



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΑΠΟΦΑΣΗ
377/2014**

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 16 Δεκεμβρίου του έτους δύο χιλιάδες δεκατέσσερα (2014) ημέρα Τρίτη και ώρα 10:30 π.μ. και επί της οδού Λ. Κηφισίας 7, 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:

- 1. Πρόεδρος:** Δημήτριος Ράϊκος
- 2. Αντιπρόεδρος:** Χριστίνα Μπουσουλέγκα
- 3. Μέλη:** Ευάγγελος Καραμανλής
Ιωάννα Κουλούρη
Δημήτριος Λουρίκας
Δημήτριος Σταθακόπουλος

Γραμματέας: Τσιάβου Στυλιανή

Εισηγήτρια: Όλγα Αβαδέλου, Νοσοκομειακός Φαρμακοποιός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά την διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη η εισηγήτρια Όλγα Αβαδέλου, η οποία αποχώρησε πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατόπιν προηγηθέντος εν μέρει άγονου ανοιχτού διεθνούς διαγωνισμού, για την σύναψη σύμβασης προμήθειας τροφίμων και συγκεκριμένα ειδών παντοπωλείου, ιχθυοπωλείου-κατεψυγμένα, οπωρολαχανοπωλείου, γαλακτοπωλείου, για τη σίτιση των τροφίμων για το

Ν.Π.Δ.Δ. "Κοινωνική Πολιτική και Μουσική Παιδεία" και την "Κοινωφελή Επιχείρηση Επιχείρηση Δήμου Ρεθύμνης" (ΚΕ.ΔΗ.Ρ.), για τα έτη 2014-2015 με δυνατότητα τρίμηνης παράτασης, προϋπολογισμού 108.799,35 πλέον ΦΠΑ, ήτοι 122.943,27€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Με το υπ' αριθ. Πρωτ. 29731/11.2014 αίτημα του Δήμου Ρεθύμνης προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το οποίο παρελήφθη στις 18.11.2014 (αριθ. πρωτ. εισερχ. 4848), όπως συμπληρώθηκε με το αριθ. πρωτ. Οικ. 31532/27.11.2014 έγγραφό του, το οποίο παρελήφθη από την Αρχή στις 1.12.2014, με αριθμό πρωτ. 5065, ο Δήμος Ρεθύμνης αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, κατά 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. 1 α' του π.δ. 60/2007, για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου και των νομικών του προσώπων, προϋπολογισμού 108.799,35€ πλέον ΦΠΑ, για διάστημα ενός (1) έτους από την υπογραφή της σύμβασης, με δυνατότητα τρίμηνης παράτασης, σε συνέχεια του εν μέρει άγονου διαγωνισμού που έχει προηγηθεί.

I. Ιστορικό-πραγματικά περιστατικά

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

1. Το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου Ρεθύμνης, με την υπ' αριθμ. 505/2014 απόφασή του με ΑΔΑ:783ΘΩ1Ψ-ΠΕΙ (Πρακτικό 16 Συνεδρίασης 21.08.2014), ενέκρινε την διενέργεια της προμήθειας τροφίμων για τη σίτιση των παιδιών του Μουσικού Σχολείου για το σχολικό έτος 2014-2015, και τροφίμων για το Ν.Π.Δ.Δ. "Κοινωνική Πολιτική και Μουσική Παιδεία" και την "Κοινωφελή Επιχείρηση Επιχείρηση Δήμου Ρεθύμνης" (ΚΕ.ΔΗ.Ρ.), για τα έτη 2014-2015 με δυνατότητα τρίμηνης παράτασης, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 244.140.09€ πλέον Φ.Π.Α, (275.878,31€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13% και 23%), με διεθνή ανοιχτό δημόσιο μειοδοτικό διαγωνισμό.

2. Με την υπ' αριθμ. 922/2014 απόφασή της με ΑΔΑ: ΩΧ6ΓΩ1Ψ-66Γ (Πρακτικό 28/29.08.2014) Τακτικής Συνεδρίασης), η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Ρεθύμνης, ενέκρινε:

(i) την εκτέλεση της προμήθειας με ανοιχτό δημόσιο διεθνή διαγωνισμό για την ανάδειξη χορηγητών προμήθειας τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου Ρεθύμνης και των νομικών του προσώπων, (ii) την ενιαία μελέτη για την προμήθεια τροφίμων του Δήμου Ρεθύμνης και των νομικών του προσώπων (Γενική και Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων, Τεχνική Έκθεση, Τεχνικές Προδιαγραφές – Ενδεικτικός Προϋπολογισμός – Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς) και τους όρους του διαγωνισμού και (iii) τη διάθεση πιστώσεων, (iv) το κριτήριο κατακύρωσης : (α) το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί της εκάστοτε ισχύουσας διαμορφούμενης κάθε φορά τιμής λιανικής πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσης, όπως αυτή προκύπτει από το δελτίο τιμών της υπηρεσίας εμπορίου της οικείας περιφέρειας για τα είδη τροφίμων των οποίων οι τιμές τελούν σε καθεστώς διατίμησης ήτοι κρεοπωλείου, ιχθυοπωλείου, οπωρολαχανοπωλείου και ελαιόλαδου και (β) τη χαμηλότερη τιμή για τα είδη τροφίμων που είναι εκτός διατίμησης, ήτοι για τα είδη παντοπωλείου, γαλακτοκομικά, αρτοποιαλείου, γεύματα (αν πρόκειται για τη σίτιση των παιδιών του Μουσικού Σχολείου). Πρωτίστως σε προϊόντα ευρείας κατανάλωσης (λάδι, ζυμαρικά, όσπρια, γάλα, ρύζι, καφέ ελληνικό και σε περίπτωση ίσης τιμής προσφοράς, στα προϊόντα ευρείας κατανάλωσης, η οικονομικότερη προσφορά του συνόλου των προϊόντων. Συνολική προϋπολογιζόμενη δαπάνη με Φ.Π.Α. 275.878,31€.

3. Στη συνέχεια εκδόθηκε η υπ' αριθ. 23537/16-09-2014 Διακήρυξη Δημόσιου Ανοιχτού Διεθνή Διαγωνισμού για την προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου Ρεθύμνης και των νομικών του προσώπων. Με βάση τόσο τις τεχνικές προδιαγραφές που περιγράφονται και αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης (άρθρο 9 αυτής), όσο και το συνημμένο Ενδεικτικό Προϋπολογισμό, η προμήθεια υποδιαιρείται στις κάτωθι οκτώ (8) κατηγορίες προμηθευόμενων ειδών:

A: Είδη παντοπωλείου: Ενδεικτικού π/υ 64.389,27€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι 56.981,65€ πλέον ΦΠΑ.

B: Είδη κρεοπωλείου: Ενδεικτικού π/υ 41.602,50€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι 36.816,37€ πλέον ΦΠΑ.

Γ: Είδη ιχθυοπωλείου-κατεψυγμένα: Ενδεικτικού π/υ 11.180€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι 9.893,81€ πλέον ΦΠΑ.

Δ: Είδη οπωρολαχανοπωλείου: Ενδεικτικού π/υ 35.519€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι 31432,74€ πλέον ΦΠΑ.

Ε: Είδη γαλακτοπωλείου: Ενδεικτικού π/υ 11.855€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι 10.491,15€ πλέον ΦΠΑ.

ΣΤ: Είδη αρτοποιωλείου: Ενδεικτικού π/υ 14.214€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι 12.578,76€ πλέον ΦΠΑ .

Z: Είδη ζαχαροπλαστείου: Ενδεικτικού π/υ 5.410€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι 4.787,61€ πλέον ΦΠΑ.

H: Τρόφιμα που προορίζονται για τη σίτιση των παιδιών του Μουσικού Σχολείου: Ενδεικτικού π/υ 91,708,54€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι 81.158€ πλέον ΦΠΑ.

Η δαπάνη θα κατανεμηθεί στα οικονομικά έτη 2014 και 2015.

3.1. Σύμφωνα με τους όρους της ως άνω διακήρυξης (άρθρο 13), οι προσφορές θα αφορούν, επί ποινή απαραδέκτου αυτών, το σύνολο των ειδών που περιγράφονται στον ενδεικτικό προϋπολογισμό της μελέτης ανά κατηγορία (-ες) για την οποία (-ες) υποβάλλεται προσφορά και όχι για μέρος αυτών.

3.2. Επίσης, στην ως άνω διακήρυξη ορίζεται ως *“απαραίτητη προϋπόθεση τα είδη να είναι κατά προτίμηση ελληνικής προέλευσης”* , ενώ περαιτέρω, στο άρθρο 9 αυτής ορίζεται ότι τα είδη πρέπει να είναι *αρίστης ποιότητας σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές που αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα της*. Επιπλέον, στο ίδιο άρθρο για ορισμένα από τα είδη της κατηγορίας *A Είδη Παντοπωλείου*, θα έπρεπε να προσκομισθούν δείγματα για να εγκριθούν από την Επιτροπή Διαγωνισμού.

Ειδικά στη μελέτη τεχνικών προδιαγραφών του νομικού προσώπου του Δήμου *“Κοινωφελή Επιχείρηση Επιχείρηση Δήμου Ρεθύμνης”* ορίζεται ότι: α) για την κατηγορία *“Είδη Παντοπωλείου”*: *«Όλα τα είδη θα είναι πρώτης ποιότητας, ...θα πρέπει να πληρούν τις εκάστοτε περί τροφίμων ισχύουσες διατάξεις. Επίσης, όλα τα είδη θα πρέπει να είναι ευρέως διαδεδομένα στην ελληνική αγορά, να είναι αναγνωρίσιμα και δοκιμασμένα από το ευρύ καταναλωτικό κοινό και να υπάρχουν στα περισσότερα σούπερ μάρκετ και παντοπωλεία. ...»* και, στη συνέχεια, στην αναλυτική περιγραφή των τεχνικών προδιαγραφών ανά Κατηγορία, τίθεται η προϋπόθεση της ελληνικής προέλευσης ή παραγωγής στα κάτωθι προϊόντα της ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ-ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ: φύλλο κουρού και φύλλο κρούστας, β) για την κατηγορία *“Είδη Ιχθυοπωλείου-Κατεψυγμένων”* και ειδικότερα για τα *“Κατεψυγμένα λαχανικά”* ορίζεται μεταξύ άλλων: *“...να είναι κατά προτίμηση εγχώριας παραγωγής ή προέλευσης Ε.Ε....”*.

3.3. Περαιτέρω, η εγγύηση συμμετοχής (άρθρο 17 της διακήρυξης) προσδιορίστηκε σε ποσοστό 5% επί της συνολικής προϋπολογισθείσης δαπάνης, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 23% ανά κατηγορία (-ίες) και η εγγύηση καλής εκτέλεσης 10%, χωρίς τον Φ.Π.Α ανά κατηγορία. Επιπλέον, ορίστηκαν στο άρθρο 8 της Διακήρυξης αναλυτικά τα ποσά των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής για την κάθε κατηγορία (τμήμα) του διαγωνισμού.

3.4. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η **31/10/2014**.

3.5. Η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) με κωδικό ΑΔΑΜ 14PROC002295414/2014-09-18.

4. Περίληψη των ουσιωδών όρων και στοιχείων της διακήρυξης του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά την 15.09.2014 προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε) (2014/S 180-317287). Συνακόλουθα, η υπ' αριθμ. 23537/16.9.2014 (ΑΔΑ: Ω1ΑΘΩ1Ψ-ΕΥ6) περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβέρνησης (ΦΕΚ 598/19.09.2014) και στις εφημερίδες «ΓΕΝΙΚΗ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ» (19.09.2014), «ΚΡΗΤΙΚΗ ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗ» (19.09.2014), «ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ & ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ» (19.09.2014), «ΡΕΘΕΜΝΟΣ» (20.09.2014) και «ΡΕΘΕΜΝΙΩΤΙΚΑ ΝΕΑ» (20.09.2014). Η διακήρυξη εστάλη στο Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο (ΕΒΕ) Ρεθύμνης, και αναρτήθηκε στην επίσημη ιστοσελίδα του Δήμου (<http://www.rethymno.gr>) στις 18.09.2014.

5. Με το από 31.10.2014 πρακτικό αξιολόγησης η Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, που συγκροτήθηκε με την 48/2014 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, για την ως άνω προμήθεια, κήρυξε την λήξη της παραλαβής των προσφορών και διαπίστωσε την υποβολή τεσσάρων προσφορών, οι οποίες έγιναν δεκτές ως σύμφωνες με τους όρους της διακήρυξης, και αφορούσαν την προμήθεια ειδών κρεοπωλείου (Κατ. Β), αρτοποιείου (Κατ. ΣΤ), ζαχαροπλαστείου (Κατ. Ζ) και είδη για τη σίτιση των παιδιών του Μουσικού Σχολείου (Κατ. Η).

6. Με το από 31.10.2014 πρακτικό αποσφράγισης οικονομικών προσφορών η Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού, προέβη στην αποσφράγιση των τεσσάρων οικονομικών προσφορών και εισηγήθηκε την κατακύρωση της προμήθειας σε έναν διαγωνιζόμενο για τη κατηγορία Α, σε έτερο διαγωνιζόμενο για τις κατηγορίες ΣΤ και Ζ, και τέλος σε τρίτο διαγωνιζόμενο για τη κατηγορία Η, καθώς και στην κήρυξη άγονου του διαγωνισμού για τα είδη των υπόλοιπων κατηγοριών, διότι δεν προσήλθε κανείς ενδιαφερόμενος.

7. Με την υπ' αριθ. 1043/2014 απόφασή της με ΑΔΑ: 7Δ6ΗΩ1Ψ-ΓΒΥ (Πρακτικό 33/05-11-2014 Συνεδρίασης), η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Ρεθύμνης αποφάσισε ομόφωνα α) την έγκριση των από 31.10.2014 Πρακτικών αξιολόγησης και γνωμοδότησης της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, β) την κατακύρωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού για τα είδη 1) Κρεοπωλείου, 2) Αρτοποιωλείου, 3) Ζαχαροπλαστείου και 4) για είδη σίτισης των παιδιών του Μουσικού Σχολείου και γ) την κήρυξη ΑΓΟΝΟΥ του διαγωνισμού για τα είδη 1) Παντοπωλείου, 2) Γαλακτοπωλείου, 3) Ιχθυοπωλείου-Κατεψυγμένων και 4) Οπωρολαχανοπωλείου διότι δεν προσήλθε κανείς ενδιαφερόμενος.

8. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Ρεθύμνου, με το υπ' αριθ. Πρωτ. 29731/11.2014 αίτημά του προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., στο οποίο συμπεριλαμβάνεται σχέδιο απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου, όπως συμπληρώθηκε με το αριθ. πρωτ. Οικ. 31532/27.11.2014 έγγραφό του, αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για τη διενέργεια διαδικασίας

διαπραγμάτευσης για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια τροφίμων για τέσσερα (4) από τα οκτώ (8) συνολικά τμήματα του διαγωνισμού τις ανάγκες του Δήμου Ρεθύμνης και των νομικών του προσώπων, προϋπολογισμού 108.799,35€ πλέον ΦΠΑ, για διάστημα ενός (1) έτους από την υπογραφή της σύμβασης, με δυνατότητα τρίμηνης παράτασης, σε συνέχεια του εν μέρει άγονου διαγωνισμού που έχει προηγηθεί, με επίκληση των διατάξεων του άρθρου 25 του π.δ. 60/2007.

II. Νομικό πλαίσιο

9. 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. [...]»

10. 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 (ΦΠΑ) 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 2 του αριθ. 1336/2013 Κανονισμού της Επιτροπής της 13ης Δεκεμβρίου 2013 για την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/ΕΚ, 2004/18/ΕΚ και 2009/81/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 134.000 και 207.000 ευρώ αντίστοιχα.

11. Στο άρθρο 8 παρ. 1,3 και 5 του ίδιου π.δ. ορίζεται ότι : “1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας δημόσιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, εκτός ΦΠΑ, 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 κατατηθεί, 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.

12. Στο άρθρο 24 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 60/2007, ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, αφού προηγηθεί δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) Σε περίπτωση μη κανονικών προσφορών ή κατάθεσης προσφορών που είναι απαράδεκτες σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, τηρουμένων των οριζόμενων στις διατάξεις των άρθρων 28, 39 έως 52 και 55, έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία ή ανταγωνιστικό διάλογο, με την προϋπόθεση ότι οι

αρχικοί όροι της σύμβασης δεν τροποποιούνται ουσιωδώς. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να μη δημοσιεύουν προκήρυξη διαγωνισμού, εάν στη διαδικασία με διαπραγμάτευση περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες που πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 43 έως 50 και οι οποίοι, κατά την ανοικτή ή κλειστή διαδικασία ή τον προηγηθέντα ανταγωνιστικό διάλογο, υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές...».

13. Στο άρθρο 25 παρ. 1 περ. α' του ιδίου π.δ., «Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού» (άρθρο 31 οδηγίας 2004/18/ΕΚ), ορίζεται: «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» [...].

14. Οι σχετικές διατάξεις των παρ. 2 και 8 του άρθρου 53 με τίτλο «τεχνικές προδιαγραφές» του π.δ. 60/2007 προβλέπουν: «[...]2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους προσφέροντες και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στον ανταγωνισμό [...]. 8. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν αυτό δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν μπορούν να κάνουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερων μεθόδων κατασκευής ούτε να κάνουν αναφορά σε σήμα, δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ή τύπο καθώς και σε συγκεκριμένη καταγωγή ή παραγωγή, που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία ή παραπομπή επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνεται ακριβώς και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή των παραγράφων 3 και 4. Η μνεία ή η παραπομπή αυτή πρέπει να συνοδεύονται από τους όρους 'ή ισοδύναμο'».

15. Στη διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 4 του Ν. 2286/1995 προβλέπεται: «[...]Οι τεχνικές προδιαγραφές δεν μπορεί να περιλαμβάνουν όρους που προσδιορίζουν προϊόντα ορισμένης κατασκευής ή προέλευσης ή μεθόδους επεξεργασίας που έχουν ως αποτέλεσμα να ευνοούν ή να αποκλείουν ορισμένες επιχειρήσεις ή προϊόντα, εκτός των περιπτώσεων κατά τις οποίες οι προδιαγραφές αυτές δικαιολογούνται απόλυτα από τη φύση του υπό προμήθεια προϊόντος...».

16. Στη διάταξη του άρθρου 209 του Ν. 3463/2006 (ΦΕΚ 114/Α), όπως ισχύει, προβλέπεται: «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.....».

17. Στις διατάξεις του άρθρου 3 παρ. 3γ και του άρθρου 23 της αριθμ. 11389/93 Υπουργικής Απόφασης με τίτλο « Ενιαίος Κανονισμός Προμηθειών Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (ΕΚ-ΠΟΤΑ)» (ΦΕΚ 185/Β) προβλέπεται ότι: «.....Άρθρο 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 αιτιολογημένη 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» [...]

18. Στη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 4 του ΕΚΠΟΤΑ προβλέπεται: «[...] 3. Δεν επιτρέπεται η αναγραφή στους όρους των διακηρύξεων και των συμβάσεων προμηθειών τεχνικών προδιαγραφών που αναφέρουν προϊόντα ορισμένης κατασκευής ή προέλευσης, ή μεθόδους επεξεργασίας οι οποίες έχουν ως αποτέλεσμα να ευνοούν ορισμένες επιχειρήσεις ή προϊόντα, εκτός εξαιρετικών περιπτώσεων κατά τις οποίες το αντικείμενο της διακήρυξης ή της σύμβασης δεν επιτρέπει την κατάρτιση συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών. Επίσης, δεν επιτρέπεται να αναφέρονται οι τεχνικές προδιαγραφές σε εμπορικά σήματα, διπλώματα ευρεσιτεχνίας, τύπους ορισμένης προέλευσης ή παραγωγής, εκτός εάν υποχρεωτικά συνοδεύονται από τις λέξεις 'ή αντίστοιχο' και εφόσον το αντικείμενο της σύμβασης δεν μπορεί να περιγραφεί διαφορετικά με προδιαγραφές επαρκώς σαφείς και πλήρως κατανοητές από όλους τους ενδιαφερόμενους».

19. Στις 12-12-2012 δημοσιεύθηκε Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου (ΦΕΑ 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...».

20. Στο άρθρο 157 παρ. 1 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: "Οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς, ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε Ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της προεκτιμώμενης αξίας της σύμβασης εκτός ΦΠΑ..."

β) «Εγγύηση καλής εκτέλεσης», το ύψος της οποίας καθορίζεται σε ποσοστό έως 5% επί της αξίας της σύμβασης χωρίς να υπολογίζεται ο ΦΠΑ. Η εγγύηση καλής εκτέλεσης καταπίπτει στην περίπτωση παράβασης των όρων της σύμβασης, όπως αυτή ειδικότερα ορίζει."

21. Στο άρθρο 201 παρ. 5 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: "Το άρθρο 157 εφαρμόζεται για τις αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς των άρθρων 18 και 19 σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις, υπό την έννοια του άρθρου 15, η διαδικασία ανάθεσης των οποίων αρχίζει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 37, μετά τη δημοσίευση του παρόντος νόμου στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως."

III. Νομική Εκτίμηση

22. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Ρεθύμνης αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας, με την έννοια της περ. (γ) της παραγράφου 2 του άρθρου 2 του π.δ. 60/2007 και η αιτούμενη προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης εμπίπτει στη διάταξη της περ. α' της παρ. 1 του άρθρου 25 του π.δ. 60/2007. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας ποσού 108.799,35€ πλέον ΦΠΑ, η οποία αποτελεί τμήμα σύμβασης συνολικού προϋπολογισμού 244.140.09 πλέον Φ.Π.Α, 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.

23. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση, έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ περιπτώσεις (αντίστοιχα 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. Συγκεκριμένα, προκειμένου η οδηγία 2004/18/ΕΚ να μην απολέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (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).

24. Ειδικότερα, η εφαρμογή του άρθρου 25 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 60/2007, στη βάση της οποίας οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, προϋποθέτει:

α) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία,

Μάλιστα, η προσφυγή στη διαδικασία των διαπραγματεύσεων, κατ' εφαρμογή της περ. α της παρ. 1 του άρθρου 25 του ως άνω π.δ. 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. 1249, 466/2011, 29/2012).

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) 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.

25. Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα ακόλουθα:

α) Ως προς την προϋπόθεση, προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας.

Ο Δήμος Ρεθύμνου προσέφυγε, με την υπ' αριθ. Πρωτ. 23537/16-09-2014 διακήρυξη σε διεθνή δημόσιο ανοιχτό διαγωνισμό για την προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου και των νομικών του προσώπων, συνολικού προϋπολογισμού 244.140.09 πλέον Φ.Π.Α, στο πλαίσιο του οποίου για τέσσερα (4) από τα συνολικά οκτώ (8) τμήματα δεν υπεβλήθη καμία προσφορά, κηρυσσομένου, ως εκ τούτου, ως προς τα συγκεκριμένα τμήματα άγονου.

Ωστόσο, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται προεχόντως η κατωτέρω ουσιώδης νομική πλημμέλεια, η οποία αφορά τους όρους της σχετικής διακήρυξης. Συγκεκριμένα:

Ως προς τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών των τροφίμων της υπ' αριθ. 23537/16.09.2014 διακήρυξης, όπως ρητά προκύπτει από το ιστορικό της παρούσας (παρ. 3.2), προβλέπεται ως γενική, *απαραίτητη προϋπόθεση τα είδη να είναι κατά προτίμηση ελληνικής προέλευσης*. Ο ως άνω όρος εξειδικεύεται περαιτέρω στις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης τεχνικών προδιαγραφών του νομικού προσώπου του Δήμου "Κοινωνική Επιχείρηση Επιχείρηση Δήμου Ρεθύμνης" για τα κάτωθι προϊόντα α) της κατηγορίας "Ιχθυοπωλείου-Κατεψυγμένα": "φύλλο κουρού" και "φύλλο κρούστας", όπου προβλέπεται ρητά να είναι ελληνικά και β) για την κατηγορία "Είδη Ιχθυοπωλείου-Κατεψυγμένων" και ειδικότερα για τα "Κατεψυγμένα λαχανικά" ορίζεται μεταξύ άλλων: "...να είναι κατά προτίμηση εγχώριας παραγωγής ή προέλευσης Ε.Ε...":: Περαιτέρω, στην περίληψη της διακήρυξης που δημοσιεύθηκε στον ημεδαπό τύπο και την Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης προβλέπεται *"τα είδη πρέπει να είναι κατά προτίμηση ελληνικής προέλευσης"*.

Σύμφωνα με το το υπ' αριθ. Πρωτ. 31532/27-11-2014 έγγραφο του Δήμου Ρεθύμνης (αριθ. Εισερχ. 5065/1-12-2014), που υποβλήθηκε μετά από διευκρινίσεις που ζήτησε η Αρχή αναφορικά με τους ως άνω όρους, στο σημείο ΣΤ αναφέρθηκαν τα εξής: *"Αναφορικά με το σημείο που αναφέρεται "όλα τα είδη να είναι κατά προτίμηση ελληνικής προέλευσης" διευκρινίζεται ότι τούτο δεν αποτελεί δεσμευτικό όρο για την αξιολόγηση και επιλογή του αναδόχου και ανάγεται στην κατά το δυνατόν αποφυγή προμήθειας προϊόντων εκτός Ευρωπαϊκής Ένωσης, αμφιβόλου ποιότητας, καθώς αυτά προορίζονται για τη σίτιση βρεφών και νηπίων...Σε κάθε περίπτωση ο παραπάνω όρος επεβλήθη για την όσο το δυνατόν αρμονικότερη συνεργασία με τους προμηθευτές και την εξασφάλιση άριστης ποιότητας των προσφερομένων προϊόντων για τους βρεφονηπιακούς σταθμούς του Δήμου μας"*.

Ωστόσο, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων προϋποθέτουν ότι στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες της διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, ώστε να επιτρέπεται στους ενδιαφερόμενους να τους κατανοούν πλήρως και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (απόφαση του Δικαστηρίου της 29ης Απριλίου 2004, C496/99, Επιτροπή κατά Cas Succhi di frutta). Σε διαφορετική περίπτωση, εν πολλοίς, πλήττεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός, διότι ακριβώς λόγω της αοριστίας και ασάφειας των όρων της διακήρυξης, ενδέχεται να έχει αποτραπεί η συμμετοχή υποψηφίων οικονομικών φορέων, στη διαγωνιστική διαδικασία, με την υποβολή σχετικής προσφοράς.

Οι τεχνικές προδιαγραφές είναι οι τεχνικές απαιτήσεις που καθορίζουν τα ελάχιστα αναγκαία χαρακτηριστικά του υπό προμήθεια υλικού, προκειμένου αυτό να προσδιορισθεί αντικειμενικά με τρόπο που να ανταποκρίνεται στη χρήση, για την οποία προορίζεται από τον φορέα. Επισυνάπτονται στη διακήρυξη και σύμβαση και πρέπει να είναι σαφώς διατυπωμένες και πλήρως κατανοητές από όλους τους ενδιαφερομένους προκειμένου να εξασφαλίζεται η μεγαλύτερη δυνατή ευρύτητα συμμετοχής στον διαγωνισμό και να μη δημιουργούνται αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό (ΣΤΕ ΕΑ 951/2010, 74/2010).

Στην προκειμένη περίπτωση, ο προαναφερόμενος γενικός όρος της διακήρυξης, δεδομένου και του ορισθέντος με τη διακήρυξη κριτηρίου κατακύρωσης της χαμηλότερης τιμής, είναι ασαφής και αόριστος, καθόσον δημιουργεί σύγχυση ως προς τους όρους συμμετοχής των υποψηφίων και αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού .

Πέραν τούτου έχει κριθεί επανειλημμένως (ΣΤΕ 2/2011, 691/2009, ΣΤΕ 2004/2011, Ελ. Συν. Τμ. IV Πράξη 178/03, αριθμ. 52/2014, 57/2014, 71/2014 και 120/2014 , 158/2014 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.

26. Επίσης, επισημαίνεται ότι, ενώ στην παρ. 1 του άρθρου 157 του ν.4281/2004 (η ισχύς του οποίου τέθηκε σε ισχύ σύμφωνα με το άρθρο 201 του ίδιου νόμου, από την 08.08.2014), μεταξύ άλλων ορίζεται ότι, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της προεκτιμώμενης αξίας της σύμβασης εκτός Φ.Π.Α., τόσο στο άρθρο 17 της διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού, όσο και στην περίληψη της διακήρυξης, όπως αυτή δημοσιεύθηκε στην Ε.Ε.Ε.Ε. και στον εθνικό τύπο, ορίζεται ότι για τη συμμετοχή στον εν λόγω διαγωνισμό, απαιτείται κατάθεση εγγυητικής επιστολής, το ύψος της οποίας ορίσθηκε σε ποσοστό πέντε τοις εκατό (5%) επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης ανά κατηγορία ή κατηγορίες που θα κατατεθεί η προσφορά, συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. Επιπρόσθετα, ενώ στην παρ. 1 του ίδιου άρθρου ορίζεται ότι, το ύψος της εγγύησης καλής εκτέλεσης δεν μπορεί να υπερβαίνει το 5% της προεκτιμώμενης αξίας της σύμβασης εκτός Φ.Π.Α., τόσο στο άρθρο 17 της διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού, όσο και στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε.), ορίζεται ότι για τη συμμετοχή στον εν λόγω διαγωνισμό, απαιτείται κατάθεση εγγύησης καλής εκτέλεσης της σύμβασης, το ύψος της οποίας ορίσθηκε σε ποσοστό 10 τοις εκατό (10%) επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης ανά κατηγορία ή κατηγορίες χωρίς τον Φ.Π.Α.

Παρά ταύτα, λαμβάνοντας υπόψη ότι, στην προκειμένη περίπτωση, η διακήρυξη δημοσιεύθηκε μόλις ένα μήνα μετά την θέση σε ισχύ της τροποποίησης του ανώτατου ύψους των εγγυητικών επιστολών, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας η περιορισμένη συμμετοχή σε διαγωνισμούς προμήθειας τροφίμων ανάγεται σε περισσότερους παράγοντες, που συνδέονται πρωτίστως με την τιμολόγηση του είδους και του όρους εκτέλεσης της προμήθειας και πάντως όχι αποκλειστικά με το ύψος της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, εκτιμάται ότι η συγκεκριμένη πλημμέλεια δεν επηρέασε εν προκειμένω το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (απόφαση 367/2014 της Αρχής).

27. β) Ως προς την μη υποβολή προσφοράς ή την μη ύπαρξη υποψηφίου:

Σύμφωνα με την υπ' αριθ. 1043/2014 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ρεθύμνης (Πρακτικό 33/05-11-2014) εγκρίθηκε το από 31.10.2014 Πρακτικό της Επιτροπής Διεξαγωγής Διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο ο εν λόγω διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος για τα ως άνω αναφερόμενα είδη, διότι δεν κατατέθηκε καμία προσφορά.

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

Στο υποβληθέν σχέδιο απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου Ρεθύμνης, γίνεται ρητή αναφορά του άρθρου 25 παρ. 1. α' του π.δ. 60/2007, για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την προμήθεια *“Τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου Ρεθύμνης και των Νομικών Προσώπων του”*, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων της αρχικής διακήρυξης.

28. Κατόπιν, των ανωτέρω, συνάγεται ότι η διαπιστωθείσα νομική πλημμέλεια είναι ουσιώδης και καθιστά μη νόμιμη την προηγηθείσα διαγωνιστική διαδικασία, παρέλκει δε η εξέταση των λοιπών προϋποθέσεων του άρθρου 25 παρ. 1. περ. α' του π.δ. 60/07.

IV. Συμπέρασμα

29. 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:

Τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του Δήμου Ρεθύμνης, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση για την ανάθεση της προμήθειας τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου και των νομικών του προσώπων, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 108.799,35€ πλέον ΦΠΑ, για διάστημα ενός (1) έτους από την υπογραφή της σύμβασης, με δυνατότητα τρίμηνης παράτασης, σύμφωνα με τις διατάξεις του π.δ. 60/2007, άρθρο 25, παρ. 1, περ. α', και με τον όρο της μη ουσιώδους τροποποίησης των όρων της διακήρυξης του άγονου διαγωνισμού που προηγήθηκε, λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 16 Δεκεμβρίου 2014

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Δημήτριος Ραΐκος