



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΓΝΩΜΗ

Δ14/2019

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

ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την **21η Φεβρουαρίου 2019, ημέρα Πέμπτη και ώρα 9:30 π.μ.**, και επί της οδού Κεφαλληνίας 45, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (εφεξής Αρχή) σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα Μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα Μέλη της Αρχής, παρέστησαν κατά τη συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Προεδρεύουσα: Χριστίνα Μπουσουλέγκα (Αντιπρόεδρος)**
- 2. Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης (Μέλος)**
- 3. Ερωφίλη Χριστοβασίλη (Μέλος)**
- 4. Δημήτριος Λουρίκας, μέσω τηλεδιάσκεψης (Μέλος)**

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

Εισηγητής: Χρήστος Κανελλόπουλος, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό

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

Ερώτημα: Το αριθ. 764/28-1-2019 έγγραφο της Περιφέρειας Νοτίου Αιγαίου (αριθ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 572/30-1-2019).

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011 για την προμήθεια «Τροφίμων», προϋπολογισμού € 134.798,80 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.).

Ι. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

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

1.1 Με την αριθ. 5124/8-6-2018 Διακήρυξή (18PROC003227677 2018-06-08) της, η Περιφέρεια Νοτίου Αιγαίου διενήργησε ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν.4412/2016, διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την προμήθεια «Υποέργο: Είδη Τροφίμων για τον Φορέα ΠΕ Καλύμνου – Καρπάθου (No 54)», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 484.622,88 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 550.919,43 με Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης: **α)** το μεγαλύτερο ενιαίο ποσοστό έκπτωσης (πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής) επί της Μέσης Λιανικής Τιμής Πώλησης της Περιφερειακής Ενότητας Ν. Αιγαίου για τα Είδη τα οποία εμπίπτουν στο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών και **β)** την χαμηλότερη τιμή για τα Είδη τα οποία δεν εμπίπτουν στο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών. Η εν λόγω προμήθεια έχει ενταχθεί στο έργο «Αποκεντρωμένες Προμήθειες Τροφίμων και Βασικής Υλικής Συνδρομής, Διοικητικές Δαπάνες και Παροχή Συνοδευτικών Μέτρων 2015-2016», η δαπάνη του οποίου (έργου) εγγράφηκε στο Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων με κωδικό ΣΑ Ε0938 «Επιχειρησιακό Πρόγραμμα Συνδρομής από το Ευρωπαϊκό Ταμείο Βοήθειας (Τ.Ε.Β.Α.) Τα Τμήματα της Διακήρυξης ήταν έξι (6):

| ΤΜΗΜΑΤΑ | ΕΙΔΟΣ | ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ € ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α. |
|--|-----------------|-------------------------------|
| 1 | ΒΡΕΦΙΚΕΣ ΤΡΟΦΕΣ | 8.709,60 |
| 2 | ΕΛΑΙΟΛΑΔΟ | 66.480,00 |
| 3 | ΠΟΥΛΕΡΙΚΑ | 46.536,00 |
| 4 | ΧΟΙΡΙΝΟ ΚΡΕΑΣ | 63.533,20 |
| 5 | ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ | 283.344,08 |
| 6 | ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟΥ | <u>16.020,00</u> |
| ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α. | | 484.622,88 |

Ανάδοχος θα ανακηρυσσόταν ο οικονομικός φορέας που θα προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για κάθε Τμήμα. Η Σύμβαση είχε διάρκεια δώδεκα (12) μήνες. Ως ημερομηνία έναρξης ορίστηκε η 25^η Ιουνίου 2018, ώρα 00:01 π.μ., και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στην διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr, ορίστηκε η 9^η Ιουλίου 2018, ώρα 21:00 μμ. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 13^η Ιουλίου 2018 και ώρα 10:00 π.μ. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 50706 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 8^η Ιουνίου 2018.

1.2 Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 5^η Ιουνίου 2018 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 7^η Ιουνίου 2018 (S 107-244940).

1.3 Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ: ΩΚΘ27ΛΞ-ΧΕΨ) δημοσιεύτηκε την 9^η Ιουνίου 2018 στις εφημερίδες «ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΚΗ», «ΡΟΔΙΑΚΗ» και την 11^η Ιουνίου στην εφημερίδα «ΤΟ ΒΗΜΑ».

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

1.5 Με το από 13-7-2018 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προσφορών: **α)** πρότεινε την αποδοχή των προσφορών των επιχειρήσεων:

| ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ | ΤΜΗΜΑ |
|---|-------|
| ΑΣΠΡΑΚΗΣ – ΚΟΛΕΓΙΑΝΝΗΣ Α.Β.Ε.Ε. | 5 |
| ΖΟΥΜΠΟΥΛΑΚΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ Α.Ε. | 5 |
| ΑΙΓΑΙΟΝ – ΓΕΝΙΚΗ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΙΚΗ ΤΡΟΦΙΜΩΝ Ε.Π.Ε. | 2, 5 |
| ΚΑΣΙΟΥ Μ. ΙΚΕ | 2 |

διότι οι προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τους όρους του διαγωνισμού, **β)** πρότεινε την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας «ΑΦΟΙ Η. ΦΟΥΦΑ Α.Ε. (Τμήμα 2)», διότι δεν κατέθεσε αντίγραφο του ισχύοντος καταστατικού ψηφιακά υπογεγραμμένο από το Γ.Ε.Μ.Η., σύμφωνα με το άρθρο 10 της Διακήρυξης και **γ)** διαπίστωσε ότι δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά για τα Τμήματα 1, 3, 4 & 6 προτείνοντας την κήρυξη τους, ως αγόνων και την προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 32, παράγραφος 2, εδάφιο α' του Ν. 4412/2016.

1.6 Με την αριθ. 392/24-7-2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας ενέκρινε το ανωτέρω Πρακτικό και αποφάσισε την προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με το άρθρο 32 του Ν. 4412/2016, για τα Τμήματα 1, 3, 4 & 6 ύστερα από την σύμφωνη γνώμη της Αρχής. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 10^η Αυγούστου 2018.

1.7 Με την από 13-8-2018 Προδικαστική Προσφυγή της ενώπιων της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, η εταιρεία «ΑΙΓΑΙΟΝ – ΓΕΝΙΚΗ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΙΚΗ ΤΡΟΦΙΜΩΝ Ε.Π.Ε.» προσέφυγε κατά της αριθ. 392/2018 Απόφασης για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή (Προσφυγή).

1.8 Με την αριθ. 738/6-9-2018 Απόφασή της, η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών απέρριψε την εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή (Απόφαση)

1.9 Με το αριθ. 1482/12-2-2019 έγγραφό της, η Περιφέρεια Νοτίου Αιγαίου βεβαιώνει ότι δεν έχουν υποβληθεί, εκτός της Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας «ΑΙΓΑΙΟΝ – ΓΕΝΙΚΗ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΙΚΗ ΤΡΟΦΙΜΩΝ Ε.Π.Ε.», άλλες Ενστάσεις, Προδικαστικές Προσφυγές ή Ένδικα Μέσα κατά του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της Διακήρυξης.

1.10 Κατόπιν των ανωτέρω, η Περιφέρεια Νοτίου Αιγαίου, με το προαναφερόμενο έγγραφό της, στο οποίο επισυνάπτεται σχέδιο Απόφασης, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια **διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την προμήθεια «Τροφίμων (Τμήματα 1, 3, 4, 6)» προϋπολογισμού € 134.798,80 χωρίς Φ.Π.Α., χωρίς τροποποίηση των όρων της Σύμβασης.**

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

2 Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, ορίζει ότι: «2.α. Οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγματεύσεως για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. [...]».

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

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

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

5 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.[...].».

6 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

7 Το υπό εξέταση αίτημα της Περιφέρειας Νοτίου Αιγαίου, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης βάσει της παραγράφου 2, περίπτωση α' του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

8 Δεδομένου ότι, πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας προϋπολογισμού € 134.798,80 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια ανοικτού άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016 διαγωνισμού προϋπολογισμού € 484.622,88 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.

9 Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση α', προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση, είναι: **α)** η νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή διαδικασία και **β)** η μη υποβολή προσφοράς, **γ)** η μη ουσιώδης τροποποίηση των αρχικών όρων της Σύμβασης.

10 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. σχετικά ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56, της 23ης Απριλίου 2009, C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου, EU:C:2009:246, σκέψεις 105-106, της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, C-19/13, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA και Telecom Italia SpA, EU:C:2014:2194, σκέψη 49, της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, C -549/14, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, EU:C:2016:634, σκέψη 35). Συναφώς επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συστατικής ερμηνείας, το δε βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει αυτός που τις επικαλείται (βλ. υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33, της 8ης Απριλίου 2008, C- 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψεις 57-58, της 27ης Οκτωβρίου 2011, C - 601/10, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλ. 2011, I-00163, σκέψη 32).

11 Στην προκειμένη περίπτωση, η Περιφέρεια Νοτίου Αιγαίου επικαλείται ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της, τις διατάξεις του άρθρου 32, παράγραφος 2, εδάφιο α' του Ν 4412/2016, ήτοι την μη υποβολή προσφορών, κατόπιν διενέργειας ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμού.

12 Ειδικότερα δε, σχετικά με την υπό σημείο α) προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής διαδικασίας, παγίως έχει κριθεί ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2, περίπτωση α' 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 (ΕΣ - Πράξη 215/2012-Ζ' Κλιμάκιο, ΕΣ - Αποφ. VI Τμ. 1249/2011, 466/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

13 Ως προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται ότι, η Περιφέρεια Νοτίου Αιγαίου διενήργησε ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για τη προμήθεια «Τροφίμων» προϋπολογισμού € 484.622,88 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες της, με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη, για την οποία τηρήθηκαν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας, δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν Οικονομικό Φορέα από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό

14 Ως προς την προϋπόθεση της μη υποβολής προσφορών, από τα παραταθέν ιστορικά προκύπτει ότι, με την αριθ. 392/2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας, ενέκρινε το από 13-7-2018 Πρακτικό και αποφάσισε τη προσφυγή στη

διαδικασία της διαπραγμάτευσης, για τα Τμήματα 1, 3, 4, & 6, για τα οποία δεν υποβλήθηκαν προσφορές, βάσει των διατάξεων του άρθρου 32, παράγραφος 2, εδάφιο α' του Ν. 4412/2016, ύστερα από τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής.

15 Ως προς την προϋπόθεση της μη ουσιώδους τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης, στο υποβληθέν σχέδιο Απόφασής της, η Περιφέρεια Νοτίου Αιγαίου ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προκειμένου να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.

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

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 της Περιφέρειας Νοτίου Αιγαίου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την προμήθεια «Τροφίμων (Τμήματα 1, 3, 4, 6)» προϋπολογισμού € 134.798,80 χωρίς Φ.Π.Α. , κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 21 Φεβρουαρίου 2019

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ
Η Αντιπρόεδρος
Χριστίνα Μπουσουλέγκα