



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ 33 ΕΑΔΗΣΥ/2023

(του άρθρου 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, 29 Μαρτίου 2023, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00 π.μ., στα επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κομνά Τράκα γραφεία της, συνήλθε η ως άνω ΕΠΙΤΡΟΠΗ της ΕΝΙΑΙΑΣ ΑΡΧΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (εφεξής «Αρχή» ή «ΕΑΔΗΣΥ») σε συνεδρίαση, 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

Δημήτριος Χανής

Μέλη: Χρυσάνθη Ζαράρη

Αδάμ Καραγλάνης (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Βασιλική Σκαρτσούνη

Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης, ΠΕ Διοικητικού Οικονομικού

Εισηγήτρια: Φιλία Κοντραφούρη, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης, παρέστησαν, η εισηγήτρια, Φιλία Κοντραφούρη, καθώς και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., Μαριλένα Σιδέρη, οι οποίες αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας των Μελών της Επιτροπής και τη λήψη απόφασης.

ΘΕΜΑ: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης, βάσει του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης, με αντικείμενο την προμήθεια υλικών για την εκτέλεση εργασιών συντήρησης έργων υποδομής του Δήμου Ακτίου Βόνιτσας, εκτιμώμενης αξίας 230.572,38 ευρώ πλέον ΦΠΑ, κατόπιν προηγηθέντος ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων που απέβη άγονος ως προς ορισμένα τμήματα.

Με το υπ' Αρ. Πρωτ. 2749/28-02-2023 (αρ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1127/02-03-2023) έγγραφο ο Δήμος Ακτίου Βόνιτσας αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με το άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016 όπως ισχύει, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας υλικών για την εκτέλεση εργασιών συντήρησης έργων υποδομής του Δήμου, εκτιμώμενης αξίας 230.572,38 ευρώ πλέον ΦΠΑ, κατόπιν προηγηθέντος ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων που απέβη άγονος ως προς ορισμένα τμήματα.

I. Ιστορικό – Πραγματικά περιστατικά

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

1.1 Με την υπ' αριθ. 370/2022 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκαν ο τρόπος ανάθεσης, η διενέργεια, οι όροι και οι τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού για την προμήθεια με τίτλο: «Προμήθεια υλικών για την εκτέλεση εργασιών συντήρησης έργων υποδομής του Δήμου Ακτίου Βόνιτσας», συνολικού προϋπολογισμού 266.047,58 ευρώ πλέον ΦΠΑ., σύμφωνα με την από 29/11/2022 Μελέτη της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών.

Ακολούθως, με την υπ' αρ. πρωτ. 19230/21-12-2022 (22PROC011864464 2023-12-21) διακήρυξη η αιτούσα διενήργησε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων για την προμήθεια των ως άνω υλικών. Η διακήρυξη διαιρέθηκε σε 18 τμήματα.

1.2.Στη διακήρυξη προβλέπονται τα εξής :

-άρθρο 1.3., «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης», «*Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV)*»:

- *Τα οικοδομικά υλικά CPV 44111000-1 «Οικοδομικά Υλικά».*
- *Τα αδρανή υλικά CPV 14212200-2 «Αδρανή Υλικά».*

- Το ασφαλτόμιγμα παρασκευασμένο εν θερμώ και η ψυχρή άσφαλτος CPV 44113620-7 «Άσφαλτος».
- Τα μεταλλικά υλικά CPV 44316000-8«Σιδηρικά είδη».
- Έτοιμο σκυρόδεμα CPV 44114100-3 «Έτοιμο σκυρόδεμα».

Προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο των ειδών της μίας ομάδας ή περισσότερων ή όλων των ομάδων.

Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε 8 ΜΗΝΕΣ από την ημέρα υπογραφής της».

-Άρθρο 2.2.6 **Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα**

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου, **ΜΕ ΔΗΜΟΣΙΟΥΣ ΦΟΡΕΙΣ**. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται θα πρέπει να καλύπτονται από κάθε μέλος της ένωσης χωριστά» .

-Άρθρο 2.2.9.2 «... **B.4.** Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τις βεβαιώσεις και τα λοιπά έγγραφα σύμφωνα με τα οριζόμενα στην εν λόγω παράγραφο».

-**Άρθρο 2.4.3.2 Τεχνική προσφορά** - Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος ... της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα.

1.3. Προκήρυξη της παρούσας σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 16/12/2022 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δημοσιεύτηκε στις 21/12/2023 (20223/S 246-712831).

Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 21/12/2022 (22PROC011864464).

Τα έγγραφα της σύμβασης αναρτήθηκαν στη Διαδικτυακή Πύλη (www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ στις 22/12/2022 με Συστημικό Αύξοντα Αριθμό: **179058,1**. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 22/12/2022.

Περίληψη της διακήρυξης, όπως προβλέπεται στην περίπτωση (ιστ) της παραγράφου 3 του άρθρου 76 του ν.4727/2020, αναρτήθηκε στις 04/01/2023 στο διαδίκτυο, στον ιστότοπο <http://et.diavgeia.gov.gr/> (ΑΔΑ ΩΧΥΒΩΕΤ-ΨΡΦ).

Η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο διαδίκτυο στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής, στη διεύθυνση (URL):www.aktiononitsa.gov.gr στις 21/12/2022.

Η περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στις ημερήσιες εφημερίδες Αιχμή και Τα νέα της Αιτ/νίας στις 22/12/2022.

Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, ορίστηκε η 26/01/2023 & ώρα 14:00. Η ηλεκτρονική αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» και του (υπό)φακέλου «Οικονομική Προσφορά» ορίστηκε για την 30/01/2023 και ώρα 12:00 π.μ.

1.4. Στις 30-01-2023 η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, η οποία συγκροτήθηκε βάσει της με αριθ. 370/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ακτίου Βόνιτσας, συνήλθε σε συνεδρίαση και με το από 30/01/2023 πρακτικό της – μεταξύ άλλων – διαπίστωσε, όπως επί λέξει αναφέρει, τα εξής «... έλεγξε τα δικαιολογητικά συμμετοχής και το παραδεκτό των οικονομικών προσφορών.

Στη συνέχεια η Ε.Δ. έλεγξε τη νομιμότητα των εγγυητικών επιστολών και διαπίστωσε την εγκυρότητα τους.

Η Επιτροπή του Διαγωνισμού εισηγήθηκε ομόφωνα...3.Την μη αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής της εταιρείας με την επωνυμία ΠΡΟΔΡΟΜΙΤΗΣ ΑΡΙΣΤΕΙΔΗΣ ΠΡΟΔΡΟΜΙΤΗΣ ΣΠΥΡΙΔΩΝ ΟΕ για την Ομάδα Α1 (Οικοδομικά ΔΕ Ανακτορίου) καθώς δεν πληροί τα απαιτούμενα ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ και την ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ-ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ σύμφωνα με τη σχετική Διακήρυξη. Επομένως για την ΟΜΑΔΑ Α1 ο διαγωνισμός κρίνεται ΑΓΟΝΟΣ .

4.Για τις Ομάδες Α2 , Α3 , Β1 , Β2 , Β3 , Γ1 , Γ2 , Γ3 , ΣΤ1 ,ΣΤ2 και ΣΤ3 με όλα τα στοιχεία τους ο διαγωνισμός κρίνεται ΑΓΟΝΟΣ καθώς δεν έχει υποβληθεί κάποια προσφορά», ήτοι για 12 από τα 18 τμήματα.

Το παραπάνω πρακτικό εγκρίθηκε με την 33/15-02-2023 (ΑΔΑ 9Π98Ω6Ζ-3ΞΜ) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ακτίου Βόνιτσας, με την οποία αποφασίστηκε – μεταξύ άλλων – το εξής : «.....3.Την μη αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής της εταιρείας με την επωνυμία ΠΡΟΔΡΟΜΙΤΗΣ ΑΡΙΣΤΕΙΔΗΣ ΠΡΟΔΡΟΜΙΤΗΣ ΣΠΥΡΙΔΩΝ ΟΕ για την Ομάδα Α1 (Οικοδομικά ΔΕ Ανακτορίου) καθώς δεν πληροί τα απαιτούμενα ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ και την ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ-ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ σύμφωνα με τη σχετική Διακήρυξη. Επομένως για την ΟΜΑΔΑ Α1 ο διαγωνισμός κρίνεται ΑΓΟΝΟΣ .

4.Για τις Ομάδες Α2 , Α3 , Β1 , Β2 , Β3 , Γ1 , Γ2 , Γ3 , ΣΤ1 ,ΣΤ2 και ΣΤ3 με όλα τα στοιχεία τους ο διαγωνισμός κρίνεται ΑΓΟΝΟΣ καθώς δεν έχει υποβληθεί κάποια προσφορά», ήτοι για 12 από τα 18 τμήματα.

2. Η αναθέτουσα αρχή προσκόμισε τη με αρ. πρωτ. 4645/27-03-2023 βεβαίωση του Δημάρχου Ακτίου Βόνιτσας, με την οποία βεβαιώνεται ότι «... δεν εκκρεμεί και δεν έχει ασκηθεί κατά της διακήρυξης με αρ. πρωτ. 19230/21-12-2022 και της 33/2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής με την οποία εγκρίθηκε το 1 Πρακτικό προδικαστική προσφυγή».

Το ανωτέρω επιβεβαιώθηκε και από έρευνα της Αρχής στην ηλεκτρονική πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού με συστημικό αριθμό 179058,1, όπου διαπιστώθηκε ότι δεν υποβλήθηκαν προδικαστικές προσφυγές όσον αφορά τα τμήματα που απέβησαν άγωνα.

II. Νομικό Πλαίσιο

3.A. Οι διατάξεις του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β', παρ. 3 και 4 του ν. 4412/2016 (Α' 147), οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπουν ότι: "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, β) όσες παρελήφθησαν εκπρόθεσμα, γ) όταν υπάρχουν αποδεικτικά στοιχεία αθέμιτης πρακτικής, όπως συμπαιγνίας ή διαφθοράς, δ) όσες κρίνονται από την αναθέτουσα αρχή ασυνήθιστα χαμηλές. 4. Απαράδεκτες προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα: α) όσες υποβάλλονται από προσφέροντες οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα και β) όσων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως καθορίσθηκε και τεκμηριώθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης".

3.B. Οι διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ίδιου νόμου, οι οποίες ενσωματώνουν την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπουν 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

4. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Ακτίου Βόνιτσας αφορά στη σύναψη σύμβασης προμήθειας με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, βάσει των διατάξεων της παρ. 2 περ. α' του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Η ανωτέρω σύμβαση εντάσσεται στην κατηγορία δημοσίων συμβάσεων προμηθειών για τις οποίες ως κατώτατο ενωσιακό όριο, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, έχει οριστεί το ποσό των ευρώ 240.000 € πλέον ΦΠΑ. Η αιτούμενη σύμβαση ανέρχεται στο ποσό των **230.572,38 ευρώ πλέον ΦΠΑ** και ως εκ τούτου συντρέχει η

αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή σύμφωνης γνώμης, κατ' άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, όπως ισχύει.

5. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση, έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 24 και 25 του 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, 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. 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).

6. Η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ρητά, ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της, τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016. Σύμφωνα με το ιστορικό, εκτός από τα 11 τμήματα για τα οποία δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά εξαρχής και τα οποία υπάγονται στις διατάξεις της παρ.2 εδ. α' του άρ. 32, υπάρχει επίσης 1 τμήμα (Α1) για το οποίο υποβλήθηκε μεν προσφορά αλλά απορρίφθηκε από τη γνωμοδοτική Επιτροπή και ακολούθως την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, επειδή, όπως επί λέξει αναφέρεται, «δεν πληροί τα απαιτούμενα ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ και την ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ-ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ σύμφωνα με τη σχετική Διακήρυξη. Επομένως για την ΟΜΑΔΑ Α1 ο διαγωνισμός κρίνεται ΑΓΟΝΟΣ».

Επισημαίνεται, ότι η διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2. περ. α' του ν. 4412/2016, προϋποθέτει τη μη υποβολή προσφοράς ή την υποβολή «ακατάλληλης» προσφοράς. Κατά τη ρητή διατύπωση του ως άνω άρθρου: «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.»

7. **Εν προκειμένω**, ως προς τα 11 τμήματα και συγκεκριμένα για τα **τμήματα Α2 , Α3 , Β1 , Β2 , Β3 , Γ1 , Γ2 , Γ3 , ΣΤ1, ΣΤ2 και ΣΤ3** για τα οποία δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά τυγχάνει εφαρμογής το άρ. 32 παρ.2 περ. α' του ν. 4412/2016.

8. Ειδικότερα, με τις διατάξεις 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, υπό τη συνδρομή των κάτωθι προϋποθέσεων:

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) Σε περίπτωση δε σχετικού αιτήματος από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να διαβιβάσει προς αυτή σχετική έκθεση.

9. Από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου της υπό κρίση υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

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

Ως κριτήριο τεχνικής – επαγγελματικής ικανότητας ορίζεται ότι «οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου, με δημόσιους φορείς».

Ωστόσο, όπως έχει γίνει δεκτό, όρος της διακήρυξης, ο οποίος, χωρίς επίκληση σοβαρού λόγου δημοσίου συμφέροντος, συναρτά την παραδεκτή συμμετοχή στη διαδικασία με την απαίτηση συνδρομής του κριτηρίου της ζητούμενης εμπειρίας μόνο σε φορείς του δημοσίου τομέα, περιορίζει υπέρμετρα τον ελεύθερο ανταγωνισμό και αντίκειται στις προστατευόμενες από το Δίκαιο της Ένωσης αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας (βλ. αποφ. Ελ. Συν. VII Τμ 711/2022 σκ.20, 3372/2011, 3065/2014, 6022/2015 Τμ. Μείζ. Επταμ. Σύνοθ., 850/2018, 979/2019 VI Τμ. ΕλΣυν).

Επομένως, ο προαναφερόμενος όρος, που τέθηκε επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία εν δυνάμει συνδέεται με το άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού. Η μη νομίμως δε διεξαχθείσα προηγούμενη διαδικασία καθιστά παρακολουθηματικά μη νόμιμη και την αιτούμενη διαδικασία της διαπραγμάτευσης. Ως εκ τούτου, ελλείπει της προϋπόθεσης την προηγηθείσας νόμιμης διαδικασίας, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών σωρευτικά απαιτούμενων προϋποθέσεων εφαρμογής του άρ. 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016. Περαιτέρω, αναφορικά με το τμήμα Α1, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι εμπίπτει στη διάταξη του άρ. 26 παρ. 2 περ. β' του ίδιου νόμου, η διαγνωσθείσα ως άνω ουσιώδης πλημμέλεια που πλήττει τη νομιμότητα του διεξαχθέντος διαγωνισμού, συνιστά αρνητική προϋπόθεση για την εφαρμογή του.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Ενόψει των προεκτεθέντων, η Επιτροπή **ομόφωνα αποφασίζει:**

Τη μη **παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής** για την προσφυγή του Δήμου Ακτίου Βόνιτσας στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης, βάσει του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης, με αντικείμενο την προμήθεια υλικών για την εκτέλεση εργασιών συντήρησης έργων υποδομής του **Δήμου**, εκτιμώμενης αξίας 230.572,38 ευρώ πλέον ΦΠΑ, κατόπιν προηγηθέντος ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων που απέβη άγονος ως προς ορισμένα τμήματα, **λόγω μη συνδρομής των οικείων προϋποθέσεων.**

Αθήνα, 29.03.2023

Η Πρόεδρος

Ανδρονίκη Θεοτοκίου