

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ6/2018

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

Στην Αθήνα σήμερα 24 Ιανουαρίου 2018, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45, στην Αθήνα, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ 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 την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

Αντιπρόεδρος (Προεδρεύουσα) Χριστίνα Μπουσουλέγκα

Μέλη:

Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης

Δημήτριος Λουρίκας (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Δημήτριος Σταθακόπουλος

Μαρία Στυλιανίδου

Ερωφίλη Χριστοβασίλη

Ο Πρόεδρος Γεώργιος Καταπόδης απουσίασε λόγω δικαιολογημένου υπηρεσιακού κωλύματος, τα δε αναπληρωματικά μέλη δεν εκλήθησαν αφού δεν παρέστη ανάγκη.

Γραμματέας: Μαρία Αντωνοπούλου, Π.Ε. Διοικητικού -Οικονομικού

Εισηγήτρια: Γούναρη Ελένη, Τοπογράφος Μηχανικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν η Χριστίνα Καξιρή, Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., καθώς και η εισηγήτρια Ελένη Γούναρη, οι οποίες και αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη της Αρχής.

Θέμα: Διατύπωση σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας ειδών αρτοποιείου και ζαχαροπλαστικής (Ομάδα 8) και άρτου (Ομάδα 10) συνολικού προϋπολογισμού 28.968,00 € πλέον ΦΠΑ για τις ανάγκες του Δήμου Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας και της Κοινωφελούς Επιχείρησης αυτού για τα έτη 2018-2019, σε συνέχεια εν μέρει άγονου διαγωνισμού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, με τίτλο: 'Προμήθεια τροφίμων, αναλώσιμων ειδών και παροχή γάλακτος για το εργατοτεχνικό προσωπικό για τις ανάγκες του Δήμου Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας και της Κοινωφελούς Επιχείρησης του Δήμου για τα έτη 2018-2019' προϋπολογισμού 1.021.066,56 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Με το υπ' αρ. πρωτ. 32225/18-12-2017 αίτημά του προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή), που παρελήφθη την 27-12-2017 (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 7526), ο Δήμος Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας 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, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν.4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας ειδών αρτοποιείου και ζαχαροπλαστικής (Ομάδα 8) προϋπολογισμού 5.380,00 € πλέον ΦΠΑ καθώς και άρτου (Ομάδα 10) προϋπολογισμού 23.588,00 € πλέον ΦΠΑ, για τις ανάγκες του Δήμου Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας, και της Κοινωφελούς Επιχείρησης του Δήμου για τα έτη 2018-2019, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 28.968,00 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

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

1.1 Με την υπ' αρ. 195/07-09-2017 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας (ΑΔΑ: ΩΖΒΧΩΗΓ-ΟΕΒ) εγκρίθηκε η διενέργεια προμήθειας τροφίμων, αναλώσιμων ειδών και παροχή γάλακτος για το εργατοτεχνικό προσωπικό για τις ανάγκες του Δήμου και της Κοινωφελούς Επιχείρησης Φιλαδέλφειας-Χαλκηδόνας για τα έτη 2018-2019, μέσω δημόσιου, ανοικτού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 διαγωνισμού.

1.2 Με την υπ' αρ. 218/27-09-2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας εγκρίθηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές και καταρτίστηκαν οι όροι διενέργειας του ανωτέρω διαγωνισμού σύμφωνα με την υπ' αρ. 115/2017 σχετική μελέτη η οποία συντάχθηκε από τη Δ/ση Κοινωνικής Πολιτικής/ Τμ. Κοινωνικής Προστασίας του οικείου Δήμου.

1.3 Σύμφωνα με την υπ' αρ. Πρωτ. 23511/28-09-2017 διακήρυξη του προαναφερθέντος διαγωνισμού (ΑΔΑΜ:17PROC002016057), συνολικής εκτιμώμενης αξίας 1.174.721,06 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο διαγωνισμός αφορά στην προμήθεια τροφίμων και αναλώσιμων ειδών του Δήμου Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας και της Κοινωφελούς Επιχείρησης για τα έτη 2018-2019 για την κάλυψη των αναγκών τους. Ως κριτήριο κατακύρωσης της σύμβασης ορίζεται:

α) η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά σε ακέραιες μονάδες επί των τιμών του αναλυτικού τιμολογίου, για τα είδη παντοπωλείου, αρτοσκευασμάτων και ειδών ζαχαροπλαστικής, γάλακτος, άρτου, αναψυκτικών, νερών, εξοπλισμού κουζίνας και αναλώσιμων ειδών και βρεφικών κρεμών και

β) το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες (%) στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσής του, με βάση τις ανώτερες τιμές αυτών των ειδών που ανακοινώνονται κάθε φορά από τον επίσημο κρατικό φορέα όπως αυτές ορίζονται στο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών της Γεν. Δ/σης Ανάπτυξης Π.Ε. Κεντρικού Τομέα, Τμ. Εμπορίου της Περιφέρειας Αττικής. Σημειώνεται ότι η Μέση Λιανική Τιμή περιλαμβάνει ΦΠΑ για τα είδη σπωροπωλείου, ελαιολάδου, κατεψυγμένων λαχανικών, κατεψυγμένων ψαριών, κατεψυγμένων κρεάτων και τα είδη κρεοπωλείου.

1.4 Η εν λόγω προμήθεια χωρίζεται σε δεκατέσσερις (14) ομάδες, ως εξής:

Ομάδα 1: 'Είδη παντοπωλείου', π/υ 450.824,20 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 2: 'Είδη σπωροπωλείου', π/υ 51.313,40 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 3: 'Ελαιόλαδο', π/υ 70.700,56 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 4: 'Κατεψυγμένα λαχανικά', π/υ 9.338,50 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 5: 'Κατεψυγμένα ψάρια', π/υ 41.705,58 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 6: 'Κατεψυγμένα κρέατα', π/υ 57.780,00 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 7: 'Είδη κρεοπωλείου', π/υ 85.906,00 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 8: 'Είδη αρτοποιείου και ζαχαροπλαστικής', π/υ 5.380,00 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 9: 'Γάλα', π/υ 197.908,80 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 10: 'Άρτος', π/υ 23.588,00 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 11: 'Αναψυκτικά', π/υ 3.781,56 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 12: 'Νερό', π/υ 399,36 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 13: 'Εξοπλισμός κουζίνας, ειδών οικιακής χρήσης και αναλώσιμων τροφοδοσίας', π/υ 21.480,60 € πλέον ΦΠΑ

Ομάδα 14: 'Βρεφικές κρέμες', π/υ 960,00 € πλέον ΦΠΑ

Σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη: *'.....Οι συμμετέχοντες μπορούν να υποβάλλουν προσφορά για όλες τις Ομάδες και για τη συνολική προκηρυχθείσα ποσότητα όλων των ειδών, είτε να υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο μίας ή περισσότερων ομάδων της παρούσας προμήθειας....'*

Η διάρκεια ισχύος της σύμβασης είναι δύο έτη (2) από την υπογραφή της σύμβασης.

Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 12 της Διακήρυξης: *'.....Η Εγγύηση Συμμετοχής ανέρχεται σε ποσοστό 2% της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης εκτός ΦΠΑ'*

Επιπλέον: *'.... Ο προμηθευτής στον οποίον έγινε η κατακύρωση υποχρεούται...να καταθέσει Εγγύηση Καλής Εκτέλεσης των όρων της σύμβασης, το ύψος της οποίας αντιστοιχεί σε ποσοστό 5% της συνολικής συμβατικής αξίας, χωρίς το ΦΠΑ....'*

1.4 Περίληψη της εν λόγω διακήρυξης (αρ' πρωτ. 23512/28-09-2017 ΑΔΑ: ΩΣ58ΩΗΓ-ΞΞΜ), η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακήρυξης του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε.) στις 29-09-2017 και δημοσιεύτηκε στις 04-10-2017. Συνακόλουθα, η περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στις εφημερίδες: 'ΠΑΛΜΟΣ', 'ΝΑΥΤΕΜΠΟΡΙΚΗ', 'ΣΥΝΕΙΔΗΣΗ', 'ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ ΚΑΙ ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ' και 'ΚΑΘΗΜΕΡΙΝΗ ΑΜΑΡΥΣΙΑ' (ημερ. Δημ. 29-09-2017).

Περαιτέρω, αναρτήθηκε και στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής www.neafiladelfeia.gr. Η διακήρυξη αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη

www.promitheus.gov.gr του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) την 04-10-2017.

Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο ΕΣΗΔΗΣ ορίστηκε η 28-10-2017, ενώ ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στο σύστημα ορίστηκε η 04-10-2017. Ως ημερομηνία ανοίγματος των προσφορών ορίστηκε η 01-11-2017.

2. Την 01-11-2017 η Επιτροπή διαγωνισμού προέβη στην αποσφράγιση και έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών του διαγωνισμού, συντάσσοντας το σχετικό Πρακτικό. Σύμφωνα με αυτό κατατέθηκαν έξι (6) προσφορές, ως εξής: α) 'ΣΚΟΥΡΙΑΣ ΑΝΔΡΕΑΣ του ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΥ' για τις Ομάδες (1, 3, 4, 5, 6, 9, 11, 12, 13, 14), β) 'ΑΜΑΝΤΑ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ ΚΑΙ ΕΞΑΓΩΓΙΚΗ ΑΕ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΞΕΝΟΔΟΧΕΙΑΚΗ ΜΕΣΙΤΙΚΗ' για τις Ομάδες (2, 3, 4, 5, 6, 7), γ) 'ΓΑΛΑΚΤΟΚΟΜΙΚΑ ΜΑΝΔΡΕΚΑΣ ΑΕ' για την Ομάδα 9, δ) 'ΚΙΑΜΟΣ ΑΝΑΣΤΑΣΙΟΣ του ΙΩΑΝΝΗ' για την Ομάδα 2, ε) 'ΣΩΤΗΡΙΟΣ ΚΩΦΟΣ & ΣΙΑ ΕΕ' για την Ομάδα 2 και στ) 'ΑΦΟΙ Η. ΦΟΥΦΑ ΟΕ' για την Ομάδα 3. Μετά από την ολοκλήρωση του ελέγχου από την Επιτροπή η εταιρεία 'ΑΦΟΙ Η. ΦΟΥΦΑ ΟΕ' δε γίνεται αποδεκτή λόγω προσκόμισης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής με εσφαλμένο ποσό. Περαιτέρω, η Επιτροπή διαπίστωσε πως: *'.....δεν υπεβλήθησαν προσφορές για την Ομάδα 8: 'Αρτοσκευάσματα και είδη ζαχαροπλαστικής' και Ομάδα 10: 'Άρτος'....'*

2.1 Με την υπ' αρ. 275/22-11-2017 και με ΑΔΑ: (734Σ46ΜΩ0Ι-ΠΚΓ) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας, εγκρίθηκε το προαναφερθέν Πρακτικό, ως συντάχθηκε και επιπλέον, αποφασίστηκε: *'....η έγκριση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με το άρθρο 32, παρ 2α για την Ομάδα 8: 'Αρτοσκευάσματα και είδη ζαχαροπλαστικής' και για την Ομάδα 10: 'Άρτος', για τις οποίες δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά στο διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό. Κατόπιν εγκρίσεως της εφαρμογής της διαδικασίας αυτής από την Οικονομική Επιτροπή του Δήμου μας, θα πρέπει να ληφθεί η σύμφωνη γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ.....'*

3. Η αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αρ. Πρωτ. 1459/17-01-2018 Βεβαίωση που αφορά τον εν θέματι διαγωνισμό βεβαιώνει ότι: *'.....δεν εκκρεμούν έως σήμερα, ενστάσεις, προσφυγές και ασφαλιστικά ή άλλα ένδικα μέσα.....'*

4. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας με το υπ' αρ. Πρωτ. 32225/18-12-2017 έγγραφο – αίτημά του και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα που υπέβαλε στην Αρχή, αιτείται τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016, άρθρο 32 παρ.2α, για την Ομάδα 8: 'Αρτοσκευάσματα και είδη ζαχαροπλαστικής' προϋπολογιζόμενης αξίας 5.380,00 € πλέον ΦΠΑ και για την Ομάδα 10: 'Άρτος' προϋπολογιζόμενης αξίας 23.588,00 € πλέον ΦΠΑ.

II. Νομικό πλαίσιο

5. 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 την 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 της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου [...].».

6. Η διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 του ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ορίζει:

“Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 2 έως 221) [...] Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού”.

7. Το άρθρο 3 παρ. 1 και 2 του ίδιου νόμου ορίζει τα παρακάτω: “1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που πραγματοποιούνται από αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας αυτών, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο παρόν άρθρο. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης ή σύμβαση κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου είναι η απόκτηση, μέσω δημόσιας σύμβασης, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές, έργων, αγαθών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από τις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος”.

8. Σύμφωνα με το άρθρο 5 του ίδιου νόμου: “Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: [...] γ) 221.000 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. Το κατώτατο όριο αυτό εφαρμόζεται επίσης στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αυτές αφορούν προϊόντα που δεν εμπίπτουν στο Παράρτημα ΙΙΙ του Προσαρτήματος Α”.

9. Στο άρθρο 6 παρ. 1, 3 και 9 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: “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. [...] 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 κατατέμενεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...] 9. Όταν ένα σχέδιο αγοράς για την απόκτηση ομοιογενών αγαθών μπορεί να οδηγήσει σε ανάθεση συμβάσεων υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων, λαμβάνεται υπόψη κατά την εφαρμογή του άρθρου 5 περιπτώσεις β' και γ' η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων αυτών των τμημάτων. Όταν η συνολική αξία των τμημάτων ισούται ή υπερβαίνει το κατώτατο όριο που προβλέπεται στο άρθρο 5, το παρόν Βιβλίο εφαρμόζεται στην ανάθεση κάθε τμήματος”.

10. Η διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016, ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και στην οποία ορίζεται: “2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων,

προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: α) εάν, ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία είτε δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής δεν είναι κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημα της”.

11. Στο άρθρο 66 [Δημοσίευση σε εθνικό επίπεδο (άρθρο 52 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)] του ιδίου ως άνω νόμου προβλέπονται τα εξής: “[...] 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.”

III. Νομική Εκτίμηση

12. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας 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. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, προϋπολογισθείσας αξίας 28.968,00 € χωρίς Φ.Π.Α., που αποτελεί τμήμα σύμβασης προϋπολογισμού 1.021.066,56 € πλέον ΦΠΑ., 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.

13. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση, έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και ήδη στα παρόμοιου περιεχομένου άρθρα 26 και 32 του ν. 4412/2016 (βλ. σχετικώς ΔΕΕ, απόφαση της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56). Συναφώς επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις 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 (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13ης Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).

14. Με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ.2 περ. α’ του ν. 4412/2016, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να συνάπτουν συμβάσεις με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, με την προϋπόθεση: α) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, β) να μην έχει υποβληθεί κατά την ανωτέρω νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές να μην κρίνεται κατάλληλη ή να μην υπάρχει κανείς υποψήφιος και γ) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση. δ) Επιπλέον, προϋποθέτει ότι σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της

Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής εκθέσεως. (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).

15. Στην προκείμενη περίπτωση, ο Δήμος Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας επικαλείται ρητά ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός του τις διατάξεις που περιλαμβάνονται στο άρθρο 32, παράγραφος 2 εδάφιο α' του Ν. 4412/2016.

Σημειώνεται, ότι οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των προαναφερθέντων διατάξεων, προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση, είναι: α) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, β) να μην έχει υποβληθεί κατά την ανωτέρω νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές να μην κρίνεται κατάλληλη ή να μην υπάρχει κανείς υποψήφιος και γ) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση. (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).

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

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

Ο Δήμος Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας, με την υπ' αρ. πρωτ. 23511/28-09-2017 διακήρυξη (ΑΔΑΜ:17PROC002016057), προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, για την προμήθεια τροφίμων, αναλώσιμων ειδών και παροχή γάλακτος για το εργατοτεχνικό προσωπικό για τις ανάγκες του Δήμου Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας και της Κοινωφελούς Επιχείρησης του Δήμου για τα έτη 2018-2019' συνολικού προϋπολογισμού 1.021.066,56 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Η προμήθεια αφορούσε σε δεκατέσσερις (14) Ομάδες. Για τις δώδεκα (12) εξ' αυτών υπήρξαν προσφορές ενώ για τις άλλες δύο (2) δεν κατατέθηκε καμία προσφορά.

Ως προς την ορθή τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας του προηγηθέντος διαγωνισμού, επισημαίνεται ότι στο 66 παρ. 3 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι οι προκηρύξεις δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης των ουσιωδών όρων αυτών στο έντυπο της 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, ο Δήμος Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας απέστειλε το έντυπο της περίληψης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 29-09-2017, η δημοσίευση πραγματοποιήθηκε στις 04-10-2017, ενώ το σύνολο των δημοσιεύσεων στον Εθνικό τύπο έγινε στις 29-09-2017, ταυτόχρονα δηλαδή με την αποστολή της περίληψης της διακήρυξης στο έντυπο της Ε.Ε.Ε.

Εν προκειμένω από τα ανωτέρω παρατηρούνται επί μέρους πλημμέλειες, ως προς τον χρόνο δημοσίευσης, οι οποίες, όμως, όπως έχει γίνει δεκτό από την Αρχή, εν όψει της φύσεως και της οικονομικής αξίας της υπό κρίση προμήθειας δεν επηρεάζουν την ανάπτυξη

του ανταγωνισμού ούτε συνιστούν παράβαση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Πάντως, επισημαίνεται προς την αναθέτουσα αρχή, ότι η εν γένει αυστηρή τήρηση των προθεσμιών για την διασφάλιση των κανόνων της δημοσιότητας αποτελεί όρο για την εξασφάλιση συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού, πιθανή δε διαπίστωση ανεπάρκειας τέτοιων συνθηκών μπορεί να έχει ως διακύβευμα την επιτυχή εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας.(βλ. σχετικώς απόφαση 119/2017 της Αρχής).

16.2. Ως προς τη μη υποβολή προσφοράς ή τη μη ύπαρξη κατάλληλης προσφοράς ή τη μη ύπαρξη υποψηφίου:

Στο από 01-11-2017 Πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού το οποίο και εγκρίθηκε με την υπ' αρ. 275/22-11-2017 και με ΑΔΑ: (734Σ46ΜΩ0Ι-ΠΚΓ) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας, η Επιτροπή αναφέρει ότι: *'.....δεν υπεβλήθησαν προσφορές για την Ομάδα 8: 'Αρτοσκευάσματα και είδη ζαχαροπλαστικής' και Ομάδα 10: 'Άρτος'....'*

16.3. Ως προς τη μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης:

Από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης, ήτοι από το υποβληθέν αίτημα της αναθέτουσας αρχής καθώς και από το υποβληθέντα στοιχεία καθώς και την υπ' αρ. 275/22-11-2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του οικείου Δήμου, προκύπτει ότι η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης θα γίνει χωρίς ουσιώδεις τροποποιήσεις των όρων και των προβλεπόμενων της υπ' αρ. πρωτ. 23511/28-09-2017 διακήρυξης του προηγηθέντος, εν μέρει άγονου, διαγωνισμού.

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 Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας, σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) ν. 4013/2011, για διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν.4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας ειδών αρτοποιείου και ζαχαροπλαστικής (Ομάδα 8) προϋπολογισμού 5.380,00 € πλέον ΦΠΑ καθώς και άρτου (Ομάδα 10) προϋπολογισμού 23.588,00 € πλέον ΦΠΑ, για τις ανάγκες του Δήμου Ν. Φιλαδέλφειας – Ν. Χαλκηδόνας, και της Κοινωφελούς Επιχείρησης του Δήμου για τα έτη 2018-2019, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 28.968,00 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 24 Ιανουαρίου 2018
ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Η Προεδρεύουσα Αντιπρόεδρος

Χριστίνα Μπουσουλέγκα

