



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ
Δ 36/ 2021
(του αρ. 2, παρ. 2, περ. γ', υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011)

Στην Αθήνα σήμερα την **26/05/2021**, ημέρα Τετάρτη, και ώρα 09:30π.μ., στα επί της οδού Κεφαλληνίας 45 & Κομνά Τράκα γραφεία της, συνήλθε σε συνεδρίαση, η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ, 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 την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- Προεδρεύων** : Αντιπρόεδρος, Αδάμ Καραγλάνης
Μέλη : Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)
: Ερωφίλη Χριστοβασίλη (μέσω τηλεδιάσκεψης)
: Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Γραμματέας: Αικατερίνη Αλτιπαρμάκη, Δ.Ε. Διοικητικών Γραμματέων.

Εισηγητές: Δρ. Δημήτριος Θεοδωράς, Ε.Ε.Π. – Οικονομολόγος, Μαρία Παναγοηλιοπούλου, ΕΕΠ – Νομικός, Προϊσταμένη Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης (η δεύτερη μόνο κατά το μέρος που αφορά στην υπαγωγή των υποβληθεισών προσφορών στην έννοια της μη κανονικής προσφοράς).

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν, (όλοι δια τηλεδιασκέψεως), οι εισηγητές, ήτοι ο Δρ. Δημήτριος Θεοδωράς και η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης, Μαρία Παναγοηλιοπούλου, καθώς επίσης και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., Μαριλένα Σιδέρη, οι οποίοι και αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη της Αρχής.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011 για την ανάθεση προμήθειας «Ασθενοφόρων», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 2.860.000 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του ΕΚΑΒ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

1. Με τα αριθμ. 16545/13-4-2021 και 20786/13-5-2021 έγγραφα του ΕΚΑΒ (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2273/14-4-2021 και 2744/13-5-2021), ζητείται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011 για την ανάθεση προμήθειας «Ασθενοφόρων», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 2.860.000 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του ΕΚΑΒ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

Ι. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

2. Από τη μελέτη των στοιχείων και εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα:
- 2.1 Με την αριθμ. 2Α/2018/15-6-2018 Διακήρυξή του (ΑΔΑΜ: 18PROC003270384 2018-06-15), το ΕΚΑΒ διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας «Ασθενοφόρων», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 4.169.000 χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. Η Σύμβαση είχε διάρκεια 180 ημέρες από υπογραφή της. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 20η Ιουνίου 2018 και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr, ορίστηκε η 26η Ιουλίου 2018 και ώρα 08:00. Ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών του διαγωνισμού ορίστηκε η 31η Ιουλίου 2018 και ώρα 09:00. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμούς Συστήματος 60904,1 για το τμήμα 1, 60919,1 για το τμήμα 2, 60921,1 για το τμήμα 3 και 60922,1 για το τμήμα 4 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 20η Ιουνίου 2018. Ο διαγωνισμός περιλαμβάνει τέσσερα (4) τμήματα και κάθε διαγωνιζόμενος μπορούσε να συμμετέχει υποβάλλοντας προσφορά είτε ανά τμήμα είτε για το σύνολο της προμήθειας. Στον παρακάτω πίνακα συνοψίζεται το αντικείμενο του διαγωνισμού.

ΤΥΠΟΣ ΑΣΘΕΝΟΦΟΡΟΥ ΟΧΗΜΑΤΟΣ	ΤΕΜΑΧΙΑ	ΜΕΡΙΚΟΣ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΑΝΑ ΤΕΜΑΧΙΟ ΑΝΕΥ ΦΠΑ	ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΟΣ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΑΝΕΥ ΦΠΑ	ΦΠΑ	ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΟΣ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΜΕ ΦΠΑ	ΣΥΣΤΗΜΙΚΟΣ ΑΡΙΘΜΟΣ ΕΣΗΔΗΣ
ΑΣΘΕΝΟΦΟΡΟ ΟΧΗΜΑ ΤΥΠΟΥ "B" 4Χ2	52	55.000€	2.860.000 €	686.400 €	3.546.400€	60904,1
ΑΣΘΕΝΟΦΟΡΟ	2	65.000 €	130.000 €	31.200 €	161.200 €	60919,1

ΟΧΗΜΑ ΤΥΠΟΥ "B" 4X4						
ΚΙΝΗΤΗ ΜΟΝΑΔΑ ΤΥΠΟΥ "C" 4X2	9	80.000€	720.000 €	172.800€	892.800€	60921,1
ΑΣΘΕΝΟΦΟΡΟ ΟΧΗΜΑ ΜΙΚΡΟΥ ΟΓΚΟΥ ΤΥΠΟΥ "B" 4X2	9	51.000€	459.000€	110.160€	569.160€	60922,1
ΣΥΝΟΛΑ	72		4.169.000 €	1.000.560 €	5.169.560 €	

- 2.2** Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 15^η Ιουνίου 2018 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 16^η Ιουνίου 2018 (S 114–259009).
- 2.3** Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ:ΨΤΠΕΟΡ1Π-4ΑΖ) δημοσιεύτηκε την 18/6/2018 «ΕΦΗΜΕΡΙΔΑ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΚΤΩΝ», την 20/6/2018 στην εφημερίδα «ΑΜΑΡΥΣΙΑ», την 21/6/2018 στην εφημερίδα «Ο ΛΟΓΟΣ» και την 22/6/2018 στις εφημερίδες «ΚΟΙΝΗ ΓΝΩΜΗ» και «ΚΟΙΝΩΝΙΚΗ».
- 2.4** Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε την 15^η Ιουνίου 2018 στον διαδικτυακό τόπο www.ekab.gr και στο ΚΗΜΔΗΣ την 15^η Ιουνίου 2018.
- 2.5** Στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, για το -υπό εξέταση στο πλαίσιο του παρόντος αιτήματος- Τμήμα 1, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 2.860.000 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α., υπέβαλαν προσφορές οι εταιρείες ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ ΑΕ και AIGLON ΑΒΕΕΑ. Κατά τον έλεγχο και αξιολόγηση των φακέλων τεχνικών προσφορών των ως άνω διαγωνιζόμενων εταιρειών, των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής κρίθηκαν πλήρη, η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών της αναθέτουσας αρχής, αφού έλαβε υπόψη και τις διευκρινίσεις/συμπληρωματικές πληροφορίες που υπεβλήθησαν, κατόπιν αιτήματός της, από τους διαγωνιζόμενους, ως προς επιμέρους στοιχεία των τεχνικών τους προσφορών, αξιολόγησε τις τεχνικές προσφορές τους και δέχθηκε ότι ευρίσκονταν σε συμφωνία με τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης. Εν συνεχεία, προχώρησε στη βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών, σύμφωνα με την οποία κατετάγη πρώτη η εταιρεία AIGLON ΑΒΕΕΑ με βαθμολογία 109,85 και δεύτερη η εταιρεία ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ ΑΕ με βαθμολογία 108,22. Συνοψίζοντας και με βάση τα ανωτέρω, με το αριθμ. 1/12-4-2019 Πρακτικό της (Δικαιολογητικά συμμετοχής - Τεχνική προσφορά), η Επιτροπή του Διαγωνισμού: α) διαπίστωσε ότι κατατέθηκαν προσφορές από δύο (2) οικονομικούς φορείς για το τμήμα 1 με αρ. συστήματος 60904,1 β) έκανε αποδεκτές τις ανωτέρω προσφορές καθότι ήταν σύμφωνες με τους όρους της

Διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές, τις βαθμολόγησε και πρότεινε τη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού στο επόμενο στάδιο.

- 2.6** Κατόπιν αυτού, το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής, με την υπ. αριθ. ΣΥΝ 13/22-04-19 απόφασή του (ΘΕΜΑ 84 : «Ανοικτός διαγωνισμός για την προμήθεια 52 ασθενοφόρων ΤΥΠΟΥ Β΄ 4Χ2 DIESEL για την κάλυψη αναγκών του ΕΚΑΒ στις Περιφέρειες Αττικής και Νοτίου Αιγαίου» - ΑΔΑ: 7ΝΕΓΟΡ1Π-ΨΤΣ) αποφάσισε την έγκριση του πρακτικού της επιτροπής Αξιολόγησης του ανοικτού διαγωνισμού για την προμήθεια 52 ασθενοφόρων Τύπου Β΄ 4Χ2 DIESEL (δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς), προκειμένου η επιτροπή να προχωρήσει στην επόμενη φάση του διαγωνισμού δηλ. στην αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, σύμφωνα με την εισήγηση της επιτροπής.
- 2.7** Κατά της απόφασης αυτής, αφενός μεν η ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ ΑΕ υπέβαλε την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 591/20-05-2019 Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, αφετέρου δε η ΑΙΓΛΟΝ ΑΒΕΕΑ υπέβαλε την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 593/20-05-2019 Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, προβάλλοντας και οι δύο εταιρείες λόγους απόρριψης που αφορούσαν στην αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της έτερης εταιρείας, με αίτημα εκάστης τον αποκλεισμό της προσφοράς της συνυποψήφιάς της εταιρείας ως τεχνικώς αποκλίνουσας από ουσιώδεις όρους της διακήρυξης.
- 2.8** Η ΑΙΓΛΟΝ ΑΒΕΕΑ με το ψηφιακά υπογεγραμμένο ηλεκτρονικό μήνυμα από 24-05-2019 που κοινοποίησε στην αναθέτουσα αρχή, κατέθεσε ενώπιον της ΑΕΠΠ Παρέμβαση κατά της με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 591/20-05-2019 Προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ ΑΕ.
- 2.9** Η ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ ΑΕ με το ψηφιακά υπογεγραμμένο ηλεκτρονικό μήνυμα από 30-05-2019 που κοινοποίησε στην αναθέτουσα αρχή, κατέθεσε ενώπιον της ΑΕΠΠ Παρέμβαση κατά της με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 593/20-05-2019 Προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας ΑΙΓΛΟΝ ΑΒΕΕΑ.
- 2.10** Οι ανωτέρω δύο προδικαστικές προσφυγές συνεξετάστηκαν από το 7^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, το οποίο με την υπ' αριθμ. 760/2019 απόφασή του, κρίνοντας βάσιμους ορισμένους από τους προβληθέντες λόγους:
- α) δέχτηκε την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 593/20-05-2019 προδικαστική προσφυγή της ΑΙΓΛΟΝ, β) απέρριψε την παρέμβαση ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ ΑΕ κατά αυτής, γ) δέχτηκε την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 591/20-05-2019 προδικαστική προσφυγή της ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ ΑΕ και δ) απέρριψε την παρέμβαση της ΑΙΓΛΟΝ κατά αυτής. Περαιτέρω, ακύρωσε την υπ' αριθμ. ΣΥΝ 13/22.04.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ΕΚΑΒ, δυνάμει της οποίας εγκρίθηκε κατά πλειοψηφία το σχετικό Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε δεκτές τις τεχνικές προσφορές των εταιρειών με την επωνυμία «ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ Α.Ε.» και «ΑΙΓΛΟΝ Α.Β.Ε.Ε.» και τις αποδέχτηκε στην επόμενη φάση του διαγωνισμού, ήτοι

στην αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών.

- 2.11** Η εταιρεία AIGLON ABEEA κατέθεσε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την υπ' αριθ. ANM309/29-07-2019 Αίτηση Αναστολής Εκτέλεσης κατά της ανωτέρω απόφασης της ΑΕΠΠ.
- 2.12** Η εταιρεία ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ κατέθεσε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την υπ' αριθ. ANM311/29-07-2019 Αίτηση Αναστολής Εκτέλεσης κατά της ανωτέρω απόφασης της ΑΕΠΠ.
- 2.13** Το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με την υπ' αριθ. 298/2019 απόφασή του απέρριψε την Αίτηση Αναστολής Εκτέλεσης με αρ. ANM309/29-07-2019 της εταιρείας AIGLON ABEEA και δέχτηκε την παρέμβαση της εταιρείας ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ.
- 2.14** Το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με την υπ' αριθ. 299/2019 απόφασή του απέρριψε την Αίτηση Αναστολής Εκτέλεσης με αρ. ANM311/29-07-2019 της εταιρείας ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ και δέχτηκε την παρέμβαση της εταιρείας AIGLON ABEEA.
- 2.15** Η εταιρεία ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ κατέθεσε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την υπ' αριθ. AK2297/30-12-2019 Αίτηση Ακύρωσης της ανωτέρω υπ' αριθμ. 760/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, κατά το μέρος με το οποίο έγινε αποδεκτή η από 17.5.2019 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας AIGLON ABEE και απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ.
- 2.16** Η εταιρεία AIGLON ABEEA κατέθεσε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την υπ' αριθ. AK2215/18-12-2019 Αίτηση Ακύρωσης της ανωτέρω υπ' αριθμ. 760/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, κατά το μέρος με το οποίο έγινε αποδεκτή η από 17.5.2019 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ και απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας AIGLON ABEE.
- 2.17** Η ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ ΑΕ με το υπ αριθ. 14893/10-03-2020 που κοινοποίησε στην αναθέτουσα αρχή, κατέθεσε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών Παρέμβαση υπέρ της 760/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ και κατά της εταιρείας AIGLON ABEEA.
- 2.18** Η AIGLON ABEEA με το υπ αριθ. 13547/05-03-2020 που κοινοποίησε στην αναθέτουσα αρχή, κατέθεσε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών Παρέμβαση υπέρ της 760/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ και κατά της εταιρείας ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ ΑΕ.
- 2.19** Το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με την υπ αριθ. 2120/2020 απόφασή του απέρριψε την Αίτηση Ακυρώσεως της εταιρείας AIGLON ABEEA με αρ. AK2215/18-12-2019 και δέχτηκε την παρέμβαση της εταιρείας ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ.

Ειδικότερα, σε ό,τι αφορά την τεχνική προσφορά της εταιρείας AIGLON ABEEA, όπως αναφέρεται επί λέξει στην υπ' αριθμ. 2120/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών: «[...] με την προσβαλλόμενη απόφαση έγινε δεκτός ο πρώτος λόγος της προσφυγής της παρεμβαίνουσας (ΝΙΚ.Ι ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ Α.Ε.), μεταξύ άλλων, ως προς τον προβληθέντα ισχυρισμό περί απαραδέκτου της τεχνικής προσφοράς της αιτούσας (AIGLON ABEEA) λόγω παραβίασης

του ουσιώδους όρου 2.4.3.2 της διακήρυξης και συγκεκριμένα λόγω μη προσκόμισης από την αιτούσα πιστοποιήσεων του ισχύοντος κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, επικαιροποιημένου προτύπου EN1789:2007+A2:2014 αλλά ούτε βεβαίωσης έναρξης της διαδικασίας πιστοποίησης του προσφερόμενου οχήματος που να προσκομίστηκε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της [...] Συνεπώς, εν όψει των εκτεθέντων ως προς την έννοια του όρου 2.4.3.2 της διακηρύξεως, η κρίση της προσβαλλόμενης απόφασης ότι η αιτούσα δεν πληρούσε τον απαραίτητο αυτόν όρο, πιθανολογείται σοβαρώς ως νόμιμος. Τούτο διότι, η απαίτηση της διακηρύξεως για την προσκόμιση των ζητούμενων επικαιροποιημένων πιστοποιήσεων, ή εναλλακτικώς της βεβαίωσης περί εκκινήσεως διαδικασίας πιστοποίησης του προσφερόμενου οχήματος κατά το ισχύον πρότυπο, τάσσεται επί ποινή αποκλεισμού, εν όψει δε τούτου, η παράλειψη συμμορφώσεως της τεχνικής προσφοράς της αιτούσας στον όρο αυτόν κατά τον κρίσιμο, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, χρόνο υποβολής της προσφοράς της, καθιστούσε αυτήν εξ αρχής απορριπτέα ως απαραίδεκτη, χωρίς να είναι επιτρεπτό να ζητηθούν εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής διευκρινίσεις κατά το ως άνω άρθρο, δοθέντος ότι η επιγενόμενη του χρόνου υποβολής της προσφοράς εκ μέρους της αιτούσας απόκτηση της ζητούμενης βεβαίωσης περί διαδικασίας εκκινήσεως της πιστοποίησης και η γνωστοποίησή της στην αναθέτουσα αρχή, συνιστά αναπλήρωση παντελώς ελλείποντος, κατά τον κρίσιμο χρόνο της υποβολής της προσφοράς, στοιχείου αυτής και μάλιστα αξιούμενου επί ποινή αποκλεισμού, με σκοπό να καταστεί αυτή επιγενομένης αποδεκτή (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 58/2019, 401/2018, 346/2017, 424/2014, 228/2013, κ.α.) [...] Συνεπώς, ενόψει των οριζόμενων στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης κατά την έννοια του οποίου απαραίτητος όρος επί ποινή αποκλεισμού, είναι η κατοχή και προσκόμιση των σχετικών δικαιολογητικών πιστοποιήσεων του προσφερόμενου οχήματος, σύμφωνα με το επικαιροποιημένο πρότυπο EN 1789:2007+A2:2014 [...] η κρίση της προσβαλλομένης, κατά τα ειδικότερον διαλαμβανόμενα σ' αυτήν με την παραπομπή στην 216/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, ότι η αιτούσα δεν πληρούσε τον απαραίτητο αυτόν όρο είναι νόμιμη [...]».

2.20 Το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με την υπ αριθ. 131/2021 απόφασή του απέρριψε την Αίτηση Ακυρώσεως της εταιρείας ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ με αρ. ΑΚ2297/30-12-2019 και δέχτηκε την παρέμβαση της εταιρείας AIGLON ABEEA.

Ειδικότερα, σε ό,τι αφορά την τεχνική προσφορά της εταιρείας ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ, όπως αναφέρεται επί λέξει στην υπ' αριθμ. 131/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών: «[...] όσον αφορά στην τεχνική προσφορά της ΝΙΚ.Ι ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ Α.Ε., η αναθέτουσα αρχή διαπίστωσε, μεταξύ άλλων, ότι η υποβληθείσα από αυτή κατ' εφαρμογή του όρου 2.4.3.2 της

διακήρυξης, μελέτη ψυκτικής απόδοσης της κλιματιστικής μονάδας του προσφερόμενου ασθενοφόρου, αν και περιείχε το όνομα του μηχανικού που τη συντάξε, δεν έφερε την υπογραφή αυτού. [...] Επειδή, εφόσον κρίθηκε ότι είναι νόμιμη και επαρκώς αιτιολογημένη η κρίση της προσβαλλόμενης απόφασης της ΑΕΠΠ αναφορικά με την απόκλιση της προσφοράς της αιτούσας από τον ανωτέρω απαράβατο όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης, η οποία αποτελεί επαρκές έρεισμα για τον αποκλεισμό της αιτούσας από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, παρέλκει ως αλυσιτελής, η εξέταση των λόγων της κρινόμενης αίτησης, με τους οποίους πλήττονται άλλες κρίσεις της ΑΕΠΠ, περί απόρριψης της προσφοράς της αιτούσας και για επιπλέον πλημμέλειες αυτής [...]

- 2.21** Κατόπιν της εκδόσεως των ανωτέρω δικαστικών αποφάσεων του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών με αριθμούς α) 2121/2020 και β) 131/2021, που απέρριψαν τις αιτήσεις ακυρώσεως των εταιρειών α) AIGLON ABEEA και β) ΝΙΚ. Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ αντίστοιχα, η αιτούσα ζήτησε από την Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης Προσφορών του Διαγωνισμού της υπ αριθ. 2^Α/2018 Διακήρυξης γνωμοδότηση επί τη βάση του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016 για την διαγωνιστική διαδικασία.
- 2.22** Με την υπ αριθ. ΣΥΝ. 07/23-02-2021 απόφαση το ΔΣ του ΕΚΑΒ αποφάσισε: «α) Την έγκριση του από 18/02/2021 πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του εν λόγω διαγωνισμού και β) Τη συνέχιση του διαγωνισμού για την προμήθεια 52 ασθενοφόρων οχημάτων Τύπου Β' με κίνηση 4Χ2 για τις ανάγκες των Περιφερειών Αττικής και Νοτίου Αιγαίου με προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, και με τις ίδιες τεχνικές προδιαγραφές, σύμφωνα με τις διατάξεις του αρ. 32 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016».
- 2.23** Με το αριθμ. 20785/13-5-2021 έγγραφό του, το ΕΚΑΒ βεβαιώνει ότι «Για το τμήμα της διακήρυξης που αφορά την προμήθεια πενήντα δύο (52) ασθενοφόρων οχημάτων τύπου Β'' 4Χ2 με αριθμό διακήρυξης 2/2018 και συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 60904,1 οι προδικαστικές προσφυγές που ασκήθηκαν έχουν υποβληθεί με το φάκελο που υποβάλαμε για γνωμοδότηση διαπραγμάτευσης. Οι προδικαστικές προσφυγές που ασκήθηκαν αφορούν μόνο το πρώτο (ΕΣΗΔΗΣ: 60904,1) τμήμα του διαγωνισμού και έχουν υποβληθεί με το φάκελο που υποβάλαμε για γνωμοδότηση διαπραγμάτευσης. Κατά των όρων της διακήρυξης και κατά της νομιμότητας της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας δεν έχει υποβληθεί καμία προδικαστική προσφυγή και κανένα ένδικο μέσο».
- 2.24** Κατόπιν των ανωτέρω, το ΕΚΑΒ με τα προαναφερόμενα έγγραφα του αριθμ. 16545/13-4-2021 και 20786/13-5-2021, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης

«και σύμφωνα με τις διαδικασίες, του άρθρου 32 του ν. 4412/2016», επικαλούμενο ταυτοχρόνως -σε κάποια σημεία του αιτήματος- ως νομική βάση και τις διατάξεις του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β' του ν. 4412/2016, για το τμήμα 1, προϋπολογισμού 2.860.000 € χωρίς Φ.Π.Α..

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

3. 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. [...]».
4. 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».

Συναφώς επισημαίνεται ότι, με βάση τις σχετικές διατάξεις του Κανονισμού 2017/2365 της Επιτροπής της 18ης Δεκεμβρίου 2017 "για την τροποποίηση της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής για τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων", το ανωτέρω χρηματικό όριο (των 209.000€) του αρθ. 5 στοιχείο γ' του ν. 4412/2016, το οποίο αφορά τις μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές, όπως η αιτούσα, έχει τροποποιηθεί από 1.1.2018 και για τα έτη 2018 και 2019 στο ποσό των 221.000€, ενώ από 01.01.2020 τροποποιήθηκε στο ποσό των 214.000€, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις του Κανονισμού (ΕΕ) 2019/1828 της Επιτροπής της 30ης Οκτωβρίου 2019 για την τροποποίηση της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ όσον αφορά στα κατώτατα χρηματικά όρια για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, υπηρεσιών και έργων.

5. Το άρθρο 6 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαιρέσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. Αν η αναθέτουσα αρχή προβλέπει απονομή βραβείων ή καταβολή χρηματικών ποσών για τους υποψήφιους ή προσφέροντες, λαμβάνει υπόψη της τα ποσά αυτά κατά τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 2. Όταν 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 μία 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. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας και Ανάπτυξης και Οικονομικών εξειδικεύονται οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρούσας παραγράφου. Με διαπιστωτική πράξη του καθ' ύλην αρμόδιου Υπουργού ή του Διοικητή ή του Προέδρου για τις Ανεξάρτητες Διοικητικές Αρχές ορίζονται οι ανεξάρτητες επιχειρησιακές μονάδες των φορέων της Γενικής Κυβέρνησης που πληρούν τα κριτήρια, τους όρους και τις προϋποθέσεις του παρόντος άρθρου 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. Η σύμβαση δεν κατατέμεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...]».
6. 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 ουσιαδώς 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. Μη κατάλληλη θεωρείται μία αίτηση συμμετοχής όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα

συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 [...]».

7. 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».
8. 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.[...]
9. Το άρθρο 66 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), το οποίο ενσωματώνει τις αντίστοιχες διατάξεις του

άρθρου 52 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές δημοσιεύουν τις διακηρύξεις και τις προκηρύξεις, ανάλογα με τη διαδικασία ανάθεσης αυτών, με την επιφύλαξη εφαρμογής της παρ. 1 του άρθρου 38, στο ΚΗΜΔΗΣ. Οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να είναι σε θέση να αποδεικνύουν την ημερομηνία ανάρτησης των ως άνω στοιχείων στο ΚΗΜΔΗΣ. [...]

3. Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 62, 63 και 64, καθώς και οι πληροφορίες που περιέχονται σε αυτές δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης, σύμφωνα με το άρθρο 65. Ωστόσο, η δημοσίευση μπορεί να πραγματοποιείται σε κάθε περίπτωση σε εθνικό επίπεδο, όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν ενημερωθεί σχετικά με τη δημοσίευση εντός 48 ωρών από τη βεβαίωση παραλαβής της προκήρυξης/γνωστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 65.[...]».

- 10.** Στο άρθρο 142 « Έναρξη ισχύος Μέρους Α`» του ν. 4782/2021(Α' 36/2021)«Εκσυγχρονισμός, απλοποίηση και αναμόρφωση του ρυθμιστικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερες ρυθμίσεις προμηθειών στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και άλλες διατάξεις για την ανάπτυξη, τις υποδομές και την υγεία» προβλέπεται ότι:

«1. Η ισχύς των διατάξεων: α) του άρθρου 4, κατά το μέρος που τροποποιεί την παρ. 1 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016, β) των άρθρων 10, 20 παρ. 4,34 κατά το μέρος που τροποποιεί την παρ. 2 του άρθρου 92 του ν. 4412/2016, 55, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 66 έως 79, 82 έως 86, 89 έως 93, 95 έως 98, 100, 131, 134 και 138, γ) του άρθρου 108, κατά το μέρος που τροποποιεί την περ. α` της παρ. 11 του άρθρου 221 του ν. 4412/2016, δ) του άρθρου 109, κατά το μέρος που τροποποιεί την παρ. 7 του άρθρου 258 του ν. 4412/2016, αρχίζει από την 1η.9.2021.

2. Η ισχύς των άρθρων 3, 6 κατά το μέρος που τροποποιεί τις παρ. 1 και 5 του άρθρου 38 του ν. 4412/2016, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 42, 49, 62, 65, 80, 81, 87, 88, 94, 99, 101, 108, εκτός της περ. α` της παρ. 11, 121 και 127 αρχίζει από τη δημοσίευση του παρόντος στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

3. Η ισχύς των υπολοίπων άρθρων του παρόντος αρχίζει από την 1η.6.2021, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του.»

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

- 11.** Το υπό εξέταση αίτημα του ΕΚΑΒ αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, 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.

- 12.** Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας προϋπολογισμού € 2.860.000 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων προϋπολογισθείσας δαπάνης € 4.169.000 χωρίς Φ.Π.Α., 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.
- 13.** 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 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, 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).
- 14.** Ειδικότερα, το ΕΚΑΒ επικαλείται ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός του τις διατάξεις που περιλαμβάνονται στο άρθρο 32, παράγραφος 2, περ. α' του Ν. 4412/2016 και αναφέρει ρητά στο αίτημά του ότι επιθυμεί να «προσφύγει στη διενέργεια διαδικασίας με

διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης [...], μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, και σύμφωνα με τις διαδικασίες του άρθρου 32 του ν. 4412/2016». Σε άλλο σημείο του αιτήματος, το ΕΚΑΒ επικαλείται ως νομική βάση και τις διατάξεις του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β' του ν. 4412/2016.

- 15.** Επισημαίνεται ότι η διάταξη του άρθρου 32.2.α του ν. 4412/2016, προϋποθέτει τη μη υποβολή προσφοράς ή την υποβολή «κατάλληλης» 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.»*

Στην κρινόμενη περίπτωση δε και με βάση το διδόμενο ιστορικό, προκύπτει ότι δεν συντρέχουν οι ως άνω περιστάσεις, καθώς, αφενός υπεβλήθησαν προσφορές για το εν θέματι τμήμα (δύο προσφορές) και αφετέρου οι υποβληθείσες προσφορές απερρίφθησαν για λόγους που αφορούσαν στην εξέταση της τεχνικής προσφοράς, αμφότερων των οικονομικών φορέων, λόγω διαπιστωθεισών αποκλίσεων αυτής από τους όρους της διακήρυξης και των παραρτημάτων αυτής. Ως εκ τούτου, διαφαίνεται ότι δεν δύνανται να θεωρηθούν «μη κατάλληλες», ήτοι να εξομοιωθούν με μη υποβληθείσες.

Κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, η μη καταλληλότητα προσφορών αφορά σε περιπτώσεις πλημμελιών ουσίας, ιδιαίτερα σοβαρών ελλείψεων των προσφορών, οι οποίες φανερώνουν ότι κατ' ουσίαν η αγορά δεν ανταποκρίθηκε στην προς ανάθεση σύμβαση, έτσι όπως αυτή προδιαγράφηκε στα τεύχη του διαγωνισμού από την αναθέτουσα αρχή. Συναφώς, επισημαίνεται ότι σύμφωνα με σχετική νομολογία (ΕΣ/Τμ. VI 3558/2009, 44/2007), μη κατάλληλες θεωρούνται γενικά οι προσφορές που δεν έχουν καμία σχέση με τη σύμβαση, δηλαδή το περιεχόμενο τους δεν εναρμονίζεται με τις απαιτήσεις της σύμβασης και είναι ασύμβατο με τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και, ως εκ τούτου, δεν μπορούν να ικανοποιήσουν τις εν λόγω ανάγκες (πρβλ. Αποφάσεις 51/2015, 328/2014, 23/2017, Δ82/2018 Δ81/2019 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.).

- 16.** Καθώς η Αρχή έχει το δικαίωμα υπαγωγής εκάστου υποβληθέντος αιτήματος στην ορθή νομική βάση, στην προκειμένη περίπτωση, σύμφωνα με τα ανωτέρω εκτεθέντα και με βάση τα πραγματικά περιστατικά που επικαλείται το ΕΚΑΒ, συνάγεται ότι δεν τυγχάνει εφαρμογής η επικαλούμενη διάταξη της περίπτωσης α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, είναι δε διερευνητέο εάν στην υπό εξέταση περίπτωση δύναται να εφαρμοσθεί η διάταξη της περίπτωσης β' της παραγράφου 2 του άρθρου 26 του ίδιου ως άνω νόμου.
- 17.** Ως προς τη συνδρομή της διάταξης του άρθρου 26, παρ.2, περ. β' του ν. 4412/2016, σημειώνεται ότι στην υπό εξέταση περίπτωση δύναται να συναχθεί ότι τυγχάνει εφαρμογής, καθώς αυτή προϋποθέτει:

A) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία

B) να έχουν υποβληθεί μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές.

Επισημαίνεται ότι σχετικά με την ως άνω A) προϋπόθεση, όπως παγίως έχει κριθεί, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή των προαναφερομένων διατάξεων, 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. 466/2011, 1249/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

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 προηγθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, και μόνον αυτούς.

A) Ως προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται ότι το ΕΚΑΒ διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας «Ασθενοφόρων», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 4.169.000 χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν οικονομικό φορέα από την συμμετοχή του στον διαγωνισμό, τηρήθηκε η ελάχιστη προθεσμία υποβολής προσφορών του αρ. 27 παρ. 4 ν. 4412/2016..

Ειδικά, ως προς τις απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας επισημαίνονται τα κάτωθι: Το άρθρο 66 παρ. 3 του ν. 4412/2016 προβλέπει ότι οι προκηρύξεις δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης των ουσιαστών όρων αυτών στο έντυπο της Ε.Ε.Ε.Ε., ωστόσο, η δημοσίευση μπορεί να πραγματοποιείται σε εθνικό επίπεδο, όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν ενημερωθεί σχετικά με τη δημοσίευση εντός 48 ωρών από τη βεβαίωση παραλαβής της προκήρυξης.

Στην υπό εξέταση διαδικασία, το ΕΚΑΒ απέστειλε το έντυπο της περίληψης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 15/6/2018, ενώ η δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. πραγματοποιήθηκε στις 16/6/2018. Παράλληλα, η ανάρτηση των τευχών του διαγωνισμού στο ΚΗΜΔΗΣ και στην ιστοσελίδα του ΕΚΑΒ πραγματοποιήθηκε την 15/6/2018, ήτοι σε προγενέστερο χρόνο από τη δημοσίευση των στοιχείων στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Ως εκ τούτου, δεν τηρήθηκε η παρ. 3 του αρ. 66 του ν. 4412/2016, καθώς η

διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και την ιστοσελίδα του ΕΚΑΒ την ίδια ημέρα με την αποστολή της στην ΕΕΕΕ και πριν την πάροδο 48ώρου από τη βεβαίωση παραλαβής της προκήρυξης.

Β) Ως προς την προϋπόθεση της υποβολής απαράδεκτων/μη κανονικών προσφορών.

Όπως προαναφέρθηκε στο ιστορικό της παρούσας (πρβλ. σημείο 2 της παρούσας), για το υπό εξέταση Τμήμα 1 της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπεβλήθησαν προσφορές από δύο οικονομικούς φορείς. Σε σχέση με αυτές τις προσφορές, εν τέλει, το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με τις υπ' αριθ. 131/2021 και 2120/2020 αποφάσεις του απέρριψε τις αιτήσεις ακυρώσεως που είχαν υποβάλει οι εν λόγω δύο οικονομικοί φορείς κατά της αριθμ. 760/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, κατά το μέρος που απέρριπτε την προσφορά τους και κατά τα αναλυτικώς αναφερόμενα ανωτέρω.

Ειδικότερα, με βάση τα αναφερόμενα στο ιστορικό και σύμφωνα με την αριθμ. 131/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (πρβλ σημείο 2.20 της παρούσας), η προσφορά της εταιρείας ΝΙΚ Ι. ΘΕΟΧΑΡΑΚΗΣ διαφαίνεται ότι δεν πληροί τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης, και πιο συγκεκριμένα τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης, καθόσον η υποβληθείσα - στην τεχνική της προσφορά- μελέτη ψυκτικής απόδοσης της κλιματιστικής μονάδας του προσφερόμενου ασθενοφόρου, αν και περιείχε το όνομα του μηχανικού που τη συνέταξε, δεν έφερε την υπογραφή του. Συνεπώς, και με δεδομένο ότι η τεχνική προσφορά παρουσιάζει αποκλίσεις από ουσιώδεις όρους της διακήρυξης, η εν λόγω προσφορά θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως μη κανονική, εφόσον δεν πληροί τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης κατά τη διατύπωση της προπαρατεθείσας διάταξης του άρθρου 26 παρ. 3 περ. α' ν. 4412/2016.

Περαιτέρω, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο ιστορικό (πρβλ. σημείο 2.19 της παρούσας), ούτε η προσφορά της εταιρείας AIGLON ABEEA διαφαίνεται να πληροί τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης, και πιο συγκεκριμένα τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης, καθόσον - σύμφωνα και με την αριθμ. 2120/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών- δεν προσκομίστηκαν από την εταιρεία AIGLON ABEEA οι απαιτούμενες πιστοποιήσεις του ισχύοντος κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, επικαιροποιημένου προτύπου EN1789:2007+A2:2014, αλλά ούτε, εναλλακτικώς, βεβαίωση έναρξης της διαδικασίας πιστοποίησης του προσφερόμενου οχήματος που να προσκομίστηκε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της εταιρείας. Συνεπώς, και με δεδομένο ότι η τεχνική προσφορά της εταιρείας AIGLON ABEEA παρουσιάζει αποκλίσεις από ουσιώδεις όρους της διακήρυξης, η εν λόγω προσφορά θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως μη κανονική, εφόσον δεν πληροί τις

προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης κατά τη διατύπωση της προπαρατεθείσας διάταξης του άρθρου 26 παρ. 3 περ. α' ν. 4412/2016.

Με βάση τα προεκτεθέντα, διαφαίνεται βασίμως ότι κατά τον εξεταζόμενο διαγωνισμό υπεβλήθησαν μόνον μη κανονικές προσφορές, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του άρθρου 26 παρ. 3 του ν. 4412/2016.

- 18.** Σε κάθε περίπτωση, υπενθυμίζεται ότι, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο τελευταίο εδάφιο του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β' του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτείται να δημοσιεύουν προκήρυξη σύμβασης, εφόσον στη διαδικασία περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες, οι οποίοι πρέπει να πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 73 έως 83 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) και οι οποίοι, κατά την προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, και μόνον αυτούς.
- 19.** Τέλος, δεδομένου ότι κατά την προσφυγή της αιτούσας αναθέτουσας αρχής στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση δεν τίθεται τυπικά εκ του νόμου υποχρέωσή της για τη μη ουσιώδη τροποποίηση των όρων της διακήρυξης του προηγηθέντος ανοικτού διαγωνισμού¹ (πρβλ. Δ33, Δ43, Δ61/2020 και Δ34/2021 γνώμες της Αρχής), επισημαίνεται ότι, δέον όπως, σε συμμόρφωση με τα διαλαμβανόμενα στην αιτιολογική σκέψη 45 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η αιτούσα:
- α) καθορίσει - κατά ουσιώδη ή μη τροποποίηση των όρων της ανωτέρω διακήρυξης –«εκ των προτέρων τις ελάχιστες απαιτήσεις που χαρακτηρίζουν τη φύση» της προς ανάθεση δημόσιας σύμβασης, οι οποίες είναι οι «όροι και τα χαρακτηριστικά (κυρίως φυσικά, λειτουργικά και νομικά) στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται ή τα οποία πρέπει να διαθέτει μια προσφορά ώστε να μπορεί η αναθέτουσα αρχή να αναθέσει τη σύμβαση σύμφωνα με τα κριτήρια

¹ Σύμφωνα όμως με Δ. Ράικο Ευ. Βλάχου Ευ. Σαββίδη “ Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ’ άρθρο”, έκδοση 2018, βλ. παρ. 20, σελ. 234 επ., το γεγονός ότι η υπάρχουσα στις αντίστοιχες διατάξεις της προϊσχύσασας Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και του προϊσχύσαντος π.δ/τος 60/2007 προϋπόθεση περί της μη ουσιώδους τροποποίησης των όρων της αρχικής σύμβασης κατά την προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης απαλείφθηκε από το κείμενο της σχετικής διάταξης του άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (και πλέον άρθρου 26 παρ. 2 περ. β' ν. 4412/2016) δεν θα πρέπει να ερμηνευθεί ως κατάργηση της εν λόγω προϋπόθεσης (βλ. υπέρ της άποψης αυτής και σε S . Arrowsmith . The Law of Public and Utilities procurement: Regulation in the EU and UK. Volume 1, Third Edition , 2014 p . 855).

ανάθεσης που έχει επιλέξει» και οι οποίες «δεν θα πρέπει να τροποποιηθούν κατά τις διαπραγματεύσεις»,

β) καθορίσει - κατά ουσιώδη ή μη τροποποίηση των όρων της ανωτέρω διακήρυξης - τα υποκριτήρια ανάθεσης της προς σύναψη δημόσιας σύμβασης και τη στάθμισή τους, τα οποία «θα πρέπει να παραμένουν σταθερά καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας και να μην υπόκεινται σε διαπραγμάτευση, ώστε να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων.»

γ) λάβει υπόψη της, κατά τη διενέργεια της σκοπούμενης διαδικασίας διαπραγμάτευσης μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ότι «όλες 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.»

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. ομόφωνα αποφασίζει:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του ΕΚΑΒ, κατ' άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ' υποπερ. (δδ) του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την προσφυγή του σε διαδικασία διαπραγμάτευσης **κατ' άρθρο 26 παρ. 2, περ. β' του ν. 4412/2016**, για την ανάθεση προμήθειας ασθενοφόρων, για τις ανάγκες του ΕΚΑΒ, προϋπολογισθείσας δαπάνης **€ 2.860.000** χωρίς Φ.Π.Α. (**Τμήμα 1 της σύμβασης**), σε συνέχεια εν μέρει άγονου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 4.169.000 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα 26.05.2021

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Προεδρεύων Αντιπρόεδρος

Αδάμ Καραγλάνης