέδια των συμβάσεων για τα δύο τμήματα (Ομάδα Α' και Ομάδα Γ') υπεβλήθησαν για έλεγχο νομιμότητας στην αρμόδια Υπηρεσία Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου (στο Δήμο Περιστερίου). Στα στοιχεία του φακέλου συμπεριλήφθηκε και η αρ. 010287-2023.07.31 βεβαίωση της Προϊσταμένης Τμήματος Προμηθειών και Αποθήκης του Δήμου Μάνδρας-Ειδυλλίας, ότι δεν έχουν υποβληθεί ενστάσεις, προσφυγές, ασφαλιστικά μέτρα και λοιπά ένδικα βοηθήματα κατά την διαδικασία του ως άνω διαγωνισμού.

1.6 Με την αρ. 71/22.08.2023 Πράξη προσυμβατικού ελέγχου της Υπηρεσίας Επιτρόπου Ελεγκτικού Συνεδρίου, κρίθηκε ότι δεν συντρέχει νόμιμος λόγος που να κωλύει την υπογραφή του υποβληθέντος

προς έλεγχο σχεδίου σύμβασης «ΑΛΚΗ ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ ΕΠΕ» για τα είδη της Ομάδας Α΄, ενώ για τα είδη της Ομάδας Γ και εδώ ζητούμενα, κρίθηκε ότι κωλύεται η κατακύρωση του Διαγωνισμού, στην εταιρεία «ΑΦΟΙ Σ. ΜΑΡΑΓΚΟΥ Ο.Ε.». Η πράξη αυτή κοινοποιήθηκε στο Δήμο Μάνδρας-Ειδυλλίας με αρ. πρωτ. 48831/22.08.2023 διαβιβαστικό έγγραφο της αρμόδιας Υπηρεσίας Επιτρόπου το οποίο περιήλθε στον Δήμο την 05.09.2023 (αρ. πρωτ. 11786/2023).

1.7. Με την αρ. πρωτ. 195/10.10.2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (ΑΔΑ Ψ85ΠΩΛΑ-ΥΗ3, ορθή επανάληψη) κηρύχθηκε άγονος ο διαγωνισμός ως προς την Ομάδα Γ΄ και έγινε δεκτή η με αρ. πρωτ. 13096/6.10.2023 εισήγηση του Δημάρχου για διαβίβαση του φακέλου της δημόσιας σύμβασης με τίτλο «Προμήθεια σκυροδέματος, ασφαλτοσκυροδέματος και λοιπών υλικών για τον Δήμο Μάνδρας-Ειδυλλίας» όσον αφορά την εν λόγω προμήθεια (Ομάδα Γ΄) προς την ΕΑΔΗΣΥ για την ανάθεση της σύμβασης με τη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α΄ του ν. 4412/2016.

1.8 Ο Δήμος, με το αρ. πρωτ. 13974/30.10.2023 έγγραφό του, βεβαιώνει: «...περί μη εκκρεμών ενστάσεων, προδικαστικών προσφυγών, αιτήσεων ακυρώσεως αναστολής, εκτέλεσης πράξης, αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων και γενικά οιονδήποτε ένδικών μέσων ή βοηθημάτων ενώπιον οποιασδήποτε αρμόδιας αρχής, ενώπιον οποιουδήποτε αρμόδιου δικαστηρίου κατά οποιασδήποτε άλλης εκτελεστής πράξης που αφορά στη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία με συστημικό αριθμό 172433». Επίσης, με το αρ. πρωτ. 14612/13.11.2023 έγγραφο του Γενικού Γραμματέα, βεβαιώνει ότι: «...δεν έχει ασκηθεί αίτηση ανάκλησης από τον Δήμο κατά της υπ΄αριθμ. 71/2023 πράξης του Προσυμβατικού Ελέγχου της Υπηρεσίας Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου για τον ανοιχτό διαγωνισμό άνω των ορίων του Δήμου Μάνδρας Ειδυλλίας με τίτλο «Προμήθεια σκυροδέματος, ασφαλτοσκυροδέματος και λοιπών υλικών για το Δήμο Μάνδρας-Ειδυλλίας».

II. Νομικό πλαίσιο

2. Στις διατάξεις του ν. 4412/2016, όπως ισχύουν, προβλέπεται ότι:

-Άρθρο 26 «Επιλογή των διαδικασιών (άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)»

«[...] 2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στον ανταγωνιστικό διάλογο, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

[...] β) όσον αφορά έργα, αγαθά ή υπηρεσίες για τα οποία, έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υποβάλλονται μόνο μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές. Στις περιπτώσεις αυτές, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτείται να δημοσιεύουν προκήρυξη σύμβασης, εφόσον στη διαδικασία περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες οι οποίοι πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 73 έως 83 και οι οποίοι, κατά την προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, και μόνον αυτούς.

3. Μη κανονικές προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα: α) όσες δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης, [...]

-Άρθρο 32 Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)

«[...] «2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και δημόσιες συμβάσεις 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 ουσιαστικά οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημά της.

Μη κατάλληλη θεωρείται μία 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. Νομική Εκτίμηση

3. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Μάνδρας-Ειδυλλίας, ο οποίος αποτελεί μη κεντρική αναθέτουσα αρχή κατά τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 3 ν. 4412/2016, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, υπό 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.

Το αίτημα αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, εκτιμώμενης αξίας 100.323,19 € χωρίς ΦΠΑ, το οποίο αποτελεί τμήμα προηγηθέντος ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων (322.576,03€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) που απέβη άγονος, ως προς το επίμαχο τμήμα. Επομένως, προκύπτει ότι συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής κατ' άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης.

4. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 26 και 32 του ν. 4412/2016 περιπτώσεις, με τα οποία μεταφέρθηκαν στο εσωτερικό δίκαιο τα άρθρα 26 και 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αντίστοιχα. Συναφώς επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις, στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις, οι οποίες συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, ήτοι από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού, της αποφυγής των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας (βλ. σκέψη 5 της με αρ. Δ1/2023 Γνώμης της ΕΑΔΗΣΥ και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

5. Η αναθέτουσα αρχή επικαλείται, με το υπό εξέταση αίτημά της, τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016. Ωστόσο, η εφαρμογή της αιτούμενης νομικής βάσης, προϋποθέτει, μεταξύ άλλων, ότι δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν είναι κατάλληλη. Εν προκειμένω, με βάση τα πραγματικά περιστατικά που επικαλείται η αιτούσα, δεν προκύπτει ότι συντρέχουν, οι παραπάνω προϋποθέσεις και αυτό γιατί αναπτύχθηκε ανταγωνισμός στο αιτούμενο τμήμα της Ομάδας Γ, οι κατατεθείσες προσφορές δεν ήταν άσχετες με τη σύμβαση, παράλληλα δεν συνέτρεχε υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, ή ζήτημα μη πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής της διακήρυξης από το σύνολο των οικονομικών φορέων. Επομένως, κρίνεται ότι τυγχάνει εξέτασης η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β' του ν. 4412/2016 (βλ. Γνώμη ΕΑΑΔΗΣΥ Δ 126/2019).

6. Ειδικότερα με τη διάταξη του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β' του ν. 4412/2016, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να συνάπτουν συμβάσεις με την ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, με τις κάτωθι προϋποθέσεις: α) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία και β) να έχουν υποβληθεί κατά την ανωτέρω (υπό σημείο α) νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές σύμφωνα με τις κείμενες

διατάξεις. Περαιτέρω, στις περιπτώσεις αυτές, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτείται να δημοσιεύουν προκήρυξη σύμβασης, εφόσον στη διαδικασία περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες οι οποίοι πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 73 έως 83 του ν. 4412/2016 και οι οποίοι, κατά την προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, και μόνον αυτούς.

7. Εν προκειμένω, λαμβάνοντας υπόψη ότι δεν διαπιστώθηκε ουσιώδης πλημμέλεια στους όρους της διακήρυξης και ότι ως προς το αιτούμενο τμήμα, ο διαγωνισμός απέβη άγονος, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι κατατέθηκαν προσφορές που δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης (βλ. ΙΣΤΟΡΙΚΟ), προκύπτει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β' του ν. 4412/2016 για την ανάθεση της σκοπούμενης σύμβασης.

8. Επισημαίνεται ότι, κατά τη διενέργεια της σκοπούμενης διαδικασίας διαπραγμάτευσης, «οι προσφορές καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας θα πρέπει να υποβάλλονται γραπτώς» και «για τη διασφάλιση της διαφάνειας και της ιχνηλασιμότητας της διαδικασίας, όλες οι φάσεις θα πρέπει να τεκμηριώνονται δεόντως». (πρβλ. Γνώμη Δ33/2020, Δ34/2021, Δ55/2021, κ.α.).

IV. Συμπέρασμα

Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή:

Αποφασίζει ομόφωνα την παροχή σύμφωνης γνώμης, για την προσφυγή του Δήμου Μάνδρας –Ειδυλλίας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση για την ανάθεση σύμβασης, με αντικείμενο τη σύναψη σύμβασης για την προμήθεια οικοδομικών υλικών (ΟΜΑΔΑ Γ) της με αρ. 11774/27-09-2022 διακήρυξης, προϋπολογισμού 100.323,19 €, πλέον ΦΠΑ, σε συνέχεια προηγηθέντος άγονου ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων, λόγω συνδρομής των οικείων προϋποθέσεων.

Αθήνα, 22 Νοεμβρίου 2023

Η Προεδρεύουσα Σύμβουλος

Ευαγγελία Κουτούπα