



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

**ΓΝΩΜΗ**

**Δ103 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, 27 Σεπτεμβρίου 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:

**Πρόεδρος:** Ανδρονίκη Θεοτοκάτου (μέσω τηλεδιάσκεψης)

**Σύμβουλοι:** Ευαγγελία Κουτούπα (μέσω τηλεδιάσκεψης),

Δημήτριος Χανής (μέσω τηλεδιάσκεψης),

**Μέλη:** Χρυσάνθη Ζαράρη,

Αδάμ Καραγλάνης,

Βασιλική Σκαρτσούνη,

Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης).

**Γραμματέας:** Αθανάσιος Λαμπράκης, ΠΕ Διοικητικού-Οικονομικού.

**Εισηγήτρια:** Ζωή Μεταξιώτου, Χημικός Μηχανικός, PhD, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό ΕΑΔΗΣΥ, υπάλληλος Αυτοτελούς Γραφείου Θεσσαλονίκης.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν η Εισηγήτρια (μέσω τηλεδιάσκεψης), η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης Μαρία Παναγοηλιοπούλου (μέσω τηλεδιάσκεψης), καθώς 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 του Δήμου Ν. Πηλίου στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, για τη σύναψη σύμβασης, με αντικείμενο την προμήθεια ΣΚΥΡΟΔΕΜΑΤΟΣ και ΧΑΛΥΒΑ για τις ανάγκες του Δήμου, εκτιμώμενης αξίας ενενήντα χιλιάδων διακοσίων πενήντα ευρώ (90.250,00 €), πλέον ΦΠΑ.**

Με το αρ. πρωτ. 16478/31.08.2023 αίτημα, το οποίο παρελήφθη στις 05.09.2023 (αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΔΗΣΥ 3838), όπως συμπληρώθηκε με τα από 12.09.2023 (αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΔΗΣΥ 3959/13.09.2023) συμπληρωματικά στοιχεία, ο Δήμος Νοτίου Πηλίου αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, προκειμένου να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας ΣΚΥΡΟΔΕΜΑΤΟΣ και ΧΑΛΥΒΑ, εκτιμώμενης αξίας 90.250,00 €, πλέον ΦΠΑ 24%, κατόπιν προηγηθέντος ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων, με αντικείμενο την «*Προμήθεια Υλικών για τη Βελτίωση της Ασφάλειας του Οδικού Δικτύου Δήμου Νοτίου Πηλίου*», προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.653.225,81 € πλέον ΦΠΑ 24%, ο οποίος απέβη άγονος ως προς τα παραπάνω τμήματα 4 και 5, αντίστοιχα.

## **I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ**

**1.** Από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα εξής:

**1.1** Το Τμήμα Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου Νοτίου Πηλίου, εκπόνησε την αρ. 140/2022 (21.07.2022) Μελέτη, για την προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού – υλικών, με στόχο την υλοποίηση παρεμβάσεων για τη βελτίωση της παρεχόμενης οδικής ασφάλειας και τη μείωση των ατυχημάτων. Η Μελέτη καθώς και τα σχετικά τεύχη δημοπράτησης εγκρίθηκαν από την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου (απόφαση 524/2022, ΑΔΑ: Ω3Β6ΩΚΧ-ΣΚΗ) και στη συνέχεια, με Κοινή Υπουργική Απόφαση, η αναθέτουσα αρχή συμπεριελήφθη στον κατάλογο των Δήμων οι οποίοι χρηματοδοτούνται για τις υποβληθείσες προτάσεις τους από το «*Πρόγραμμα βελτίωσης οδικής ασφάλειας στο εθνικό και επαρχιακό οδικό δίκτυο*» (κωδικός ΟΠΣ ΤΑ 5180769). Το Πρόγραμμα υλοποιείται στα πλαίσια του Εθνικού Σχεδίου Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας «*Ελλάδα 2.0*» και χρηματοδοτείται από το Ευρωπαϊκό Ταμείο Ανάκαμψης – NextGenerationEU.

**1.2** Με την αρ. πρωτ. 985/25.01.2023 απόφαση ανάληψης υποχρέωσης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (ΑΔΑ: ΨΣΞΠΩΚΧ-ΓΤΚ), κατόπιν σχετικού πρωτογενούς αιτήματος της Τεχνικής Υπηρεσίας (23REQ0120027264-2023-01-25), εγκρίθηκε δαπάνη ύψους 2.050.000,00 € εις βάρος του ΚΑ 30-6662.072 του προϋπολογισμού του έτους 2023 ενώ με την απόφαση 42/2023 της 25.01.2023 (ΑΔΑ: 6ΧΔΥΩΚΧ-ΘΩ9) της ίδιας επιτροπής εγκρίθηκαν οι όροι της διακήρυξης ανοικτού διαγωνισμού, με τίτλο «*Προμήθεια υλικών για βελτίωση της οδικής ασφάλειας οδικού δικτύου του Δήμου Νοτίου Πηλίου*», προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.653.225,81 € πλέον ΦΠΑ 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής.

**1.3** Η προκήρυξη του εν λόγω διαγωνισμού:

- Απεστάλη στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις **28.01.2023** (αρ. προκ. στην ΕΕ 2023/ S 024-067267) και δημοσιεύτηκε στις 02.02.2023.
- Αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής, στη διεύθυνση (URL): <https://dnrpiou.gov.gr>.
- Περίληψη της διακήρυξης αναρτήθηκε στη «ΔΙΑΥΓΕΙΑ» (ΑΔΑ:ΩΝΠΡΩΚΧ-ΕΞ8).
- Δημοσιεύτηκε σε εθνικό επίπεδο στον ημερήσιο και εβδομαδιαίο τύπο στις 04.02.2023 (ΤΑΧΥΔΡΟΜΟΣ) και 06.02.2023 (ΘΕΣΣΑΛΙΑ), αντίστοιχα, σύμφωνα με το άρθρο 66 του ν. 4412/2016.

Η διακήρυξη δημοσιεύτηκε:

- Στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), στις 31.01.2023 (ΑΔΑΜ 23PROC012057803).
- Τα έγγραφα της σχετικής σύμβασης καταχωρήθηκαν στην ηλεκτρονική πλατφόρμα σύναψης δημόσιων συμβάσεων ΕΣΗΔΗΣ στις **25.02.2023** με Συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 182891 .

Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ ορίστηκε η 25.02.2023 και ώρα 00:31 π.μ. και ως καταληκτική ημερομηνία η 08.03.2023 και ώρα 10:00. Ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης ορίστηκε η 14.03.2023 και ώρα 11:00.

Ωστόσο, η ανωτέρω καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μετατέθηκε, κατόπιν της από 9.3.2023 σχετικής εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού, βάσει της 12/2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, η οποία ελήφθη κατά τη συνεδρίαση της **10.03.2023**. Η εν λόγω απόφαση δεν αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ, ούτε προκύπτει ότι έλαβε σχετική δημοσιότητα. Εν συνεχεία, αναρτήθηκαν εκ νέου όλα τα έγγραφα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ με νέο Συστημικό Αριθμό 182891,1 και με τη νέα καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (16.03.2023).

#### 1.4 Η διακήρυξη περιελάμβανε πέντε (5) Τμήματα :

- ΤΜΗΜΑ 1: ΣΗΜΑΝΣΗ - ΑΣΦΑΛΕΙΑ
- ΤΜΗΜΑ 2: ΟΔΟΦΩΤΙΣΜΟΣ
- ΤΜΗΜΑ 3: ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ – ΑΔΡΑΝΗ-ΔΟΜΙΚΑ ΥΛΙΚΑ
- ΤΜΗΜΑ 4: ΣΚΥΡΟΔΕΜΑΤΑ
- ΤΜΗΜΑ 5: ΧΑΛΥΒΑΣ,

Κάθε οικονομικός φορέας είχε δικαίωμα υποβολής προσφοράς για το σύνολο των ειδών για ένα ή περισσότερα Τμήματα ή για το σύνολο των Τμημάτων.

Στο άρθρο 2.2.4 της διακήρυξης «Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας» ορίζεται ότι:

*“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 οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε κράτος μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ) ή σε τρίτες χώρες που προσχωρήσει στη ΣΔΣ, ή σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην προηγούμενη περίπτωση και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε αντίστοιχα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα. Οι εγκατεστημένοι*

στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο.[...]

Όσον αφορά την «Οικονομική και Χρηματοοικονομική επάρκεια» (αρ. 2.2.5), την «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» (αρ. 2.2.6), τα «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» (αρ. 2.2.7), ορίζεται ότι δεν τίθενται απαιτήσεις.

Σχετικά με την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης (αρ. 4.1), ορίζεται ότι “[...] Για την υπογραφή της σύμβασης απαιτείται η παροχή εγγύησης καλής εκτέλεσης, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 4 του ν. 4412/2016, το ύψος της οποίας ανέρχεται σε ποσοστό 5% επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ή του τμήματος της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, και κατατίθεται μέχρι και την υπογραφή του συμφωνητικού.[...]”

Περαιτέρω στην εγκεκριμένη με αρ. 140/2022 Μελέτη, η οποία αποτελεί έγγραφο της σύμβασης (βλ. αρ. 2.1.1 της διακήρυξης), ορίζεται ότι:

Το επαρχιακό οδικό δίκτυο εντός Δήμου Νοτίου Πηλίου είναι στο μεγαλύτερο ποσοστό του παλαιάς χάραξης και αμετάβλητο για χρόνια. Το οδικό δίκτυο, τόσο το αστικό εντός των ορίων των οικισμών όσο και το υπεραστικό δίκτυο εκτός ορίων οικισμών, παρουσιάζει μεγάλες φθορές. Η περιοχή του Νοτίου Πηλίου έχει «δοκιμαστεί» έντονα τα τελευταία τρία έτη με συνεχόμενες θεομηνίες με αποτέλεσμα την επιδείνωση των υπαρχουσών φθορών και τη δημιουργία νέων ζημιών σε όλο το οδικό δίκτυο.

“[...] Τα προς προμήθεια και τοποθέτηση υλικά – εξοπλισμός έχουν ως εξής :

..... •.....σκύρα & θραυστό υλικό 3Α

Οι εργασίες θα πραγματοποιηθούν από το εργατοτεχνικό προσωπικό και με χρήση των μηχανημάτων του Δήμου.[...]”.

Όλα τα υλικά θα πρέπει να είναι αρίστης ποιότητας ελληνικών εργοστασίων, απαλλαγμένα από βλαπτικές ουσίες, ανθεκτικά στις καιρικές μεταβολές και σύμφωνα με τους ισχύοντες κανονισμούς και να πληρούν του όρους και τις απαιτήσεις των πρότυπων τεχνικών προδιαγραφών.

Ειδικότερα στην αναλυτική περιγραφή των αιτούμενων Τμημάτων: Δ και Ε αναφέρονται τα εξής:

#### **ΟΜΑΔΑ Δ : ΣΚΥΡΟΔΕΜΑΤΑ**

##### **24. Σκυρόδεμα C16/20 T**

Το έτοιμο σκυρόδεμα θα πληροί τις προδιαγραφές των κατηγοριών C16/20. Τα αδρανή υλικά που ενσωματώνονται στο σκυρόδεμα πρέπει να ικανοποιούν τις κοκκομετρικές διαβαθμίσεις που προδιαγράφονται στους ελληνικούς κανονισμούς για χρήση σε τεχνικά έργα και να διαθέτουν αμελητέα πλαστικότητα. Η μεταφορά του έτοιμου σκυροδέματος θα γίνεται με μέσα του προμηθευτή (βαρέλα), τα οποία θα είναι ικανά να μεταφέρουν το υλικό στον τόπο που θα ζητηθεί από την Τεχνική Υπηρεσία.

**Στην τιμή μονάδας περιλαμβάνεται η διάστρωση του σκυροδέματος και η δημιουργία τελικής επιφάνειας.**

Τιμή ανά m<sup>3</sup> (εκατόν είκοσι πέντε ευρώ) 125,00€

**ΟΜΑΔΑ Ε: ΧΑΛΥΒΑΣ** Δομικό Πλέγμα T- 131 Δομικά πλέγματα τετραγώνου βρόγχου με μάτι 15X15cm, διαστάσεων 500X215cm. Τα δομικά πλέγματα T131 (5x2) (2kg/m<sup>2</sup>) θα πληρούν τα πρότυπα ΕΛΟΤ 1421-3 και θα αποτελούνται από συγκολλημένα εγκάρσια και διαμήκη σύρματα χάλυβα. Τιμή ανά kg (ένα ευρώ και είκοσι δύο λεπτά) 1,22€.

**1.5** Σύμφωνα με το ΠΡΑΚΤΙΚΟ II της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, αναδείχθηκαν προσωρινοί μειοδότες για τα ΤΜΗΜΑΤΑ 1, 2 και 3, ενώ δεν υποβλήθηκαν προσφορές για τα τμήματα 4 και 5.

### 1.6 Ακολούθως, ο Δήμος με το κρινόμενο αίτημά του:

-Αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν.4412/2016, σε συνέχεια του ανωτέρω ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων, ο οποίος απέβη άγονος ως προς το Τμήμα Δ: «ΣΚΥΡΟΔΕΜΑΤΑ» και το Τμήμα Ε: «ΧΑΛΥΒΑΣ», λόγω μη υποβολής προσφορών.

-Δηλώνει ότι η διαγωνιστική διαδικασία θα διεξαχθεί σύμφωνα με το επισυναφθέν στο ανωτέρω αίτημα σχέδιο πρόσκλησης χωρίς ουσιώδεις τροποποιήσεις των όρων της αρχικής διακήρυξης.

-Επισυνάπτει Σχέδιο Απόφασης για προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.

## II. Νομικό πλαίσιο

2. Στη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016 (Α' 147), 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.

## III. Νομική Εκτίμηση

3.1 Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Νοτίου Πηλίου, ο οποίος εντάσσεται στις Μη Κεντρικές Αναθέτουσες Αρχές (Μη ΚΑΑ) κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 3 του ν. 4412/2016, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, βάσει των διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Η υπό ανάθεση σύμβαση, όπως προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή, αφορά σε δημόσια σύμβαση προμηθειών, για τις οποίες ως κατώτατο όριο εφαρμογής των Οδηγιών έχει οριστεί το ποσό των 215.000 €, πλέον ΦΠΑ. Ως εκ τούτου, συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την έκδοση σύμφωνης γνώμης, κατ' άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, δοθέντος ότι η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων των τμημάτων του προκηθέντος ανοικτού διαγωνισμού υπερβαίνει το παραπάνω όριο ( βλ. αρ. 6 του ν. 4412/2016).

3.2 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 (βλ. 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).

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 (ΣΛΕΕ) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συστατικής ερμηνείας (βλ. 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). Η δε σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να περιλαμβάνει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία (βλ. ΣΤΕ 1747/2011, 1987/2021).

**3.3** Οι προϋποθέσεις εφαρμογής των επικαλούμενων διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016 είναι: **α)** η προηγούμενη νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, **β)** η μη υποβολή προσφοράς ή η υποβολή ακατάλληλης προσφοράς, **γ)** η μη ουσιώδης τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης και **δ)** σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η αναθέτουσα αρχή οφείλει διαβιβάσει σχετική έκθεση (βλ. και C-376/21, της 16ης Ιουνίου 2022, Zamestnik-ministar, σκ.59).

Όπως δε παγίως έχει κριθεί, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της προαναφερόμενης διάταξης, συνέχεται άμεσα με τον προηγούμενο 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).

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

#### **Ός προς την προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας**

i) Τήρηση Όρων Δημοσιότητας

α) Η προκήρυξη του διαγωνισμού απεστάλη προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στις 28.01.2023, με ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών στις 08.03.2023, ήτοι σε διάστημα σύμφωνο με το άρθρο 27 παρ. 4 του ν. 4412/2016. Ομοίως, σε εθνικό επίπεδο τηρήθηκαν οι υποχρεώσεις δημοσιεύσεων που απορρέουν από τον ν. 4412/2016. Ωστόσο, στις 10.03.2023, μετά την αρχικώς ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (08.03.2023), ελήφθη απόφαση μετάθεσης αυτής και ορίστηκε νέα καταληκτική ημερομηνία στις 16.03.2023. Για την απόφαση αυτή, αν και αφορούσε σε ουσιώδη όρο της διακήρυξης ( βλ. αρ. 53 παρ. 2 περ. β του ν. 4412/2016), δεν τηρήθηκαν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας, δηλαδή αποστολή στην ΕΕΕΕ του σχετικού διορθωτικού εντύπου 14 και δημοσίευση σε εθνικό επίπεδο (βλ. και Κ.Ο. 4 και 27 ΕΑΔΗΣΥ).

Επίσης, η ημερομηνία αποστολής της Προκήρυξης στην ΕΕΕΕ στις 28.01.2023 και η ημερομηνία ανάρτησης των εγγράφων της σύμβασης στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ στις 25.02.2023, δεν τελούν σε άμεση χρονική εγγύτητα, με αποτέλεσμα τον περιορισμό του χρόνου της περιόδου υποβολής των προσφορών, σε διάστημα μάλιστα, το οποίο περιοριζόταν αρχικά σε 12 ημέρες, δηλαδή μικρότερο της νομίμως προβλεπόμενης (άρθρο 27 παρ. 4 του ν. 4412/2016) ελάχιστης προθεσμίας παραλαβής προσφορών στο πλαίσιο ανοικτών διαγωνισμών, κατόπιν δε μετάθεσης της ημερομηνίας, ανήλθε μεν σε 20 ημέρες, πλην όμως, όπως προαναφέρθηκε, η οικεία απόφαση δεν έλαβε την απαιτούμενη δημοσιότητα (πρβλ. Κ.Ο.27 της ΕΑΔΗΣΥ).

Το γεγονός της πλημμελούς τήρησης των υποχρεώσεων δημοσιότητας συνιστά εν δυνάμει παράγοντα συναρτώμενο με το άγονο αποτέλεσμα των αιτούμενων τμημάτων.

ii. Από τον έλεγχο των όρων της διακήρυξης (23PROC012057803 2023-01-31), διαπιστώθηκαν οι κάτωθι πλημμέλειες:

**α)** Στην Τεχνική Περιγραφή του αντικείμενου της σύμβασης ( βλ. Μελέτη 140/22, αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης βάσει του αρ. 2.1.1 αυτής), ορίζεται ότι: *«Όλα τα υλικά θα πρέπει να είναι άριστης ποιότητας ελληνικών εργοστασίων, απαλλαγμένα από βλαπτικές ουσίες, ανθεκτικά στις καιρικές μεταβολές και σύμφωνα με τους ισχύοντες κανονισμούς και να πληρούν τους όρους και τις απαιτήσεις των προτύπων τεχνικών προδιαγραφών».*

Εν προκειμένω, η απαίτηση προσφοράς υλικών ελληνικών εργοστασίων, τεθείσα επί ποινή απόρριψης της προσφοράς σε περίπτωση απόκλισης, σύμφωνα με το αρ. 2.4.6 περ. θ' της διακήρυξης, αποτελεί μη νόμιμο γεωγραφικό περιορισμό, σύμφωνα με την παρ. 4 του αρ. 54 *«Τεχνικές προδιαγραφές»* του ν. 4412/2016. Τούτο δε, καθόσον εμπεριέχει στοιχεία δυσμενούς διάκρισης εις βάρος των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, σχετικά με τον τόπο εγκατάστασης του εργοστασίου τους, εφόσον είναι οι ίδιοι κατασκευαστές των προς προμήθεια ειδών, σε πλήρη αντίθεση με τις διατάξεις του αρ. 2.2.1 της διακήρυξης *« Δικαίωμα συμμετοχής»* ή εφόσον είναι προμηθευτές, συνιστά, χωρίς σχετική αιτιολογία, υπέρμετρο περιορισμό των θεμιτών σκοπών της επιχειρηματικής τους δραστηριότητας. Σε κάθε περίπτωση, αποκλείονται υποψήφιοι ανάδοχοι, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ποιότητας, διατύπωση, θα μετείχαν στη διαγωνιστική διαδικασία, διευρύνοντας τον ανταγωνισμό.

Επομένως, ο εν λόγω όρος τέθηκε κατά παράβαση των θεμελιωδών αρχών περί ισότιμης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και αποφυγής διακρίσεων, χωρίς σχετική αιτιολογία και χωρίς να συνοδεύεται από τον όρο «ισοδύναμο», όπως επιτάσσει η παρ. 4 του αρ. 54 του ν. 4412/2016.

**β)** Στο άρθρο 6.1 *«Χρόνος παράδοσης των υλικών»*, ορίζεται *«6.1.1. Ο ανάδοχος υποχρεούται να παραδώσει τα υλικά έως 2 ημέρες από την έγγραφη παραγγελία τους , σε χώρο του Δήμου Νοτίου Πηλίου, που θα του υποδειχθεί από τους αρμόδιους υπαλλήλους. ... 6.1.3. Ο ανάδοχος υποχρεούται να ειδοποιεί την υπηρεσία που εκτελεί την προμήθεια, την αποθήκη υποδοχής των υλικών και την επιτροπή παραλαβής, για την ημερομηνία που προτίθεται να παραδώσει το υλικό, τουλάχιστον πέντε (5) εργάσιμες ημέρες νωρίτερα.»*

Στο αρ. 53 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι *«Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών»*. Περαιτέρω, όπως παγίως έχει κριθεί, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας επιβάλλουν στην αναθέτουσα αρχή την υποχρέωση να διασφαλίζει σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης

ορισμένης δημόσιας σύμβασης διατυπώνοντας τους όρους της διακήρυξης κατά τρόπο που να παρέχει σε όλους τους διαγωνιζομένους που είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια τη δυνατότητα να γνωρίζουν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., ιδίως, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01, EVN και Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I-14527, σκέψεις 56 έως 58) και μάλιστα κατά την έναρξη της διαδικασίας (βλ. απόφαση της 10ης Δεκεμβρίου 2009, C-299/08, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 2009, σ. I-11587, σκέψεις 41 και 43).

Εν προκειμένω, οι ως άνω όροι της διακήρυξης είναι ασαφείς, δεδομένου ότι ενώ ο ανάδοχος οφείλει να ειδοποιήσει την αποθήκη πέντε (5) εργάσιμες ημέρες πριν την παράδοση, σύμφωνα με έτερο όρο της διακήρυξης, η παράδοση πρέπει να διενεργείται εντός 2ημέρου από την έγγραφη παραγγελία της αναθέτουσας αρχής. Σημειώνεται δε, ότι σε περίπτωση εκπρόθεσμης παράδοσης επιβάλλονται στον ανάδοχο οι σχετικές κυρώσεις του αρ. 207 του ν. 4412/2016. Συνεπώς, λαμβάνοντας υπόψη ότι, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, ακόμη και ο πλέον επιμελής ανάδοχος, δεν θα μπορούσε να ανταποκριθεί στις παραπάνω προθεσμίες οι οποίες άγουν στην επιβολή σχετικών κυρώσεων που συνιστούν λόγο αποκλεισμού από μεταγενέστερη σύμβαση ( βλ. αρ. 73 παρ. 4 περ. στ' του ν. 4412/2016), συνάγεται ότι η ασάφεια των οικείων όρων συνιστά ομοίως παράγοντα περιοριστικό της ανάπτυξης ανταγωνισμού για τα αιτούμενα τμήματα.

**γ)** Στη Μελέτη με αρ. 140/2022, που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης ( βλ. αρ. 2.1.2), αναφέρεται ότι (σελ.1) *«Η παρούσα μελέτη αφορά σε προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού – υλικών...»*, στη συνέχεια (σελ.2) ότι *«Οι εργασίες θα πραγματοποιηθούν από το εργατοτεχνικό προσωπικό και με την χρήση των μηχανημάτων του Δήμου»*. Περαιτέρω, για την αιτούμενη ομάδα Δ «Σκυρόδεμα», αναφέρεται επιπλέον ότι *«Στην τιμή μονάδας περιλαμβάνεται η διάστρωση του σκυροδέματος και η δημιουργία τελικής επιφάνειας»*. Επομένως, δεν καθίσταται σαφές εάν για το αιτούμενο τμήμα Δ-Σκυρόδεμα, ο ανάδοχος υποχρεούται να εκτελέσει οποιαδήποτε εργασία ή περιορίζεται να προμηθεύσει και να παραδώσει τα υλικά, ουσιώδες στοιχείο που προφανώς επηρεάζει την επιλογή συμμετοχής ή μη, πολύ δε περισσότερο τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς. Ομοίως, ενυπάρχει ασάφεια ως προς το συμβατικό αντικείμενο, καθόσον δεν προκύπτει εάν αφορά σε σύμβαση προμήθειας, όπως δηλαδή χαρακτηρίστηκε από την αναθέτουσα αρχή ή σε σύμβαση έργου, για την οποία μάλιστα δεν έχουν τεθεί στη διακήρυξη οι ανάλογες τεχνικές απαιτήσεις, ούτε οι απαιτήσεις περί καταλληλότητας των οικονομικών φορέων για την άσκηση της οικείας επαγγελματικής δραστηριότητας (βλ. αρ. 75 και 76 παρ. 1 του ν. 4412/2016).

Περαιτέρω, ακόμη και υπό την εκδοχή ότι αφορά σε προμήθεια και συνεπώς ορθά χαρακτηρίστηκε ως τέτοια, το ποσοστό της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης υπερβαίνει το νόμιμο για συμβάσεις προμηθειών, το οποίο ανέρχεται σε 4% επί της εκτιμώμενης αξίας εκάστου τμήματος. Αντ' αυτού στη διακήρυξη το εν λόγω ποσοστό ορίζεται σε 5% , δηλαδή συνέχεται με την εκτέλεση έργων ( βλ. αρ. 72 παρ. 4 ν. 4412/2016).

Συναφώς, επισημαίνεται ότι υποβλήθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το αρ. 2.1.3 της διακήρυξης, σχετικά ερωτήματα εκ μέρους ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα, ο οποίος, μεταξύ άλλων, επικαλούμενος ασάφεια των παραπάνω όρων, διερωτήθηκε εάν *«η Ανάδοχος εταιρεία θα κληθεί να εκτελέσει οποιαδήποτε εργασία ή θα προμηθεύσει αποκλειστικά τα υλικά»* και εάν *«στις Τιμές εφαρμογής περιλαμβάνεται οποιαδήποτε εκτέλεση εργασιών;»*. Ακολούθως, με την από 06.03.2023 επιστολή του, την οποία ομοίως ανάρτησε στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, ο παραπάνω οικονομικός φορέας, δήλωσε κώλυμα συμμετοχής και ζήτηση από την αναθέτουσα αρχή όπως και εφόσον απαντηθούν τα ερωτήματά του, να παρατείνει την



καταληκτική προθεσμία υποβολής προσφορών. Πλην όμως, η αναθέτουσα αρχή, κατά παράβαση του αρ. 2.1.3 της διακήρυξης, παρέλειψε να απαντήσει, παρότι οι σχετικές διευκρινίσεις ζητήθηκαν έγκαιρα και, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα, είχαν ουσιώδη επιρροή για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών. Η προαναφερθείσα δε μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών (βλ. παρ. 3.4 περ. ι.α της παρούσας) χορηγήθηκε όχι όπως επιτάσσει το αρ. 2.1.3 της διακήρυξης, αλλά «λόγω διαπίστωσης λάθους στις 7/3/2023 της τιμής εκκίνησης προσφοράς στην γραμμή 3.1 του διαγωνισμού στο σύστημα ΕΣΗΔΗΣ από τον χειριστή του διαγωνισμού» (βλ. το από 22.03.2023 Πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής).

Οι προεκτεθείσες ουσιώδεις πλημμέλειες της προηγηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης, συνδεόμενες, εν δυνάμει, με το άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού για τα τμήματα Δ και Ε, καθιστούν παρακολουθηματικά μη νόμιμη και την αιτούμενη εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης. Ελλείψει δε της ως άνω βασικής προϋπόθεσης νομιμότητας του υπό κρίση αιτήματος, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών σωρευτικά απαιτούμενων προϋποθέσεων εφαρμογής του άρ. 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016.

#### **IV. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ**

Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή:

Αποφασίζει ομόφωνα τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή του Δήμου Νοτίου Πηλίου στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης, με αντικείμενο την προμήθεια ΣΚΥΡΟΔΕΜΑΤΟΣ και ΧΑΛΥΒΑ, εκτιμώμενης αξίας ενενήντα χιλιάδων διακοσίων πενήντα ευρώ (90.250,00 €), μη περιλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, κατόπιν προηγηθέντος ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων που απέβη εν μέρει άγονος, λόγω μη συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων.

**Αθήνα, 27 Σεπτεμβρίου 2023**

**Η Πρόεδρος**

**Ανδρονίκη Θεοτοκάτου**