



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ 128 ΕΑΔΗΣΥ/2024

(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, 21 Νοεμβρίου 2024, ημέρα Πέμπτη και ώρα 13:00, στα επί της οδού Δώρου 7-9 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, εκτελούσα χρέη Προέδρου,

Δημήτριος Χανής.

Μέλη : Χρυσάνθη Ζαράρη

Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης),

Νικολέτα Κοττά.

Η Πρόεδρος της Αρχής Ανδρονίκη Θεοδοκάτου και το Μέλος Βασιλική Σκαρτσούνη, απουσίασαν αιτιολογημένα.

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης, ΠΕ Διοικητικού Οικονομικού.

Εισηγητής: Ι. Σταθακόπουλος, Γεωπόνος Περιβαλλοντολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό ΕΑΔΗΣΥ

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν: ο Εισηγητής (μέσω τηλεδιάσκεψης), η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης, Μαρία Παναγοηλιοπούλου και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου, Μαρία Ελένη Σιδέρη, οι οποίοι αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας των Μελών της Επιτροπής και τη λήψη απόφασης.

ΘΕΜΑ: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας ενός μικρού ηλεκτρικού φορτηγού τύπου VAN με κλειστή καρότσα μικτού φορτίου 1750 κιλών και ενός Σταθμού φόρτισης ηλεκτρικών οχημάτων εναλλασσόμενου ρεύματος (AC), με ενσωματωμένο καλώδιο, συνολικού προϋπολογισμού 61.973.00€, πλέον ΦΠΑ, σε συνέχεια προηγηθέντος εν μέρει άγονου διαγωνισμού.

I. Με το αρ. πρωτ. 5847/24.10.24 (αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΔΗΣΥ 10499/29.10.2024) αίτημά του προς την ΕΑΔΗΣΥ (εφεξής Αρχή), όπως συμπληρώθηκε με το αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΔΗΣΥ 10975/12.11.24 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, ο Δήμος Πρεσπών αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, προκειμένου να προσφύγει στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση της σύμβασης του θέματος που αφορούν στα Τμήματα 1 και 6, προηγηθέντος εν μέρει άγονου ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού για την «Προμήθεια Ηλεκτρικών Οχημάτων Δήμου Πρεσπών».

II. Ιστορικό – Πραγματικά περιστατικά

1. Από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα εξής:

1.1 Με την αρ. 10/2023 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ:24PROC014077683 2023-12-29) προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοιχτός διαγωνισμός, άνω των ορίων, για την «Προμήθεια Ηλεκτρικών Οχημάτων Δήμου Πρεσπών», συνολικού προϋπολογισμού 802.451,19€, πλέον ΦΠΑ.

1.2. Σύμφωνα με τους όρους της παραπάνω διακήρυξης ορίζεται:

-άρθρο 1.3 «Συνοπτική περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης»

Αντικείμενο της σύμβασης είναι προμήθεια με τίτλο «Προμήθεια ηλεκτρικών οχημάτων Δήμου Πρεσπών» στο πλαίσιο του προγράμματος «ΑΝΤΩΝΗΣ ΤΡΙΤΣΗΣ» του Υπουργείου Εσωτερικών. [...]

Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα :

ΤΜΗΜΑ 1: «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΝΟΣ (1) ΜΙΚΡΟΥ ΗΛΕΚΤΡΙΚΟΥ ΦΟΡΤΗΓΟΥ ΤΥΠΟΥ VAN ΚΛΕΙΣΤΗ ΚΑΡΟΤΣΑ ΜΙΚΤΟΥ ΦΟΡΤΙΟΥ 1.750 ΚΙΛΩΝ», εκτιμώμενης αξίας 60.973,00€ πλέον ΦΠΑ 24% 14.633,52€.

ΤΜΗΜΑ 2: [...]

ΤΜΗΜΑ 6: «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΝΟΣ (1) ΣΤΑΘΜΟΥ ΦΟΡΤΙΣΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΚΩΝ ΟΧΗΜΑΤΩΝ ΕΝΑΛΛΑΣΣΟΜΕΝΟΥ ΡΕΥΜΑΤΟΣ (AC) 7.4KW ΜΕ ΕΝΣΩΜΑΤΩΜΕΝΟ ΚΑΛΩΔΙΟ», εκτιμώμενης αξίας 1.000,00€ πλέον ΦΠΑ 24% 240,00€.

ΤΜΗΜΑ 7:.....

Κάθε συμμετέχων στον διαγωνισμό μπορεί να υποβάλλει προσφορά για ένα ή περισσότερα ή και όλα τα ΤΜΗΜΑΤΑ των υπό προμήθεια ειδών υπό την προϋπόθεση ότι στην προσφορά θα περιλαμβάνεται το σύνολο των αναφερόμενων ειδών ανά ΤΜΗΜΑ.

[...]

Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσας διακήρυξης.

Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής».

Ως προς τα “Κριτήρια Επιλογής” προβλέπονται τα εξής:

2.2.4 Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας [...]

2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να προσκομίσουν δικαιολογητικά που να πιστοποιούν ότι:

Παρουσιάζουν μέσο όρο, ακαθάριστων εσόδων χρήσης, για την τριετία 2020, 2021 και 2022 μεγαλύτερο των 1.000.000,00 €

Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης

2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, ο προμηθευτής με την προσφορά του οφείλει να καταθέσει αναλυτικά για κάθε τμήμα που συμμετέχει: [...]

7. Να κατατεθεί άδεια συνεργείου του προσφέροντος, εξειδικευμένου και αδειοδοτημένου για τη συντήρηση υπερκατασκευών/αμαξωμάτων με συνολική εγκατεστημένη κινητήρια ισχύ του μηχανολογικού εξοπλισμού τουλάχιστον 150kW, σύμφωνα με κατατεθειμένα έγγραφα αδειοδότησης (δε συμπεριλαμβάνεται η ισχύς εξυπηρέτησης των αναγκών του κτηρίου).

8. Κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων 2020, 2021, 2022, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση δημόσιας προμήθειας με αντικείμενο την προμήθεια ηλεκτρικών οχημάτων (π.χ. αυτοκινήτων, μοτοσυκλετών, ποδηλάτων κτλ)

9. Κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων 2020, 2021, 2022, να έχουν προμηθεύσει τουλάχιστον δέκα ηλεκτρικά οχήματα (π.χ. αυτοκίνητα, μοτοσυκλέτες, ποδήλατα κτλ)

1.3 Περίληψη της εν λόγω διακήρυξης, η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακηρύξεως του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά στις 21.12.2023 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε) και δημοσιεύθηκε στις 26.12.2023.

Συνακόλουθα καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ στις 29.12.23 όπου και έλαβε Συστημικό Αριθμό 285322.

Περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στις εφημερίδες «Ελεύθερο Βήμα» (30-012-2023), και «Πρωινός Λόγος» (30-12-2023).

Σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ήταν η 29.12.2023, η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 05.02.2024 και ώρα 14:00 ενώ η ημερομηνία διενέργειας του Διαγωνισμού η 09.02.2024 και ώρα 10:00.

1.4 Επί των όρων της διακήρυξης ζητήθηκαν διευκρινίσεις από δύο οικονομικούς φορείς και με την αρ. 07/31.01.2024 απόφαση της Δημοτικής Επιτροπής (ΑΔΑ: 9Α0ΨΩΞ8-Ο1Σ), κατόπιν έγκρισης της σχετικής εισήγησης, μεταξύ άλλων, απαλείφθηκαν οι παράγραφοι 7 και 9 του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης και διευκρινίσθηκε ότι η παρ. 8 του εν λόγω άρθρου δεν ισχύει εν προκειμένω για το τμήμα 6. Επίσης, εγκρίθηκε η παράταση του χρόνου υποβολής των προσφορών και ορίσθηκε νέα καταληκτική ημερομηνία στις 12.02.2024 ημέρα Δευτέρα και ο χρόνος ανοίγματος των προσφορών στις 16.02.2024 ημέρα Παρασκευή.

1.5 Στις 16.02.2024 η Επιτροπή του διαγωνισμού προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών. Σύμφωνα με το Πρακτικό 1, για το Τμήμα 1 «Προμήθεια ενός (1) μικρού ηλεκτρικού φορτηγού τύπου VAN κλειστή καρότσα μικτού φορτίου 1.750 κιλών» και για το Τμήμα 6 «Προμήθεια ενός (1) Σταθμού Φόρτισης Ηλεκτρικών Οχημάτων Εναλλασσόμενου Ρεύματος (AC) 7.4 KW με ενσωματωμένο Καλώδιο», η επιτροπή διαπίστωσε ότι δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά. Για δε τις υπόλοιπες Ομάδες υποβλήθηκαν προσφορές από 4 οικονομικούς φορείς. Εν συνεχεία η Επιτροπή του διαγωνισμού γνωμοδότησε και εισηγήθηκε την κήρυξη του διαγωνισμού ως άγονου για τα τμήματα 1 και 6 της διακήρυξης 10/2023 (ΑΔΑΜ:24PROC014077683 2023-12-29).

1.6 Ακολουθώντας, με την με αριθ. 71/2024 απόφαση της, η Δημοτική Επιτροπή ενέκρινε το ανωτέρω πρακτικό, κήρυξε άγονο τον διαγωνισμό ως προς τα ανωτέρω τμήματα 1 και 6 και αποφάσισε την προσφυγή σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, βάσει του άρθρου 32 παρ.2 περ. α' του Ν. 4412/2016.

1.7 Με το με αριθ. πρωτ. 4118/24.07.2024 έγγραφο του ο Δήμος Πρεσπών βεβαιώνει τη μη υποβολή προδικαστικών προσφυγών ή άλλων ενδίκων βοηθημάτων ενώπιον οποιασδήποτε αρμόδιας αρχής ή ενώπιον οποιουδήποτε αρμόδιου Δικαστηρίου κατά των όρων της διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού.

1.8 Με την υπ' αριθ. 4/2024 Πράξη του το Ελεγκτικό Συνέδριο, κατόπιν εξέτασης του σχετικού φακέλου που απεστάλη από την Αναθέτουσα Αρχή για τον προσυμβατικό έλεγχο της νομιμότητας της διαδικασίας ανάδειξης αναδόχων του εν λόγω διαγωνισμού για τα υπόλοιπα τμήματα (πλην των αγόνων) και των σχετικών σχεδίων σύμβασης, έκρινε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή των υποβληθέντων για έλεγχο νομιμότητας σχεδίων σύμβασης μετά των αναφερομένων σε αυτά οικονομικών φορέων, για την προμήθεια ηλεκτροκίνητων οχημάτων του Δήμου Πρεσπών.

II. Νομικό Πλαίσιο

2. Στη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ίδιου νόμου, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι: *"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 ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημά της [...]

3. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 «Κριτήρια Επιλογής» που ενσωματώνουν το άρθρο 58 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. ... 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση ... Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών... Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οι οικονομικοί φορείς ανά ομάδες τμημάτων, αν ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν...».

III. Νομική Εκτίμηση

4. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Πρεσπών ο οποίος αποτελεί αναθέτουσα αρχή κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 1(α) του ν. 4412/2016, 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 προμήθειας, σε συνέχεια εν μέρει άγονου διαγωνισμού άνω των ορίων, 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.

5. 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 εθνικό δίκαιο τα άρθρα 26 και 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αντίστοιχα, καθώς και στις εννοιολογικά ταυτόσημες διατάξεις του αρ. 269 (Βιβλίου ΙΙ) του ως άνω νόμου με τις οποίες ενσωματώθηκαν στο εθνικό δίκαιο οι διατάξεις της οδηγίας 2014/25/ΕΕ (βλ. σχετικώς ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56, της 23ης Απριλίου 2009, C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου, EU:C:2009:246, σκέψεις 105-106, της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, C-19/13, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA και Telecom Italia SpA, EU:C:2014:2194, σκέψη 49, της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, C -549/14, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, EU:C:2016:634, σκέψη 35).

Συναφώς, επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις, στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις οι οποίες συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζόμενων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας (βλ. υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, 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, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33, της 8ης Απριλίου 2008, C- 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψεις 57-58, της 27ης Οκτωβρίου 2011, C - 601/10, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλ. 2011, I-00163, σκέψη 32).

6. Ειδικότερα, η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν.4412/2016, της οποίας γίνεται ρητά επίκληση από την αναθέτουσα αρχή και στη βάση της οποίας οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, προϋποθέτει:

α) να μην έχει υποβληθεί καμία προσφορά ή, τουλάχιστον, καμία κατάλληλη προσφορά στο πλαίσιο προγενέστερης ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας την οποία η αναθέτουσα αρχή περάτωσε για τον λόγο αυτόν.

β) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση.

Επιπλέον, προϋποθέτει ότι σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής εκθέσεως (βλ. και C-376/21, της 16ης Ιουνίου 2022, Zamestnik-ministar na regionalnoto razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa «Regioni v rastezh» 2014-2020, σκ.59) .

Όπως δε παγίως έχει κριθεί, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της προαναφερόμενης διάταξης, συνέχεται άμεσα με τον προηγηθέντα αυτής διαγωνισμό, με συνέπεια οι τυχόν ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες της υποκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας να επιδρούν στη νομιμότητα και της συγκεκριμένη διαδικασίας (Ε.Σ. Αποφ. VI Τμ. 466/2011, 1249/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

7. Εν προκειμένω, από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

7.1. Ως προς την προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας σε σχέση με τα άγονα και εδώ αιτούμενα τμήματα

α) το κριτήριο ποιοτικής επιλογής του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης που αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των προσφερόντων, δεν συναρτάται, στην περίπτωση του αιτούμενου τμήματος, με τον προϋπολογισμό του, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 75 ν. 4412/2016. Ειδικότερα, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 75 "Κριτήρια Επιλογής" του ν. 4412/2016 (αρ. 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), προβλέπεται ότι ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών, αλλά και ότι, όταν, όπως εν προκειμένω, μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, τα παραπάνω εφαρμόζονται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. Επομένως, δοθέντος ότι η απαιτούμενη χρηματοοικονομική επάρκεια για το αιτούμενο τμήμα, υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της οικείας σύμβασης του εν λόγω τμήματος, χωρίς παράλληλα να υφίσταται η απαιτούμενη αιτιολογία ή έστω λόγος που να σχετίζεται με τυχόν ειδικούς κινδύνους που να αφορούν στα προς προμήθεια είδη, προκύπτει παράβαση των παραπάνω διατάξεων η οποία κρίνεται, εν προκειμένω, ως ουσιώδης, καθόσον θίγει τις αρχές της νομιμότητας, της αναλογικότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού (βλ. και αιτιολογικές σκέψεις 1 και 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 2.2.5 της διακήρυξης, ζητείται μέσος όρος ακαθάριστων εσόδων χρήσης, για την τριετία 2020, 2021 και 2022 μεγαλύτερος των 1.000.000,00 €, ενώ το μεν Τμήμα 1 έχει προϋπολογισμό 60.973,00€ πλέον ΦΠΑ, το δε Τμήμα 6 έχει προϋπολογισμό 1.000€, πλέον ΦΠΑ.

β) Το κριτήριο ποιοτικής επιλογής που αφορά στην Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης) και συγκεκριμένα στην εκτέλεση, κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων 2020, 2021, 2022, τουλάχιστον μίας σύμβασης δημόσιας προμήθειας με αντικείμενο την προμήθεια ηλεκτρικών οχημάτων, αποτελεί περιοριστικό του ανταγωνισμού όρο, διότι η εν λόγω απαίτηση εισάγει διάκριση της αποκτηθείσας εμπειρίας μεταξύ δημόσιου και ιδιωτικού τομέα (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ (ΑΣΦ) 491/2009), άνευ αποχρώντος λόγου. Ειδικότερα, η εν λόγω απαίτηση αντίκειται στις διατάξεις του Παραρτήματος XII «Αποδεικτικά Μέσα για τα κριτήρια επιλογής» του ν. 4412/2016, οι οποίες δεν διακρίνουν μεταξύ δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Επισημαίνεται ότι η εν λόγω απαίτηση, όπως διευκρινίσθηκε, ισχύει για το Τμήμα 1 και όχι το Τμήμα 6.

Επομένως, κρίνεται εν προκειμένω, ότι οι προαναφερόμενες πλημμέλειες της προηγηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης, συνδέονται, εν δυνάμει, με το άγονο αποτέλεσμα του

διαγωνισμού για τα αιτούμενα τμήματα 1 και 6, τα οποία και μόνο απέβησαν άγονα, με αποτέλεσμα να καθίσταται παρακολουθηματικά μη νόμιμη, η αιτούμενη εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης.

Επίσταται, επίσης, η προσοχή της αναθέτουσας αρχής στην τήρηση των κανόνων δημοσιότητας στην περίπτωση ουσιώδους τροποποίησης των όρων των εγγράφων της σύμβασης όπως εν προκειμένω (βλ. ΚΟ ΕΑΑΔΗΣΥ με αρ. 2).

IV. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή

Αποφασίζει, ομόφωνα την μη παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή του Δήμου Πρεσπών, στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, σε συνέχεια εν μέρει άγονου ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού, για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια ενός μικρού ηλεκτρικού φορτηγού τύπου VAN με κλειστή καρότσα μικτού φορτίου 1750 κιλών και ενός Σταθμού φόρτισης ηλεκτρικών οχημάτων εναλλασσόμενου ρεύματος (AC), με ενσωματωμένο καλώδιο, συνολικού προϋπολογισμού 61.973.00€, πλέον ΦΠΑ, λόγω μη συνδρομής των οικείων προϋποθέσεων.

Αθήνα, 21 Νοεμβρίου 2024

Η Συντάκτης

Η Προεδρεύουσα Σύμβουλος

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Ευαγγελία Κουτούπα