



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΓΝΩΜΗ

Δ 65/ 2018

(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011)

ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την **26η Ιουνίου 2018, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00 πμ**, και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 (5ος όροφος), όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (εφεξής Αρχή) 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 τη συνεδρίαση τα ακόλουθα:

1. Γεώργιος Καταπόδης	Πρόεδρος
2. Χριστίνα Μπουσουλέγκα	Αντιπρόεδρος
3. Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης	Μέλος
4. Δημήτριος Λουρίκας	Μέλος
5. Δημήτριος Σταθακόπουλος	Μέλος
6. Μαρία Στυλιανίδου	Μέλος
7. Ερωφίλη Χριστοβασίλη	Μέλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Τα λοιπά τακτικά και αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν.

Γραμματέας: Μαρία Αντωνοπούλου

Εισηγητής: Χρήστος Κανελλόπουλος, Ε.Ε.Π. – Οικονομολόγος

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστη, ο εισηγητής κ. Χρήστος Κανελλόπουλος ο οποίος αποχώρησε πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

Ερώτημα: Το αριθμ. 5509/4-6-2018 έγγραφο της Περιφέρειας Βορείου Αιγαίου (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 3024/5-6-2018), όπως αυτό συμπληρώθηκε με το αριθμ. 5655/7-6-2018 (αριθμ. Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 3090/8-6-2018)

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με **το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν.**

4013/2011 για την «Παροχή Υπηρεσιών για τον από εδάφους δολωματικό ψεκασμό ελαιοδέντρων, στα πλαίσια του προγράμματος συλλογικής καταπολέμησης του Δάκου της ελιάς έτους 2018 στην Π.Ε. Λέσβου» προϋπολογισμού € 1.050.019,36 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια άγονου, ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

1. Από τη μελέτη των στοιχείων και εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα:

1.1 Με την αριθμ. 3147/2-4-2018 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: 18PROC002912878 2018-04-04) της, η Περιφέρεια Βορείου Αιγαίου διενήργησε ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν.4412/2016, διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την «Παροχή Υπηρεσιών για τον από εδάφους δολωματικό ψεκασμό ελαιοδέντρων, στα πλαίσια του προγράμματος συλλογικής καταπολέμησης του Δάκου της ελιάς έτους 2018 στην Π.Ε. Λέσβου», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 1.050.019,36 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 1.186.521,88 με Φ.Π.Α. Η Διακήρυξη είχε μόνο ένα (1) Τμήμα το οποίο αποτελούταν από εξήντα πέντε (65) Δημοτικές Κοινότητες. Ανάδοχος θα ανακηρυσσόταν ο οικονομικός φορέας που θα προσέφερε τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η Σύμβαση είχε διάρκεια έως 15-11-2018. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 30η Απριλίου 2018 και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr, ορίστηκε η 7η Μαΐου 2018. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 14η Μαΐου 2018 και ώρα 10:00 πμ. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 56434 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 4η Απριλίου 2018.

1.2 Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 2η Απριλίου 2018 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 4η Απριλίου 2018 (S 065 – 065-145829).

1.3 Περίληψη της Διακήρυξης δημοσιεύτηκε την 6η Απριλίου 2018 στις εφημερίδες «ΔΗΜΟΚΡΑΤΗΣ» και «ΕΜΠΡΟΣ».

1.4 Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.pvaigaiou.gov.gr.

1.5 Με το αριθμ. 8/14-5-2018 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προσφορών, πρότεινε την διόρθωση και επανυποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εντύπου Προμήθειας της εταιρείας «ΔΟΜΗΣΗ ΑΙΓΑΙΟΥ Α.Ε.» με τις εξής επισημάνσεις: **α)** στο ποσό € 1.735.894,42, η ημερομηνία έναρξης 01-01-2016 και η ημερομηνία λήξης πρέπει να διορθωθούν (Μέρος IV: Κριτήρια Επιλογής, Β: Οικονομική και Χρηματοδοτική Επάρκεια) και **β)** να συμπληρωθεί η περίπτωση “Παρακαλείτε να τα περιγράψετε” (Μέρος IV: Κριτήρια Επιλογής Γ: Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα).

1.6 Με το αριθμ. 9/16-5-2018 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προσφορών, πρότεινε την αποδοχή της εταιρείας «ΔΟΜΗΣΗ ΑΙΓΑΙΟΥ Α.Ε.» διότι η προσφορά της πληρεί τους όρους της Διακήρυξης.

1.7 Με την αριθμ. 566/22-5-2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας Βορείου Αιγαίου ενέκρινε τα αριθμ. 8/2018 και 9/2018 Πρακτικά. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 14-6-2018.

1.8 Με το αριθμ. 12/30-5-2018 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Οικονομικών Προσφορών, πρότεινε την απόρριψη της εταιρείας «ΔΟΜΗΣΗ ΑΙΓΑΙΟΥ Α.Ε.» διότι η προσφορά της: **α)** δεν έχει συνταχθεί όπως ορίζεται από το Υπόδειγμα Εντύπου Οικονομικής Προσφοράς (Παράρτημα Γ΄ της Διακήρυξης) και **β)** η προσφερόμενη τιμή υπερέβαινε τον προϋπολογισμό αφού η εν λόγω εταιρεία προσέφερε τιμή € 1.099.085,68 ενώ ο προϋπολογισμός ανερχόταν στο ποσό των € 1.050.019,36.

1.9 Με την αριθμ. 587/1-6-2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας Βορείου Αιγαίου ενέκρινε το αριθμ. 12/2018 Πρακτικό αποφασίζοντας την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 32, παράγραφος 2, εδάφιο α΄ του Ν. 4412/2016. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 14-6-2018.

1.10 Με το αριθμ. 6229/18-6-2018 έγγραφό της, η Περιφέρεια Βορείου Αιγαίου βεβαιώνει ότι δεν εκκρεμούν Ενστάσεις, Προδικαστικές Προσφυγές ή Ένδικα Μέσα κατά του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της Διακήρυξης.

1.11 Κατόπιν των ανωτέρω, η Περιφέρεια Βορείου Αιγαίου, με το προαναφερόμενο έγγραφό της, στο οποίο επισυνάπτεται σχέδιο Απόφασης, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια **διαδικασίας με διαπραγμάτευση για την «Παροχή Υπηρεσιών για τον από εδάφους δολωματικό ψεκασμό ελαιοδέντρων, στα πλαίσια του προγράμματος συλλογικής καταπολέμησης του Δάκου της ελιάς έτους 2018 στην Π.Ε. Λέσβου» προϋπολογισμού € 1.050.019,36 χωρίς Φ.Π.Α.**

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

2. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ΄, υποπερίπτωση δδ΄ του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, ορίζει ότι: «2.α. Οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών που αφορούν 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 (Α΄ 147), 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/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. [...]».

3. Το άρθρο 5 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός Φ.Π.Α., ορίζονται τα ακόλουθα: ...β) 135.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. [...]. β) 209.000 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. [...]. Τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στις άνω περιπτώσεις α΄, β΄, και γ΄ ισχύουν, εφόσον δεν έχουν αναθεωρηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ».

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθμ. 2365/2017 της Επιτροπής τα κατώτατα όρια αναθεωρήθηκαν από € 135.000,00 σε € 144.000,00 και από € 209.000,00 σε € 221.000,00 και ισχύουν, από 1/1/2018 έως 31/12/2019.

4. Το άρθρο 6 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς Φ.Π.Α., όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαιρέσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. [...]. 2. Όταν η αναθέτουσα αρχή αποτελείται από χωριστές επιχειρησιακές μονάδες λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία για όλες τις χωριστές επιχειρησιακές μονάδες. Κατά παρέκκλιση του πρώτου εδαφίου, όταν μια χωριστή επιχειρησιακή μονάδα είναι ανεξαρτήτως υπεύθυνη για τις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων της ίδιας ή ορισμένων κατηγοριών αυτών, η αξία των συμβάσεων μπορεί να υπολογίζεται στο επίπεδο της συγκεκριμένης μονάδας. 3. Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...].».

5. Το άρθρο 26, παράγραφος 2, περίπτωση β' του Ν. 4412/2016 ορίζει 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 καθορίστηκε και τεκμηριώθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης. (...).» Ακολούθως, στο άρθρο 29 του ίδιου νόμου με το οποίο ενσωματώνονται οι διατάξεις του άρθρου 29 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιγράφεται η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση».

6. Το άρθρο 27 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Στις ανοικτές διαδικασίες, κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλλει προσφορά στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού. Η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε 35 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης της προκήρυξης σύμβασης, υπό την επιφύλαξη της παρ. 2 του άρθρου 60 και του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 67. Η προσφορά συνοδεύεται από τις πληροφορίες για την ποιοτική επιλογή που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή. [...]. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συντμήσει κατά πέντε ημέρες την προθεσμία παραλαβής των προσφορών που ορίζεται στο δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 όταν αποδέχεται την υποβολή προσφορών με

ηλεκτρονικά μέσα, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 και την παράγραφο 5 του άρθρου 22 και το [άρθρο 37](#).[...]

7. Το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί.[...]

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

8. Το υπό εξέταση αίτημα της Περιφέρειας Βορείου Αιγαίου, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης βάσει της παραγράφου 2, περίπτωση β' του άρθρου 26 του Ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες του άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

9. Δεδομένου ότι, πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη σύμβασης υπηρεσιών προϋπολογισμού € 1.050.019,36 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια ανοικτού άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή γνώμης σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει.

10. Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 26, παράγραφος 2, περίπτωση β', προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση, είναι: **α)** η νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή διαδικασία και **β)** η μη υποβολή προσφοράς.

11. 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 (πρβλ. άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, αντίστοιχα, και 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 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 συστατικής ερμηνείας, το δε βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει αυτός που τις επικαλείται (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).

12. Στην προκειμένη περίπτωση η Περιφέρεια Βορείου Αιγαίου επικαλείται ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της, τις διατάξεις του άρθρου 32, παράγραφος 2, εδάφιο α'. Ωστόσο, η Αρχή έχουσα δικαίωμα υπαγωγής στην ορθή νομική βάση κρίνει ότι στην προκειμένη περίπτωση τυγχάνει εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 26, παράγραφος 2, περίπτωση β' του Ν. 4412/2016, που προϋποθέτει την υποβολή अपαράδεκτων προσφορών, κατόπιν διενέργειας ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμού, καθόσον στη προκειμένη περίπτωση υπήρξε μια προσφορά η οποία απορρίφθηκε επειδή υπερέβαινε τον προϋπολογισμό.

13. Ειδικότερα δε, σχετικά με την υπό σημείο α) προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής διαδικασίας, παγίως έχει κριθεί ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2, περίπτωση β' του άρθρου 26, συνέχεται άμεσα με τον προηγθέντα 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. 1249/2011, 466/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

14. Ως προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται ότι Περιφέρεια Βορείου Αιγαίου, διενήργησε ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την «Παροχή Υπηρεσιών για τον από εδάφους δολωματικό ψεκασμό ελαιοδέντρων, στα πλαίσια του προγράμματος συλλογικής καταπολέμησης του Δάκου της ελιάς έτους 2018 στην Π.Ε. Λέσβου» προϋπολογισμού € 1.050.019,36 χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη, για την οποία τηρήθηκαν οι

απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας, δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν Οικονομικό Φορέα από την συμμετοχή του στον διαγωνισμό.

15. Ως προς την προϋπόθεση της υποβολής απαράδεκτων προσφορών, από το παραταθέν ιστορικό προκύπτει ότι με την αριθμ. 587/1-6-2018 Απόφασή της η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας Βορείου Αιγαίου αποφάσισε την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, εγκρίνοντας το με αριθμ. 12/2018 Πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης των Οικονομικών Προσφορών, με το οποίο διαπιστώθηκε ότι η Οικονομική Προσφορά της εταιρείας «ΔΟΜΗΣΗ ΑΙΓΑΙΟΥ Α.Ε.» υπερέβαινε τον προϋπολογισμό αφού η εν λόγω εταιρεία προσέφερε τιμή € 1.099.085,68 ενώ ο προϋπολογισμός ανερχόταν στο ποσό των € 1.050.019,36.

16. Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού, η Διακήρυξη αποτελούταν από ένα (1) Τμήμα όπως προκύπτει έμμεσα από το άρθρο 2.2.1 της Διακήρυξης όπου αναφέρεται ότι: «Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες) εγγυητική επιστολή συμμετοχής ως εξής: *ανέρχεται στο ποσό των € 21.000,39*» και από το Παράρτημα Α – Τεχνικές Προδιαγραφές όπου ορίζεται ότι: «Ο ανάδοχος υποχρεούται να προστατεύει όλα τα δέντρα που αναφέρονται στην προκήρυξη, ψεκάζοντας όσες φορές χρειαστεί με την ίδια τιμή».

Στο έντυπο της «Προκήρυξης Σύμβασης» που δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αναφερόταν ότι η σύμβαση δεν υποδιαιρείται σε παρτίδες.

Περαιτέρω, στο ΕΣΗΔΗΣ είναι αναρτημένος (4-4-2018) ο εν λόγω διαγωνισμός, με αριθμό συστήματος 56434 όπου περιελάμβανε εξήντα πέντε (65) «Γραμμές», δηλαδή εξήντα πέντε (65) Τμήματα (ανά Δημοτική Ενότητα).

Εν συνεχεία, τροποποιήθηκε στις 5-4-2018, αριθμός συστήματος 56434,1 & 56434,2 στις 16-4-2018 και περιελάμβανε μία (1) «Γραμμή», δηλαδή ένα (1) Τμήμα, όπως όριζε τόσο η Διακήρυξη όσο και η «Προκήρυξη Σύμβασης».

17. Επιπρόσθετα, σύμφωνα με το αριθμ. 6229/18-6-2018 έγγραφό της, η Περιφέρεια Βορείου Αιγαίου αναφέρει ότι δεν πραγματοποιήθηκε διαίρεση του διαγωνισμού σε περιοχές (δηλ. Τμήματα), όπως γίνεται σε κάποιες περιφερειακές ενότητες, με το σκεπτικό ότι πολλά τμήματα του ελαιώνα της Π.Ε. Λέσβου είναι ιδιαίτερα απομακρυσμένα, δύσβατα και ορεινά, με συνέπεια η διαίρεση σε περισσότερα Τμήματα θα ελλόχευε τον κίνδυνο να μείνουν εντελώς αψέκαστες πολλές περιοχές, λόγω μη κατάθεσης προσφορών από υποψήφιους αναδόχους οι οποίοι σαφώς θα επέλεγαν μόνο τις πεδινές περιοχές, όπως αυτό συνέβη σε πολλές περιοχές της χώρας.

18. Κατά την άποψη όμως της Αντιπροέδρου και του μέλους της Αρχής Δημητρίου Λουρίκα, η μη διαίρεση της σύμβασης σε τμήματα αντιβαίνει στη γενική αρχή της ανάπτυξης του ελεύθερου ανταγωνισμού, η δε αιτιολόγηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ότι δεν πραγματοποιήθηκε διαίρεση του διαγωνισμού σε τμήματα με το σκεπτικό ότι πολλά τμήματα του ελαιώνα της Π.Ε. Λέσβου είναι ιδιαίτερα απομακρυσμένα, δύσβατα και ορεινά, με συνέπεια η διαίρεση σε περισσότερα τμήματα να ελλοχεύει τον κίνδυνο να μείνουν εντελώς αψέκαστες πολλές περιοχές, δεν ευσταθεί, δεδομένου ότι, ορθότερο θα ήταν, η αναθέτουσα αρχή να αναδιανείμει χωροταξικά την περιοχή προκειμένου να ομαδοποιήσει απομακρυσμένες και μη περιοχές, ώστε να δημιουργήσει ελκυστικότερες συνθήκες στους υποψήφιους αναδόχους.

19. Τέλος επισημαίνεται ότι, ορθότερο είναι η έναρξη υποβολής των προσφορών να ταυτίζεται με την δημοσιοποίηση της Διακήρυξης του διαγωνισμού και, επομένως, να υπάρχει η δυνατότητα υποβολής προσφορών καθ' όλο το διάστημα που διανύεται μεταξύ της ημερομηνίας δημοσιοποίησης της Διακήρυξης και της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών.

IV. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

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. αποφασίζει **κατά πλειοψηφία:**

Την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος της Περιφέρειας Βορείου Αιγαίου, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση για την «Παροχή Υπηρεσιών για τον από εδάφους δολωματικό ψεκασμό ελαιοδέντρων, στα πλαίσια του προγράμματος συλλογικής καταπολέμησης του Δάκου της ελιάς έτους 2018 στην Π.Ε. Λέσβου» προϋπολογισμού € 1.050.019,36 χωρίς Φ.Π.Α. σύμφωνα με τις διατάξεις του ν.4412/2016, άρθρο 26, παρ. 2, περ. β, και με τον όρο της μη ουσιώδους τροποποίησης των όρων του προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα 26 Ιουνίου 2018

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης