



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ  
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ 87/2018

(της διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 8<sup>η</sup> Αυγούστου του έτους δύο χιλιάδες δεκαοκτώ (2018) ημέρα Τετάρτη και ώρα 11:30 και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 & Κομνά Τράκα, στους Αμπελόκηπους, 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:

**Πρόεδρος:** Γεώργιος Καταπόδης  
**Αναπληρωτής Πρόεδρος:** Μιχαήλ Εκατομμάτης  
**Μέλη:** Δημήτριος Σταθακόπουλος  
Μαρία Στυλιανίδου  
Ερωφίλη Χριστοβασίλη

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

**Γραμματέας:** Αντωνοπούλου Μαρία, ΠΕ Διοικητικού – Οικονομικού.

**Εισηγητής:** Χρήστος Κανελλόπουλος, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά την διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη η προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων Χριστίνα Καξιρή, η οποία αποχώρησε πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη της Αρχής.

**Θέμα:** Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας «Τροφίμων» για τις ανάγκες του Δήμου Κεφαλλονιάς (ΟΚΑΠ) προϋπολογισμού € 36.850,95 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

1. Με το με αριθ. 18566/12-7-2018 έγγραφο του Δήμου Κεφαλλονιάς (αριθ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 3832/18-7-2018), ζητείται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011 για την προμήθεια «Τροφίμων» για τις ανάγκες του Δήμου Κεφαλλονιάς

(ΟΚΑΠ) προϋπολογισμού € 36.850,95 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

## I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

2. Από τη μελέτη των στοιχείων και εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα:
- 2.1 Με την με αριθ. 132/6633/9-3-2018 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: 18PROC002783088 2018-03-09) του, ο Δήμος Κεφαλλονιάς διενήργησε ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν.4412/2016, διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την προμήθεια «Τροφίμων», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 499.672,53 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 589.056,41 με Φ.Π.Α. οικονομικού έτους 2018, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για τη συνολική προκηρυχθείσα ποσότητα κάθε ομάδας. Τα Τμήματα της Διακήρυξης ήταν τριάντα επτά (37):

ΤΜΗΜΑΤΑ	ΕΙΔΟΣ	ΦΟΡΕΑΣ	ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ € ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.
1	ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	ΔΗΜΟΣ ΚΕΦΑΛΛΟΝΙΑΣ	59.818,62
2	ΠΑΓΩΤΑ	ΔΗΜΟΣ ΚΕΦΑΛΛΟΝΙΑΣ	59.610,00
3	ΑΝΑΨΥΚΤΙΚΑ	ΔΗΜΟΣ ΚΕΦΑΛΛΟΝΙΑΣ	33.391,00
4	ΠΟΤΑ	ΔΗΜΟΣ ΚΕΦΑΛΛΟΝΙΑΣ	2.146,30
5	ΝΕΡΟ	ΔΗΜΟΣ ΚΕΦΑΛΛΟΝΙΑΣ	11.404,00
6	ΜΠΥΡΑ	ΔΗΜΟΣ ΚΕΦΑΛΛΟΝΙΑΣ	13.550,00
7	ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	ΚΕΔΗΚΕ	5.472,30
8	ΑΝΑΨΥΚΤΙΚΑ	ΚΕΔΗΚΕ	1.609,50
9	ΠΟΤΑ	ΚΕΔΗΚΕ	132,42
10	ΝΕΡΟ	ΚΕΔΗΚΕ	798,90
11	ΜΠΥΡΑ	ΚΕΔΗΚΕ	136,00
12	ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	ΔΓΑ	81.733,78
13	ΟΠΩΡΟΚΗΠΕΥΤΙΚΑ	ΔΓΑ	28.741,75
14	ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΟΙΪΑΣ	ΔΓΑ	28.130,30
15	ΕΙΔΗ ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ	ΔΓΑ	14.904,10
16	ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ	ΔΓΑ	9.716,50
17	ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΟΙΪΑΣ	ΟΚΑΠ	5.867,25
18	ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΟΙΪΑΣ	ΟΚΑΠ	2.153,85
19	ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΟΙΪΑΣ	ΟΚΑΠ	1.881,30

20	ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΟΪΑΣ	ΟΚΑΠ	1.452,30
21	ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΟΪΑΣ	ΟΚΑΠ	2.088,00
22	ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ	ΟΚΑΠ	22.393,54
23	ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ	ΟΚΑΠ	8.872,76
24	ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ	ΟΚΑΠ	4.635,74
25	ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ	ΟΚΑΠ	1.133,79
26	ΟΠΩΡΟΚΗΠΕΥΤΙΚΑ	ΟΚΑΠ	3.065,84
27	ΟΠΩΡΟΚΗΠΕΥΤΙΚΑ	ΟΚΑΠ	11.919,48
28	ΟΠΩΡΟΚΗΠΕΥΤΙΚΑ	ΟΚΑΠ	6.303,01
29	ΟΠΩΡΟΚΗΠΕΥΤΙΚΑ	ΟΚΑΠ	2.134,33
30	ΟΠΩΡΟΚΗΠΕΥΤΙΚΑ	ΟΚΑΠ	1.358,23
31	ΟΠΩΡΟΚΗΠΕΥΤΙΚΑ	ΟΚΑΠ	1.693,20
32	ΤΡΟΦΙΜΑ	ΟΚΑΠ	33.570,36
33	ΤΡΟΦΙΜΑ	ΟΚΑΠ	12.735,03
34	ΤΡΟΦΙΜΑ	ΟΚΑΠ	7.365,57
35	ΤΡΟΦΙΜΑ	ΟΚΑΠ	3.037,61
36	ΤΡΟΦΙΜΑ	ΟΚΑΠ	4.358,67
37	ΤΡΟΦΙΜΑ	ΟΚΑΠ	<u>10.357,20</u>
<b>ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.</b>			<b>499.672,53</b>

Η διάρκεια της σύμβασης ορίστηκε α) για τα κυκλεία των παραλιών Μύρτου και Πλατύ Γιαλού για το χρονικό διάστημα από 1<sup>η</sup> Ιουνίου 2018 έως 31<sup>η</sup> Οκτωβρίου 2018 και β) τα κυκλεία της ΚΕΔΗΚΕ, τις ανάγκες του ΟΚΑΠ και του ΔΓΑ, για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους από την υπογραφή της σύμβασης ανάθεσης ή μέχρι εξαντλήσεως των αποθεμάτων. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr), ορίστηκε η 17η Απριλίου 2018 και ώρα 23:59 μμ. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 20η Απριλίου 2018 και ώρα 10:00 π.μ. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 54038 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 12η Μαρτίου 2018.

Στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Ο μέγιστος αριθμός ΤΜΗΜΑΤΩΝ που μπορεί να ανατεθεί σε έναν προσφέροντα ορίζεται ως κάτωθι: Α) είτε για το σύνολο των τριάντα επτά (37) ομάδων του διαγωνισμού είτε: ... Ε) για το σύνολο των ομάδων που αφορά το Ν.Π. ΟΚΑΠ (από ομάδα 17 έως ομάδα 37), είτε ΣΤ) για το σύνολο των ομάδων του Ν.Π. ΟΚΑΠ που αφορούν ομοειδή δαπάνη, λ.χ.: ομάδες 17&18&19&20&21 (ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ).».

- 2.2** Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 8η Μαρτίου 2018 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 10η Μαρτίου 2018 (S 049 - 107510).
- 2.3** Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ: ΨΗ55ΩΕ5-ΡΜ2) δημοσιεύτηκε την 13η Μαρτίου 2018 στις εφημερίδες «ΗΜΕΡΗΣΙΟΣ», «ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΟΣ» και την 17η Μαρτίου 2018 στην εφημερίδα «ΤΑ ΧΡΟΝΙΚΑ».
- 2.4** Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο [www.kefallonia.gov.gr](http://www.kefallonia.gov.gr) καθώς και στο ΚΗΜΔΗΣ την 9-3-2018 .

- 2.5** Με το με αριθ. 10608/20-4-2018 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής, των Τεχνικών Προσφορών και των Οικονομικών Προσφορών: **α)** πρότεινε την αποδοχή και των τριών (3) επιχειρήσεων

ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ	ΤΜΗΜΑΤΑ
ΑΦΟΙ ΕΛΕΥΘΕΡΙΟΥ ΛΙΓΝΟΥ Α.Β.Ε.Κ.Τ.Ε.	1 – 6
ΝΤΕΛΙΚΑΤΕΣΕΝ ΤΡΟΦΕΣ Ε.Ε.	12 – 16
ΓΑΛΑΤΣΙΑΤΟΣ Ο. ΕΥΑΓΓΕΛΟΣ	7 – 16, 22 – 26, 32 – 37

διότι οι προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης, **β)** διαπίστωσε την μη υποβολή προσφορών για τα Τμήματα 17 – 21, 27 – 31 και **γ)** πρότεινε την κατακύρωση των Τμημάτων στους μειοδότες όπως αυτοί εμφανίζονται στο εν λόγω Πρακτικό.

- 2.6** Με την με αριθ. 122/26-4-2018 Απόφασή (κατά πλειοψηφία) της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Κεφαλλονιάς ενέκρινε το με αριθ. 10608/2018 Πρακτικό και αποφάσισε την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τα Τμήματα 17 -21, 27 - 31 για τα οποία δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 30-4-2018.
- 2.7** Εν συνεχεία, με το με αριθ. 13503/22-5-2018 Πρακτικό, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Κατακύρωσης έκανε αποδεκτά τα Δικαιολογητικά και των τριών (3) επιχειρήσεων διότι τα Δικαιολογητικά τους ήταν σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης.
- 2.8** Με την με αριθ. 160/1-6-2018 Απόφασή (κατά πλειοψηφία) της, η οποία αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 4-6-2018, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Κεφαλλονιάς ενέκρινε το ως άνω με αριθ. 13503/2018 Πρακτικό.
- 2.9** Με την με αριθ. πρωτ. 112860/5-7-2018 Απόφαση (ΑΔΑ: Ψ9ΚΘΟΡΙΦ-ΗΑΙ), ο Συντονιστής της Αποκεντρωμένης Διοίκησης έκρινε νόμιμη την με αριθ. 160/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου.
- 2.10** Με τη με αριθ. πρωτ. 18565/12-7-2018 βεβαίωση, ο Δήμος Κεφαλλονιάς βεβαιώνει ότι δεν εκκρεμούν Ενστάσεις, Προδικαστικές Προσφυγές ή Ένδικα Μέσα κατά της με αριθμό 132/6633/09-03-2018 Διακήρυξης.
- 2.11** Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Κεφαλλονιάς, με το με αριθ. 18566/12-7-2018 έγγραφό του, στο οποίο επισυνάπτεται σχέδιο Απόφασης, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια **διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την προμήθεια «Τροφίμων» προϋπολογισμού € 36.850,95 χωρίς Φ.Π.Α., οικονομικού έτους 2018, χωρίς τροποποίηση της Σύμβασης.**

## 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».

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

5. Το άρθρο 6 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς Φ.Π.Α., όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. [...]. 2. Όταν η αναθέτουσα αρχή αποτελείται από χωριστές επιχειρησιακές μονάδες λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία για όλες τις χωριστές επιχειρησιακές μονάδες. Κατά παρέκκλιση του πρώτου εδαφίου, όταν μια χωριστή επιχειρησιακή μονάδα είναι ανεξαρτήτως υπεύθυνη για τις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων της ίδιας ή ορισμένων κατηγοριών αυτών, η αξία των συμβάσεων μπορεί να υπολογίζεται στο επίπεδο της συγκεκριμένης μονάδας. 3. Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...].».
6. Το άρθρο 27 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Στις ανοικτές διαδικασίες, κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλλει προσφορά στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού. Η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε 35 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης της προκήρυξης σύμβασης, υπό την επιφύλαξη της παρ. 2 του άρθρου 60 και του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 67. Η προσφορά συνοδεύεται από τις πληροφορίες για την ποιοτική επιλογή που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή. [...]. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συντμήσει κατά πέντε ημέρες την προθεσμία παραλαβής των προσφορών που ορίζεται στο δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 όταν αποδέχεται την υποβολή προσφορών με ηλεκτρονικά μέσα, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 και την παράγραφο 5 του άρθρου 22 και το άρθρο 37.[...].».
7. Το άρθρο 32, του Ν. 4412/2016 (Α' 147), το οποίο ενσωματώνει τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζει ότι: «1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. 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 ουσιαστικά οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημά της. Μη κατάλληλη θεωρείται μια 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. [...].».

### III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

8. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Κεφαλλονιάς, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας με την έννοια της διάταξης της περίπτωσης 8 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη της περίπτωσης 8 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Δεδομένου ότι, πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με την περίπτωση α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης προϋπολογισμού € 36.850,95 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια ανοικτού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 διαγωνισμού προϋπολογισμού € 499.672,53 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.
9. Επισημαίνεται ότι 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 συστατικής ερμηνείας, το δε βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει αυτός που τις επικαλείται (βλ. υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33, της 8ης Απριλίου 2008, C- 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψεις 57-58, της 27ης Οκτωβρίου 2011, C - 601/10, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλ. 2011, I-00163, σκέψη 32).
10. Στην προκείμενη περίπτωση ο Δήμος Κεφαλλονιάς επικαλείται ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της, τη διάταξη της περίπτωσης α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν.4412/2016, ήτοι την μη υποβολή προσφορών, κατόπιν διενέργειας ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, διαγωνισμού. Οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης αυτής, προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης είναι: **α)** η νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή διαδικασία και **β)** η μη υποβολή προσφοράς, **γ)** η μη ουσιώδης τροποποίηση των αρχικών όρων της Σύμβασης.
11. Ειδικότερα δε, σχετικά με την υπό σημείο α) προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής διαδικασίας, παγίως έχει κριθεί ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της περίπτωσης α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32, συνέχεται άμεσα με τον προηγούμενο αυτής διαγωνισμό, με συνέπεια η μη νομιμότητα της υποκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας να καθιστά παρακολουθηματικά παράνομη στο

σύνολό της και τη συγκεκριμένη διαδικασία (ΕΣΠράξη 215/2012 Κλιμάκιο Ζ΄, ΕΣ-Αποφ. VI Τμ. 466/2011, 1249/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013, ΕΣ 98/2013 Κλιμάκιο ΣΤ΄).

- 12.** Ως προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής διαδικασίας από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται ότι ο Δήμος Κεφαλλονιάς διενήργησε ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν.4412/2016, διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την προμήθεια «Τροφίμων», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 499.672,53 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 589.056,41 με Φ.Π.Α. οικονομικού έτους 2018, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για τη συνολική προκηρυχθείσα ποσότητα κάθε ομάδας. Η εν λόγω Διακήρυξη, για την οποία τηρήθηκαν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας, δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν οικονομικό φορέα από την συμμετοχή του στον διαγωνισμό και τηρήθηκε η ελάχιστη προθεσμία υποβολής προσφορών του άρθρου 27 ν. 4412/2016. Ωστόσο, καίτοι δε διαπιστώθηκαν ουσιώδεις πλημμέλειες, οι οποίες συνέχονται με το άγνοο αποτέλεσμα του διαγωνισμού, για τη βελτίωση των διαδικασιών η Αρχή επισημαίνει ότι έγγραφα της σύμβασης προκύπτει ότι τα ειδικότερα αναφερόμενα στις περιπτώσεις Ε) και ΣΤ) του άρθρου 1.3 σχετικά με τον μέγιστο αριθμό τμημάτων που δύναται διαζευκτικά να ανατεθούν σε έναν προσφέροντα, είτε δηλαδή για το σύνολο των ομάδων που αφορά το Ν.Π. ΟΚΑΠ είτε για το σύνολο των ομάδων του Ν.Π. ΟΚΑΠ που αφορούν σε ομοειδή δαπάνη, θα προκαλούσε ενδεχομένως, κατά την κρίση της Αρχής, σύγχυση ως προς τον τρόπο αξιολόγησης τυχόν υποβληθεισών προσφορών σύμφωνα με τις αντίστοιχες περιπτώσεις Ε) και ΣΤ) του άρθρου 2.4.1 της διακήρυξης. Ως εκ τούτου, επισημαίνεται στην αναθέτουσα αρχή ότι καίτοι δεν υποβλήθηκε σχετική διευκρινιστική ερώτηση δέον όπως όλοι οι όροι είναι διατυπωμένοι με σαφήνεια, ώστε να επιτρέπεται στους ενδιαφερόμενους να τους κατανοούν πλήρως και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο.

Τέλος σημειώνεται ότι από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι δεν τηρήθηκαν οι προθεσμίες που ορίζονται στην παράγραφο 3 του άρθρου 66 του ν.4412/2016, ωστόσο, εν όψει της μικρής χρονικής απόκλισης σε συνδυασμό με τη φύση της υπό κρίση σύμβασης, η σχετική πλημμέλεια δε διαφαίνεται να επηρεάζει την ανάπτυξη του ανταγωνισμού ούτε συνιστά παραβίαση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Επισημαίνεται, όμως, προς την αναθέτουσα αρχή ότι η εν γένει αυστηρή τήρηση των προθεσμιών δημοσιότητας αποτελεί όρο για την εξασφάλιση συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού.

- 13.** Ως προς την προϋπόθεση της μη υποβολής προσφορών, από το παραταθέν ιστορικό προκύπτει ότι με το με αριθμ. 10608/20-4-2018 Πρακτικό, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής, των Τεχνικών Προσφορών και των Οικονομικών Προσφορών διαπίστωσε την μη υποβολή προσφορών για τα τμήματα 17-21 και 27-31. Ακολούθως με την με αριθμ. πρωτ. 122/26-4-2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή ενέκρινε το σχετικό πρακτικό και αποφάσισε την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τα εν λόγω τμήματα.
- 14.** Ως προς την προϋπόθεση της μη ουσιώδους τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης, στο υποβληθέν σχέδιο Απόφασής της η αναθέτουσα αρχή ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής προκειμένου να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης, με τους ίδιους όρους της με αριθμ. 132/6633/09-03-2018 διακήρυξης και, επομένως, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.
- 15.** Εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων, διαπιστώνεται ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων της περίπτωσης α΄ της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας «Τροφίμων» για τις ανάγκες του Δήμου Κεφαλλονιάς (ΟΚΑΠ) προϋπολογισμού € 36.850,95 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

#### **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 τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση **για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας «Τροφίμων» για τις ανάγκες του Δήμου Κεφαλλονιάς (ΟΚΑΠ) προϋπολογισμού € 36.850,95 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).** σύμφωνα με τις διατάξεις της περίπτωσης α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

**Αθήνα, 8 Αυγούστου 2018**

**ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ**

**Ο Πρόεδρος**

**Γεώργιος Καταπόδης**