



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ

97/2016

(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. γ(δδ) Ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 22^η Ιουνίου του έτους δύο χιλιάδες δεκαέξι (2016) ημέρα Τετάρτη και ώρα 12.00, και επί της οδού Λεωφόρος Κηφισίας 7, ΤΚ 11523 Αθήνα, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση της Αντιπροέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

Προεδρεύουσα: Χριστίνα Μπουσουλέγκα / (Αντιπρόεδρος)

Μέλη: Ευάγγελος Καραμανλής

Δημήτριος Λουρίκας

Δημήτριος Σταθακόπουλος

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

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης

Εισηγητής: Ιωάννης Φουντουκίδης, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν ο Εισηγητής κ. Φουντουκίδης (μέσω τηλεδιάσκεψης), καθώς και η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων κ. Καξιρή οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

Ερώτημα: Το υπ' αρ. πρωτ. 17608/30.05.2016 αίτημα του Δήμου Κεφαλλονιάς προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. το οποίο παρελήφθη στις 02.06.2016 (αρ.πρωτ. εισερχ. 2568), ως αυτό συμπληρώθηκε με τα υπ' αριθμ. πρωτ 20042/14.06.2016 και 20043/14.06.2016 έγγραφά του, τα οποία παρελήφθησαν από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. την 14.06.2016 και έλαβαν αριθμό πρωτ. 2744 και 2743 αντίστοιχα.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, , για την προσφυγή του Δήμου Κεφαλλονιάς στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 1.α. του π.δ. 60/2007, για την προμήθεια τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του Οργανισμού Κοινωνικής Αλληλεγγύης και Παιδείας (Ο.Κ.Α.Π.) του Δήμου και του Δημοτικού Γηροκομείου, συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας 90.351,47€ προ ΦΠΑ.

1. Με το υπ' αρ. πρωτ. 17608/30.05.2016 αίτημα του Δήμου Κεφαλλονιάς προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή) το οποίο παρελήφθη στις 02.06.2016 (αρ.πρωτ. εισερχ. 2568), ως αυτό συμπληρώθηκε με τα υπ' αριθμ. πρωτ 20042/14.06.2016 και 20043/14.06.2016 έγγραφά του, τα οποία παρελήφθησαν από την Αρχή την 14.06.2016 και έλαβαν αριθμό πρωτ. 2744 και 2743 αντίστοιχα, ο Δήμος αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ(δδ) Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 1α του π.δ. 60/2007, για την προμήθεια τροφίμων (και συγκεκριμένα οπωρολαχανικών και ειδών αρτοποιίας) για ένα έτος, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 90.351,47€ πλέον Φ.Π.Α. (56.813,85€ και 33.537,62€ προ Φ.Π.Α. αντίστοιχα), για τα οποία ο σχετικός προηγηθείς διεθνής ανοιχτός διαγωνισμός απέβη άγονος.

1. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

2. Από το φάκελο της υπόθεσης και τα περιεχόμενα σε αυτόν στοιχεία και σχετικά έγγραφα προκύπτουν τα ακόλουθα:

2.1. Το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου Κεφαλλονιάς, με την υπ' αριθμ 32/2016 απόφασή του (Απόσπασμα Πρακτικού της υπ' αριθμ. 02/02.02.2016 Συνεδρίασης με ΑΔΑ:ΨΙ6ΖΩΕ5-7Ν0), ενέκρινε τη διενέργεια διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού, για την προμήθεια τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του Οργανισμού Κοινωνικής Αλληλεγγύης και Παιδείας (Ο.Κ.Α.Π.) του Δήμου και του Δημοτικού Γηροκομείου, προϋπολογισμού δαπάνης 257.915,10€ χωρίς Φ.Π.Α., προκειμένου να καλυφθούν οι ανάγκες για ένα έτος.

2.2. Με την υπ' αριθμ 47/2016 απόφασή της (Απόσπασμα Πρακτικού της 06ης/12.02.2016 Συνεδρίασης με ΑΔΑ:6Φ0ΩΩΕ5-ΨΨΗ), η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, αφού έλαβε υπ' όψιν την με αριθμ. 1/2016 μελέτη του Δήμου (με ημερομηνία σύνταξης 12.01.2016), ενέκρινε τις τεχνικές προδιαγραφές και τους όρους διακήρυξης του διαγωνισμού, για την προμήθεια τροφίμων, προϋπολογισμού 257.915,10€ χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή για όλα τα προς προμήθεια είδη.

2.3. Ακολούθως, ο Δήμαρχος Κεφαλλονιάς εξέδωσε την υπ' αριθμ. πρωτ. 4962/15.02.2016 (ΑΔΑΜ: 16PROC003832095 2016-02-16) σχετική διακήρυξη ανοικτού διαγωνισμού, για την προμήθεια ειδών τροφίμων για ένα έτος. Σύμφωνα με τη διακήρυξη, οι ενδιαφερόμενοι μπορούσαν να υποβάλλουν προσφορά για ένα ή περισσότερα από τα τέσσερα (4) τμήματα των προς προμήθεια ειδών (1) είδη παντοπωλείου, 2) είδη οπωροπωλείου, 3) είδη κρεοπωλείου 4) είδη αρτοποιίας), υπό την προϋπόθεση ότι θα καλύπτεται η συνολική προκηρυχθείσα ποσότητα κάθε τμήματος, όπως αυτή αναφερόταν αναλυτικά στο σώμα της διακήρυξης. Στο προσέμιο της διακήρυξης καθώς και στα άρθρα 8 και 11 αυτής ορίστηκε ότι κριτήριο αξιολόγησης του διαγωνισμού είναι η χαμηλότερη τιμή στο σύνολο των ειδών κάθε τμήματος. Σύμφωνα με το άρθρο 6 της διακήρυξης, στο

οποίο απαριθμούνται τα επί ποινή απορρίψεως της προσφοράς δικαιολογητικά που πρέπει να υποβάλλει ο κάθε ενδιαφερόμενος προκειμένου να συμμετάσχει στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, οι ενδιαφερόμενοι πρέπει επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς να καταθέσουν: «Υπεύθυνη δήλωση Ν. 1599/86 στην οποία θα αναφέρεται ρητώς ότι όλα τα είδη θα είναι πρώτης ποιότητας, και θα δηλώνεται η χώρα προέλευσής τους (κατά προτίμηση εγχώριας παραγωγής ή προέλευσης Ε.Ε.) και θα πρέπει να πληρούν τις εκάστοτε περί τροφίμων ισχύουσες διατάξεις». Ενώ αναφορικά με το υπό κρίση αίτημα του φορέα, για το τμήμα των ειδών οπωροπωλείου, στο Παράρτημα Α της διακήρυξης στην ενότητα με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές» αναφέρεται ότι: «...Τα νωπά οπωρολαχανικά θα πρέπει να είναι φρεσκοκομμένα Α. ποιότητας. Το περιεχόμενο κάθε συσκευασίας θα πρέπει να είναι ελληνικής παραγωγής ...», χωρίς να τίθεται ρητώς ο ως άνω όρος επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς και χωρίς να ορίζεται στο σημείο αυτό, μέσω της κατάθεσης ποιου δικαιολογητικού, θα εξετασθεί η προέλευση των οπωρολαχανικών. Σύμφωνα με το άρθρο 7 η εγγύηση συμμετοχής ορίστηκε στο 2% της προϋπολογισθείσας δαπάνης του τμήματος για το οποίο ο συμμετέχων θα καταθέσει προσφορά, προ Φ.Π.Α. ενώ η εγγύηση καλής εκτέλεσης ορίστηκε στο ποσό 5% της συμβατικής αξίας των ειδών. Ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 13.04.2016 και ώρα 14:00 μ.μ.

2.4. Περίληψη της εν λόγω διακήρυξης, η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακηρύξεως του διαγωνισμού, , απεστάλη ηλεκτρονικά (την 16.02.2016) και δημοσιεύθηκε (την 19.02.2016) στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε). Συνακόλουθα, η υπ' αριθμ. πρωτ. 4963/15.02.2016 περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβέρνησης (ΦΕΚ 42/19.02.2016) και στις εφημερίδες «ΗΧΩ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ», «ΗΜΕΡΗΣΙΟΣ» την 16.02.2016, «ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΟΣ ΚΕΦΑΛΛΗΝΙΑΣ & ΙΟΑΚΗΣ» την 17.02.2016, «ΕΛΕΥΘΕΡΟΣ ΤΥΠΟΣ» την 18.02.2016 και «ΤΑ ΧΡΟΝΙΚΑ» την 20.02.2016. Η προκήρυξη του διαγωνισμού αναρτήθηκε στον ιστότοπο ΔΙΑΥΓΕΙΑ (ΑΔΑ: 70ΗΣΩΕ5-Π02). Επιπλέον η διακήρυξη και τα λοιπά συμβατικά τεύχη αναρτήθηκαν στην ιστοσελίδα του Δήμου www.kefallonia.gov.gr την 16.02.2016 και στο ΕΣΗΔΗΣ στην ηλεκτρονική διεύθυνση www.promitheus.gov.gr την 22.02.2016. Ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 22.02.2016 και ώρα 10:34 π.μ. ενώ ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 07.04.2016 και ώρα 14:00 μ.μ..

2.5. Κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης διαπίστωσε, όπως προκύπτει από το υπ' αριθμ. πρωτ. 12061/13.04.2016 Πρακτικό της, ότι κατέθηκαν προσφορές από δύο οικονομικούς φορείς για τα δύο (2) από τα τέσσερα (4) τμήματα τροφίμων που αφορούσαν την προμήθεια ειδών παντοπωλείου και ειδών κρεοπωλείου, ενώ δεν κατατέθηκε καμία προσφορά για τα άλλα δύο (2) τμήματα τροφίμων που αφορούσαν την προμήθεια ειδών οπωροπωλείου και ειδών αρτοποιίας. Κατόπιν τούτου η Επιτροπή μεταξύ άλλων, εισηγήθηκε: “Τον αποκλεισμό από τη συνέχεια του διαγωνισμού του προμηθευτή του οποίου η προσφορά έλαβε τον μοναδικό α/α συστήματος(30979) και ειδικότερα της εταιρείας με την επωνυμία «ΒΑΣΣΑΛΑΣ ΣΠΥΡΙΔΩΝ ΓΕΡΑΣΙΜΟΣ» [...]3. Την εξεύρεση προμηθευτή με τη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης για την κάλυψη των άμεσων αναγκών του Ο.Κ.Α.Π. και του Δημοτικού Γηροκομείου Αργοστολίου για την προμήθεια ειδών Οπωροπωλείου(Άρθρο 2) & Αρτοποιίας(Άρθρο 4)”.

2.6. Με την υπ' αριθμ 120/2016 απόφασή της (Απόσπασμα Πρακτικού της 15ης/26.04.2016 Συνεδρίασης με ΑΔΑ: Ω008ΩΕ5-ΘΑΑ), η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, αφού έλαβε υπ' όψιν το υπ' αριθμ. πρωτ. 12061/13.04.2016 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του διαγωνισμού αποφάσισε: *“1. Εγκρίνει ως έχει το 1 ο Πρακτικό της Επιτροπής ΕΚΠΟΤΑ του Ηλεκτρονικού Διεθνή Ανοικτού Διαγωνισμού για την προμήθεια ειδών παντοπωλείου, οπωροπωλείου, κρεοπωλείου, αρτοποιείου για το Δημοτικό Γηροκομείο Αργοστολίου & το Ν.Π.Δ.Δ. ΟΚΑΠ (Δημοτικοί Παιδικού Σταθμοί Δήμου Κεφαλλονιάς) για το έτος 2016 [...] 4. Η παρούσα απόφαση θα διαβιβαστεί στο Δημοτικό Συμβούλιο για την απευθείας ανάθεση σε προμηθευτές, για την κάλυψη των άμεσων αναγκών του Ο.Κ.Α.Π. και του Δημοτικού Γηροκομείου Αργοστολίου για την προμήθεια ειδών Οπωροπωλείου (Άρθρο 2) & Αρτοποιίας (Άρθρο 4) για τα οποία δεν εκδηλώθηκε ενδιαφέρον από τους ως άνω συμμετέχοντες”*.

2.7. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 20042/14.06.2016 έγγραφό του (αρ. πρωτ. Αρχής 2744/14.06.2016), ο φορέας βεβαιώνει ότι δεν εκκρεμεί η κατάθεση ένστασης, προδικαστικής προσφυγής, ασφαλιστικών μέτρων ή κάποιο άλλο ένδικο μέσο που αφορά τα ανωτέρω τμήματα του διαγωνισμού. Η προσφυγή που κατέθεσε στην Αποκεντρωμένη Διοίκηση Πελ/νησου Δυτικής Ελλάδας & Ιονίου μία συμμετέχουσα εταιρεία για το τμήμα που αφορούσε την προμήθεια ειδών κρεοπωλείου (χωρίς να αναφέρεται νομική βάση αλλά εικάζεται ότι ασκήθηκε σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 238 του ν.3852/2010), δεν περιέχεται στο υπόψιν αίτημα και αφορά την αξιολόγηση της προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας και όχι κάποιο όρο της διακήρυξης.

2.8. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Κεφαλλονιάς αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής κατ' άρθρο 25 παρ. 1α π.δ. 60/2007, προσκομίζοντας και το σχετικό Σχέδιο Απόφασης, προκειμένου να αναθέσει την προμήθεια ειδών οπωροπωλείου και αρτοποιίας, συνολικού προϋπολογισμού 90.351,47€ προ Φ.Π.Α., έπειτα από τη διενέργεια διαπραγμάτευσης, για την κάλυψη των αναγκών του Ο.Κ.Α.Π. του Δήμου και του Δημοτικού Γηροκομείου, για ένα έτος.

II. Νομικό πλαίσιο

3. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης, ορίζει τα ακόλουθα: *«δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, 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 ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. [...]»*

4. Η διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 του π.δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...» ορίζει:

“Το παρόν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που δεν εξαιρούνται, δυνάμει των εξαιρέσεων που προβλέπονται στα άρθρα 16, 17 και 9 έως 15, και των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας (Φ.Π.Α.) είναι ίση προς ή ανώτερη από τα ακόλουθα κατώτατα όρια:[...] β) 211.000 ευρώ, προκειμένου για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που συνάπτονται είτε ι) από αναθέτουσες αρχές άλλες από εκείνες που αναφέρονται στο Παράρτημα IV,[...]”

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 1 του αριθ. 2015/2342 Κανονισμού της Επιτροπής της 15ης Δεκεμβρίου 2015 για την τροποποίηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά στα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στις 209.000 ευρώ.

5. Το άρθρο 8 παρ. 1,3 και 5 του ίδιου π.δ. ορίζει τα παρακάτω:

“1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας δημόσιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, εκτός Φ.Π.Α., όπως προσδιορίζεται από την αναθέτουσα αρχή. Στον υπολογισμό αυτό, λαμβάνεται υπόψη το εκτιμώμενο συνολικό ποσό, συμπεριλαμβανομένων τόσο του τυχόν προβλεπόμενου δικαιώματος προαίρεσης όσο και των τυχόν παρατάσεων της σύμβασης [...]

3. Κανένα σχέδιο έργου και καμία σύμβαση προμήθειας ή υπηρεσιών δεν επιτρέπεται να καταμνησθεί, προκειμένου να αποφευχθεί η εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος διατάγματος.

5. [...] β) Όταν η προμήθεια ομοειδών προϊόντων μπορεί να οδηγήσει σε ταυτόχρονη σύναψη χωριστών συμβάσεων κατά τμήματα, λαμβάνεται υπόψη η εκτιμώμενη συνολική αξία αυτών των τμημάτων κατά την εφαρμογή του άρθρου 6 σημεία α) και β). Όταν η συνολική αξία των τμημάτων είναι ίση με ή υπερβαίνει την αξία που καθορίζεται στο άρθρο 6, το παρόν εφαρμόζεται στη σύναψη κάθε τμήματος.”

6. Στο άρθρο 25 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 60/2007, ορίζεται ότι *“1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις: 1) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών: α) εάν, ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν κρίνεται κατάλληλη, ή εάν δεν υπάρχει κανείς υποψήφιος, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή, ύστερα από αίτημα της» [...]*”.

7. Στο άρθρο 209 παρ. 1 του ν. 3463/2006 «Κύρωση του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων» (ΦΕΚ 114/Α), όπως ισχύει, ορίζεται: *“1. Οι προμήθειες των Δήμων ... διενεργούνται σύμφωνα με τις διατάξεις του Ενιαίου Κανονισμού Προμηθειών των Ο.Τ.Α. (Ε.Κ.Π.Ο.Τ.Α), όπως ισχύει, με την επιφύλαξη των ειδικών ρυθμίσεων...”*

8. Στα άρθρα 3 (παρ. 3γ) και 23 της με αριθμ. 11389/93 Απόφασης του Υπουργού Εσωτερικών με τίτλο «Ενιαίος Κανονισμός Προμηθειών Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ε.Κ.Π.Ο.Τ.Α)» (ΦΕΚ 185/Β), ορίζεται *«...Άρθρο 3, παρ. 3γ. “Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν επίσης να συνάπτουν τις συμβάσεις προμηθειών προσφεύγοντας στη διαδικασία των διαπραγματεύσεων χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, στις ακόλουθες περιπτώσεις: 1. Όταν δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά μετά από πρόσκληση σε ανοικτό ή κλειστό διαγωνισμό, στο μέτρο που οι αρχικοί όροι της σύμβασης δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς και εφόσον διαβιβάζεται στο νομάρχη, μαζί με τη σχετική απόφαση, ητιολογημένη έκθεση.” Άρθρο 23. .. Διαδικασία με διαπραγμάτευση η απευθείας ανάθεση-πρόχειρος διαγωνισμός 1. Προμήθεια με "διαδικασία μέσω διαπραγμάτευσης" ή "απευθείας ανάθεση" μπορεί να γίνει εάν συντρέχει μία από τις περιπτώσεις που προβλέπονται στις περιπτώσεις των εδαφίων β και γ της παραγράφου 3 του άρθρου 3 του παρόντος κανονισμού».*

9. Στις 12.12.2012 δημοσιεύθηκε πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου (ΦΕΚ Α 240), η οποία κυρώθηκε με το Ν. 4111/2013 (ΦΕΚ Α 18) και η οποία στο άρθρο 4 προβλέπει: “... Η διαδικασία ανάδειξης προμηθευτών-χορηγητών, για προμήθειες α. τροφίμων, β. λοιπών αναλώσιμων ειδών παντοπωλείου καθώς και παρόχων των σχετικών υπηρεσιών, γ. πετρελαιοειδών και δ. φαρμάκων και αναλώσιμου υγειονομικού υλικού για τις ανάγκες των Δήμων, των Ιδρυμάτων και όλων των νομικών τους προσώπων, πραγματοποιείται εφεξής από τους οικείους Δήμους. Κάθε γενική ή ειδική διάταξη που αντιτίθεται στο παρόν, καταργείται. 2. Οι ανωτέρω προμήθειες πραγματοποιούνται σύμφωνα με τη διαδικασία που προβλέπεται στον Ενιαίο Κανονισμό Προμηθειών των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (ΕΚΠΟΤΑ), όπως αυτός ισχύει κάθε φορά...”.

III. Νομική Εκτίμηση

10. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Κεφαλλονιάς, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, με την έννοια της περ. γ της παρ. 2 του άρθρου 2 του π.δ. 60/2007, περί προσαρμογής της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών». Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, προϋπολογισθείσας αξίας 90.351,47€ προ Φ.Π.Α. που αποτελεί τμήμα ενός μεγαλύτερου διαγωνισμού με συνολικό προϋπολογισμό 257.915,10€ χωρίς Φ.Π.Α. για ένα έτος, συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής κατ’ άρθρο 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ` υποπερίπτωση δδ` του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης.

11. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση, έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 (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 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 συσταλτικής ερμηνείας (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 18^{ης} Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28^{ης} Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13^{ης} Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).

12. Η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α του π.δ. 60/2007 της οποίας γίνεται ρητά επίκληση από τον αιτούντα Δήμο και στη βάση της οποίας οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης και προϋποθέτει:

α) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία,

Όπως παγίως έχει κριθεί, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ’ εφαρμογή της περ. α της παρ. 1 του άρθρου 25 του π.δ. 60/2007, συνέχεται άμεσα με τον προηγηθέντα αυτής διαγωνισμό, με συνέπεια η μη νομιμότητα της υποκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας να καθιστά παρακολουθηματικά παράνομη στο σύνολό της και τη συγκεκριμένη διαδικασία (ΕΑΑΔΗΣΥ-Αποφ. 121, 153, 346, 409, 498, 499/2013 και 5, 26, 44, 65, 79/2014, ΕΣ-Πράξη

215/2012-Ζ' Κλιμάκιο, ΕΣ-Αποφ. VI Τμ. 1249/2011, 466/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013),

β) να μην έχει υποβληθεί, κατά την υπό σημείο α) 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,

γ) την μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση.

δ) Επιπλέον, προϋποθέτει ότι, σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής εκθέσεως.

13. Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης και κρίνοντας, καταρχάς, την πλήρωση της προϋπόθεσης για προηγούμενη νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, προκύπτουν τα εξής:

α) Ο Δήμος Κεφαλλονιάς διενήργησε διεθνή ανοικτό διαγωνισμό, προϋπολογισμού δαπάνης 257.915,10€ χωρίς Φ.Π.Α. για ένα έτος, για την προμήθεια ειδών τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του Ο.Κ.Α.Π. του Δήμου και του Δημοτικού Γηροκομείου. Από την μελέτη του φακέλου προκύπτουν πλημμέλειες τόσο στους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού, όσο και στη δημοσιότητα αυτού, οι οποίες εν προκειμένω δε δύναται βάσιμα να συνδεθούν με το άγονο αποτέλεσμα αυτού.

ι) Αναφορικά με τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού, επισημαίνεται ότι:

Στο Παράρτημα Α με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές» και αναφορικά με τις προδιαγραφές των ειδών οπωροπωλείου που αφορά το υπό εξέταση αίτημα του φορέα, αναφέρεται ότι: *«... Τα νωπά οπωρολαχανικά θα πρέπει να είναι φρεσκοκομμένα Α. ποιότητας. Το περιεχόμενο κάθε συσκευασίας θα πρέπει να είναι ελληνικής παραγωγής ...»*, χωρίς να ορίζεται στο σημείο αυτό, μέσω της κατάθεσης ποιου δικαιολογητικού, θα εξετασθεί η προέλευση των οπωρολαχανικών. Σχετικά με το ανωτέρω κρίνεται σκόπιμο να αναφερθεί ότι στο άρθρο 6 της διακήρυξης του διαγωνισμού, στο οποίο απαριθμούνται τα επί ποινή απορρίψεως της προσφοράς, δικαιολογητικά συμμετοχής που πρέπει να υποβάλλει ο κάθε ενδιαφερόμενος προκειμένου να συμμετάσχει στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, αναφέρει ότι μεταξύ άλλων πρέπει να κατατεθεί: *«Υπεύθυνη δήλωση Ν. 1599/86 στην οποία θα αναφέρεται ρητώς ότι όλα τα είδη θα είναι πρώτης ποιότητας, και θα δηλώνεται η χώρα προέλευσής τους (κατά προτίμηση εγχώριας παραγωγής ή προέλευσης Ε.Ε.) και θα πρέπει να πληρούν τις εκάστοτε περί τροφίμων ισχύουσες διατάξεις»*.

Από τα ανωτέρω προκύπτει μια διάσταση στους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού, η οποία εν προκειμένω κρίνεται ότι δεν συνδέεται με το άγονο αποτέλεσμα αυτού, στο ένα από τα δύο τμήματα του αιτήματος (αυτό των οπωρολαχανικών εφόσον δεν υπάρχει σχετική πλημμέλεια στα είδη αρτοποιίας) καθώς κρίνεται ότι ο όρος «ελληνικής παραγωγής» στις τεχνικές προδιαγραφές των οπωρολαχανικών, εξέφρασε πλημμελώς τη βούληση της αναθέτουσας αρχής να προμηθευτεί οπωρολαχανικά ορισμένης προέλευσης (εν προκειμένω ελληνικής), πλην όμως από κανένα σημείο της διακήρυξης δεν προκύπτει ότι ο ως άνω όρος τέθηκε επί ποινής αποκλεισμού της προσφοράς αντιθέτως μάλιστα, το σχετικό δικαιολογητικό που προβλέφθηκε στο άρθρο 6 της διακήρυξης και το οποίο μάλιστα είχε τεθεί επί ποινής απορρίψεως της προσφοράς, όριζε ότι δινόταν η

δυνατότητα υποβολής προσφοράς στην οποία για τα προσφερόμενα είδη θα δηλώνεται “η χώρα προέλευσής τους (κατά προτίμηση εγχώριας παραγωγής ή προέλευσης Ε.Ε.)”. Έπειτα από τα παραπάνω, λαμβάνοντας υπόψιν ότι ο ως άνω όρος δεν έλαβε δημοσιότητα, ότι δε χρησιμοποιήθηκε για την αξιολόγηση κάποιας προσφοράς και ότι δεν υποβλήθηκε κάποιο σχόλιο-αίτημα για διευκρίνιση από ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, κρίνεται ότι η σχετική αναφορά δε συνέχεται με το άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού για την προμήθεια των οπωρολαχανικών.

Πέραν των ανωτέρω κρίνεται σκόπιμο να αναφερθεί ότι έχει κριθεί επανειλημμένως (βλ. σχτ. ΣΤΕ 2/2011, 691/2009, ΣΤΕ 2004/2011, Ελ. Συν. Τμ. IV Πράξη 178/03, αριθμ. 52/2013, 57, 71, 74, 99, 120, 158, 377/2014, 256/2015 Αποφάσεις της Αρχής) ότι η αναφορά στη διακήρυξη σε προϊόντα ορισμένης προέλευσης, στο βαθμό που δεν δικαιολογείται επαρκώς, κατά παράβαση των άρθρων 3 και 52 παρ. 2 και 8 του π.δ. 60/2007, του άρθρου 4 παρ. 2 του ν. 2286/1995 και των άρθρων 3 παρ. 2 και 4 παρ. 3 του ΕΚΠΟΤΑ, περιορίζει εκ προοιμίου τη συμμετοχή των υποψηφίων, παραβιάζει τον ελεύθερο ανταγωνισμό, καθώς και τις βασικές αρχές του ενωσιακού δικαίου περί μη διακριτικής και άνισης μεταχείρισης.

ii) Αναφορικά με τη δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού, διαπιστώθηκε ότι στη περίληψη που δημοσιεύθηκε στην Ε.Ε.Ε.Ε. κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε η πλέον οικονομικά συμφέρουσα προσφορά, ενώ στη διακήρυξη του διαγωνισμού κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε η χαμηλότερη τιμή. Η ανωτέρω διάσταση, η οποία κατά δήλωση της Α.Α. οφείλεται σε παραδρομή, κρίνεται ότι δε συνδέεται με το άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού, καθώς ο ορισμός ενός εκ των δύο κριτηρίων ανάθεσης, που σε κάθε περίπτωση ήταν στη διακριτική ευχέρεια της Α.Α. να επιλέξει, δεν μπορεί να θεωρηθεί βασίμως ως επαρκής αιτία για την έλλειψη ενδιαφέροντος καθώς σε κάθε περίπτωση ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας θα μπορούσε να ανατρέξει στο σώμα της διακήρυξης και να πληροφορηθεί για την ορθή πληροφορία (βλ. σχετ. ΕΑΑΔΗΣΥ Αποφ. 126, 170/2015). Η διάθεση της διακήρυξης γινόταν ελεύθερα σε ηλεκτρονική μορφή από το site www.kefallonia.gov.gr και www.promitheus.gov.gr όπου ήταν αναρτημένη μαζί με τα λοιπά συμβατικά τεύχη, από τη δημοσίευση της προκήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε. και στην προκειμένη περίπτωση που ο διαγωνισμός γινόταν με ηλεκτρονικά μέσα, ο ενδιαφερόμενος έπρεπε υποχρεωτικά να επισκεφθεί την πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, από όπου και θα ενημερωνόταν για το ορθό κριτήριο ανάθεσης. Όπως προκύπτει από την μελέτη των προσφορών των συμμετεχόντων στην πλατφόρμα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στον εν λόγω διαγωνισμό κατατέθηκαν προσφορές από δύο οικονομικούς φορείς, χωρίς να προκύψει σύγχυση ως προς το κριτήριο ανάθεσης. Επιπρόσθετα στην καρτέλα «Επικοινωνία» του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, δεν υποβλήθηκε κάποιο σχετικό σχόλιο-αίτημα διευκρίνισης από ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα.

β) Ως προς τη μη υποβολή προσφοράς ή τη μη ύπαρξη υποψηφίου:

Με την υπ' αριθμ. 120/2016 απόφασή της (Απόσπασμα Πρακτικού της 15ης/26.04.2016 Συνεδρίασης με ΑΔΑ: Ω008ΩΕ5-ΘΑΑ), η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, αφού έλαβε υπ' όψιν το υπ' αριθμ. πρωτ. 12061/13.04.2016 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του διαγωνισμού, εισηγήθηκε την προμήθεια των ειδών οπωροπωλείου και αρτοποιίας από το Δημοτικό Συμβούλιο με τη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης, διότι δεν κατατέθηκε καμία προσφορά.

γ) Ως προς τη μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης:

Στο προσκομισθέν σχέδιο απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου, γίνεται ρητή αναφορά, στην προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων του προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού, όπως αυτοί είχαν καθοριστεί με την υπ' αριθμ. πρωτ. 4962/15.02.2016 διακήρυξη του Δήμου.

Από τα ανωτέρω διαπιστώνεται ότι τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 25, παρ. 1, περ. α' του π.δ. 60/2007, καθώς προκύπτει η συνδρομή λόγου και προϋπόθεσης για την προσφυγή του Δήμου Κεφαλλονιάς στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για την ανάθεση της προμήθειας τροφίμων, προκειμένου να καλυφθούν οι ανάγκες του Ο.Κ.Α.Π. του Δήμου και του Δημοτικού Γηροκομείου, για ένα έτος, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 90.351,47€ προ Φ.Π.Α., χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων της υπ' πρωτ. 4962/15.02.2016 διακήρυξης.

IV. Συμπέρασμα

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 Δήμου Κεφαλλονιάς, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, για την προμήθεια τροφίμων και συγκεκριμένα ειδών οπωροπωλείου και αρτοποιίας, για την κάλυψη των αναγκών του Οργανισμού Κοινωνικής Αλληλεγγύης και Παιδείας του Δήμου και του Δημοτικού Γηροκομείου, για ένα έτος, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 90.351,47€ προ Φ.Π.Α., για τα οποία ο προηγηθείς διεθνής διαγωνισμός απέβη άγονος, σύμφωνα με τις διατάξεις του π.δ. 60/2007, άρθρο 25, παρ. 1, περ. α, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 22 Ιουνίου 2016

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ
Η Αντιπρόεδρος

Χριστίνα Μπουσουλέγκα