



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ 25/2021

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 8^η Απριλίου του έτους δύο χιλιάδες είκοσι ένα (2021) ημέρα Πέμπτη και ώρα 11.00 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κορνά Τράκα, 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:

Προεδρεύων: Μιχαήλ Εκατομμάτης, Αναπληρωτής Πρόεδρος
Αντιπρόεδρος: Αδάμ Καραγλάνης
Μέλη: Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Μαρία Στυλιανίδη (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Ερωφίλη Χριστοβασίλη (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης, Π.Ε. Διοικητικού - Οικονομικού.

Εισηγήτρια: Δήμητρα Παπασταματίου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν, μέσω τηλεδιάσκεψης, η εισηγήτρια κ. Δ. Παπασταματίου, η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης, Μαρία Παναγοηλιοπούλου καθώς και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., Μαριλένα Σιδέρη, οι οποίες αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη της Αρχής.

ΘΕΜΑ: «Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν.4013/2011 για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης κατά τις διατάξεις της περίπτωσης α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, για την προμήθεια τροφίμων του Δήμου Μοσχάτου Ταύρου και των Ν.Π.Δ.Δ., εκτιμώμενης αξίας 66.390,44€, συμπεριλαμβανομένου του

ΦΠΑ, σε συνέχεια ανοικτού ηλεκτρονικού άνω των ορίων (διεθνούς) διαγωνισμού, αναφορικά με την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΓΙΑ ΤΟΝ ΔΗΜΟ ΚΑΙ ΤΑ Ν.Π.Δ.Δ.», συνολικού προϋπολογισμού 525.513,84 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, ο οποίος απέβη εν μέρει άγονος.

Με το με αρ. πρωτ. 3890/9.03.2021 (αρ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1534/11.03.2021), έγγραφο αίτημα του Δήμου Μοσχάτου Ταύρου, μετά του συνημμένου σε αυτό φακέλου, όπως συμπληρώθηκε με τα με αρ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1763/22.3.2021, 1781/23.3.2021 και 1954/31.3.21 έγγραφα, ο ως άνω φορέας αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής και Αρχή) κατ' άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ' υποπερ. (δδ) του ν. 4013/2011, για την προσφυγή του σε διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, παρ. 2, περ. α' του ν. 4412/2016, για την ομάδα Ε του διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΓΙΑ ΤΟΝ ΔΗΜΟ ΚΑΙ ΤΑ Ν.Π.Δ.Δ.», συνολικού προϋπολογισμού 525.513,84 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, ο οποίος απέβη εν μέρει άγονος.

I. Ιστορικό- πραγματικό πλαίσιο

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

Με την υπ' αρ. πρωτ.:18294/4-11-2020 Προκήρυξη του Δήμου Μοσχάτου - Ταύρου, προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά (χαμηλότερη τιμή), με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΓΙΑ ΤΟΝ ΔΗΜΟ ΚΑΙ ΤΑ Ν.Π.Δ.Δ.», συνολικού προϋπολογισμού 525.513,84 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ.

Αντικείμενο του διαγωνισμού ήταν οι ακόλουθες ομάδες τροφίμων :

ΟΜΑΔΑ Α: ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟ	233.479,01€
ΟΜΑΔΑ Β: ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟ	85.468,23€
ΟΜΑΔΑ Γ: ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟ	19.871,05€
ΟΜΑΔΑ Δ: ΟΠΟΡΟΠΩΛΕΙΟ	51.000,63€
ΟΜΑΔΑ Ε: ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΥ ΖΑΧΑΡΟΠΛΑΣΤΙΚΗΣ	66.390,44€
ΟΜΑΔΑ ΣΤ: ΕΛΑΙΟΛΟΑΔΟ	58.738,98€
ΟΜΑΔΑ Ζ': ΦΡΕΣΚΟ ΓΑΛΑ	10.565,50€

ΣΥΝΟΛΟ: 525.513,84€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Η Προκήρυξη της εν λόγω σύμβασης, η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακηρύξεως του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά την 23.10.2020 και δημοσιεύθηκε την 28.10.2020 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε). Επιπλέον, η υπ' αριθμ. πρωτ.: 18295/4.11.2020 περίληψη του διαγωνισμού απεστάλη προς δημοσίευση στις εφημερίδες «ΧΤΥΠΟΣ» & «ΦΩΝΗ ΤΩΝ ΠΕΙΡΑΙΩΤΩΝ» στις 5.11.2020, με ημερομηνία δημοσίευσης στις 7.11.2020 και 12.11.2020 αντίστοιχα. Επίσης, η περίληψη αναρτήθηκε την 5.11.2020 στον ιστότοπο ΔΙΑΥΓΕΙΑ και έλαβε ΑΔΑ: ΩΡ9ΣΩΚΡ-ΣΨΜ, δημοσιεύθηκε στην ιστοσελίδα του Δήμου στις 5.11.2020

και στη δικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) την 11.11.2020 με αύξοντα αριθμό συστήματος: 101863. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στο σύστημα ορίστηκε η 11.11.2020, ενώ ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ορίστηκε η 7.12.2020 και ώρα 15.:00.

Η ηλεκτρονική αποσφράγιση του διαγωνισμού διενεργήθηκε στις 11.12.2020. Κατόπιν τούτου η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού, διαπίστωσε (Πρακτικά αρ. 1,2&3/ - ΑΔΑ Ψ6Α5ΩΚΡ-ΤΟΧ) ότι οι προσφορές που υποβλήθηκαν αφορούσαν τις Ομάδες:

ΟΜΑΔΑ Α: ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟ

ΟΜΑΔΑ Β: ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟ

ΟΜΑΔΑ Γ: ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟ

ΟΜΑΔΑ Δ: ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟ

ΟΜΑΔΑ ΣΤ: ΕΛΑΙΟΛΑΔΟ

ΟΜΑΔΑ Ζ': ΦΡΕΣΚΟ ΓΑΛΑ

Για την ομάδα Ε' ΕΙΔΗ ΑΡΤΟΥ ΚΑΙ ΖΑΧΑΡΟΠΛΑΣΤΙΚΗΣ δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά .

Με την υπ' αρ. 61/2021 απόφαση της, η Οικονομική Επιτροπή στις 23 Φεβρουαρίου 2021:

α) ενέκρινε τα πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού,

β) κήρυξε άγονο τον διαγωνισμό ως προς την Ομάδα Ε' και ενέκρινε τη προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης, έπειτα από σχετική σύμφωνη γνώμη της ΕΑΑΔΣΥ.

3. Στο σχετικό έγγραφο που προσκόμισε ο Δήμος με ημερομηνία 23.3.2021, ήτοι σε χρόνο κατά τον οποίο είχε παρέλθει η προθεσμία άσκησης προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αναφέρεται ότι *«Βεβαιώνεται ότι, δεν έχει υποβληθεί προσφυγή κατά της διακήρυξης με αριθμό πρωτ.:18294/4-11-2020 που αφορά Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διεθνή Διαγωνισμό «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΓΙΑ ΤΟΝ ΔΗΜΟ ΚΑΙ ΤΑ Ν.Π.Δ.Δ.» και επίσης δεν έχουν κατατεθεί ενστάσεις - προδικαστικές προσφυγές- ασφαλιστικά μέτρα ή άλλα ένδικα βοηθήματα, σε οποιοδήποτε άλλο στάδιο του διαγωνισμού και ως εκ τούτου δεν εκκρεμεί έκδοση σχετικής διοικητικής/δικαστικής απόφασης.»*

Ωστόσο, όπως μας γνωστοποιήθηκε εκ των υστέρων από την αιτούσα (με το με α.π. εισερχ. ΕΑΑΔΗΣΥ 1954/31.3.2021 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου), το οποίο επιβεβαιώθηκε κατόπιν έρευνας της υπηρεσίας στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, στις 8.3.2021 κατατέθηκε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., η οποία αφορούσε αποκλειστικά στην Ομάδα Α του διαγωνισμού. Με την εν λόγω προσφυγή, ο προσφεύγων υποψήφιος προσβάλλει την υπ' αριθμ. 61/23.2.2021 Πράξη της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Μοσχάτου –Ταύρου, κατά το μέρος που αφορά την εν λόγω Ομάδα (Ομάδα Α') του διαγωνισμού – Είδη Παντοπωλείου και μόνον.

Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Μοσχάτου Ταύρου αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προσκομίζοντας συμπληρωματικά το σχετικό Σχέδιο Απόφασης,

προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση και χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων του προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού για την ομάδα Ε' προϋπολογιζόμενης δαπάνης 66.390,44€ ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

II. Νομικό πλαίσιο

4. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν.4013/2011, όπως ισχύει, ορίζει τα ακόλουθα:

«δδ) Οι αποφάσεις των αναθέτουσών 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 (Α147) 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 [...]».

5. Η διάταξη του άρθρου 1 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».

6. 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».

7. Η διάταξη του άρθρου 5 “Κατώτατα όρια (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και Κανονισμός (ΕΕ) 2015/2170)” του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ορίζει:

“Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: (...) β) 135.000 € για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. Αν οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ανατίθενται από τις αναθέτουσες αρχές που δραστηριοποιούνται στον τομέα

της άμυνας, το εν λόγω κατώτατο όριο ισχύει μόνο για τις συμβάσεις που αφορούν τα οριζόμενα στο Παράρτημα ΙΙΙ του Προσαρτήματος Α' προϊόντα,

γ) 209.000 € 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', [...].

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 1 του Κανονισμού (ΕΕ) 2019/1828 της Επιτροπής της 30ης Οκτωβρίου 2019 για την τροποποίηση της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά στα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, τα ως άνω ποσά αναπροσαρμόστηκαν στις 139.000,00 και 214.000,00 ευρώ αντίστοιχα.

8. Οι διατάξεις του άρθρου 6 "Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)" παρ. 1, 3, 4 και 9 του ίδιου νόμου ορίζουν:

"1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης.[...]

3. Η επιλογή της χρησιμοποιουμένης 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.

4. Η εκτιμωμένη αξία ισχύει τη στιγμή της αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού ή, στις περιπτώσεις όπου δεν προβλέπεται προκήρυξη διαγωνισμού, τη στιγμή που η αναθέτουσα αρχή εκκινεί τη διαδικασία σύναψης σύμβασης, για παράδειγμα ερχόμενη σε επαφή με οικονομικούς φορείς για τους σκοπούς της σύναψης της σύμβασης, όπου ενδείκνυται κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 61".[...]

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».

9. Στη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016 (Α' 147), η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι:

"2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και δημόσιες συμβάσεις 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 αίτημά της.[...]"

10. Το άρθρο 67 του ν. 4412/2016, που ενσωματώνει τις διατάξεις του άρθρου 53 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι:

«1. Οι αναθέτουσες αρχές προσφέρουν ελεύθερη, πλήρη, άμεση και δωρεάν ηλεκτρονική πρόσβαση στα έγγραφα της σύμβασης από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης/ γνωστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 65 ή την ημερομηνία αποστολής της πρόσκλησης επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος.

Το κείμενο της προκήρυξης γνωστοποίησης ή της πρόσκλησης επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος προσδιορίζει τη διεύθυνση διαδικτύου στην οποία διατίθενται τα έγγραφα της σύμβασης.

Όταν είναι αδύνατο να παρασχεθεί ελεύθερη, πλήρης, άμεση και δωρεάν ηλεκτρονική πρόσβαση σε ορισμένα έγγραφα της σύμβασης για έναν από τους λόγους που αναφέρονται στο τρίτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 22, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναφέρουν στην προκήρυξη/ γνωστοποίηση ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος ότι τα σχετικά έγγραφα της σύμβασης θα διαβιβαστούν με μέσα άλλα πλην των ηλεκτρονικών, σύμφωνα με το πέμπτο εδάφιο παραγράφου 1 του άρθρου 22. Στην περίπτωση αυτή, η προθεσμία υποβολής προσφορών παρατείνεται κατά πέντε ημέρες, εκτός από περιπτώσεις δεόντως αιτιολογημένης επείγουσας ανάγκης, όπως αναφέρεται στην παρ. 3 του άρθρου 27, στην παρ. 7 του άρθρου 28 και στο τέταρτο, πέμπτο και έκτο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 29.

Όταν δεν μπορεί να προσφερθεί ελεύθερη, πλήρης, άμεση και δωρεάν ηλεκτρονική πρόσβαση σε ορισμένα έγγραφα της σύμβασης, διότι οι αναθέτουσες αρχές προτίθενται να εφαρμόσουν την παρ. 2 του άρθρου 21, αναφέρουν στην προκήρυξη/ γνωστοποίηση ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος τα μέτρα προστασίας του εμπιστευτικού χαρακτήρα των πληροφοριών, τα οποία απαιτούν και τον τρόπο με τον οποίο είναι δυνατή η πρόσβαση στα σχετικά έγγραφα. Στην περίπτωση αυτή, η προθεσμία υποβολής προσφορών παρατείνεται κατά πέντε (5) ημέρες, εκτός από περιπτώσεις δεόντως αιτιολογημένης επείγουσας ανάγκης, όπως αναφέρεται στην παρ. 3 του άρθρου 27, στην παρ. 7 του άρθρου 28 και στο τέταρτο, πέμπτο και έκτο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 29. [...]

11. Τα οριζόμενα στον ν. 4782/2021 (Α' 36/2021) «Εκσυγχρονισμός, απλοποίηση και αναμόρφωση του ρυθμιστικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερες ρυθμίσεις προμηθειών στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και άλλες διατάξεις για την ανάπτυξη, τις υποδομές και την υγεία» και ιδίως το άρθρο 142 «Έναρξη ισχύος Μέρους Α'», σύμφωνα με το οποίο :

«1. Η ισχύς των διατάξεων:

α) του άρθρου 4, κατά το μέρος που τροποποιεί την παρ. 1 του άρθρου 36 του ν. 4412/2016,

β) των άρθρων 10, 20 παρ. 4, 34 κατά το μέρος που τροποποιεί την παρ. 2 του άρθρου 92 του ν. 4412/2016, 55, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 66 έως 79, 82 έως 86, 89 έως 93, 95 έως 98, 100, 131, 134 και 138,

γ) του άρθρου 108, κατά το μέρος που τροποποιεί την περ. α` της παρ. 11 του άρθρου 221 του ν. 4412/2016,

δ) του άρθρου 109, κατά το μέρος που τροποποιεί την παρ. 7 του άρθρου 258 του ν. 4412/2016, αρχίζει από την 1η.9.2021.

2. Η ισχύς των άρθρων 3, 6 κατά το μέρος που τροποποιεί τις παρ. 1 και 5 του άρθρου 38 του ν. 4412/2016, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 42, 49, 62, 65, 80, 81, 87, 88, 94, 99, 101, 108, εκτός της περ. α` της παρ. 11, 121 και 127 αρχίζει από τη δημοσίευση του παρόντος στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

3. Η ισχύς των υπολοίπων άρθρων του παρόντος αρχίζει από την 1η.6.2021, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του.»

III. Νομική Εκτίμηση

12. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Μοσχάτου-Ταύρου, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας, υπό την έννοια της διάταξης του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 8 του ν. 4412/2016. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας, ενδεικτικού προϋπολογισμού 66.390,44€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, η οποία αφορά τη μία (1) από τις επτά (7) ομάδες της προηγηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού 525.513,84 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής κατ' άρθρο 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ` υποπερίπτωση δδ` του ν. 4013/2011, για την παροχή σύμφωνης γνώμης.

13. Συναφώς επισημαίνεται ότι 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 και ήδη άρθρα 26 και 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και ήδη άρθρα 26 και 32 του Ν. 4412/2016). Περαιτέρω επισημαίνεται ότι οι εν λόγω διατάξεις, στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από την βασική ρύθμιση, ήτοι από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού, της αποφυγής των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συστατικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η οδηγία 2014/24/ΕΚ να μην απωλέσει 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 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. Η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 32 παράγραφος 2 περίπτωση α΄ του ν.4412/2016 της οποίας γίνεται ρητά επίκληση από την αιτούσα και 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,

β) να μην έχει υποβληθεί κατά την ανωτέρω νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής να μην κρίνεται κατάλληλη και

γ) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση. Επιπλέον, προϋποθέτει ότι σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής εκθέσεως.

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

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

Ο εν λόγω Δήμος διενήργησε διεθνή, ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, ηλεκτρονικό διαγωνισμό με τίτλο ««ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΓΙΑ ΤΟΝ ΔΗΜΟ ΚΑΙ ΤΑ Ν.Π.Δ.Δ.»», για την κάλυψη των σχετικών αναγκών, ο οποίος δεν εμπεριείχε όρους περιοριστικούς του ανταγωνισμού ούτε εντοπίστηκαν ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες.

Περαιτέρω, για τη βελτίωση των διαγωνιστικών διαδικασιών της αναθέτουσας αρχής, επισημαίνεται ότι:

Λόγω της υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής για ελεύθερη, πλήρη, άμεση και δωρεάν ηλεκτρονική πρόσβαση στα έγγραφα της σύμβασης από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης/ γνωστοποίησης, θα πρέπει η δημοσιοποίηση της διακήρυξης του διαγωνισμού μετά των παραρτημάτων της (στο ΕΣΗΔΗΣ, στο ΚΗΜΔΗΣ, στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής, στις εφημερίδες) να εμφανίζει άμεση χρονική εγγύτητα με την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης (εν προκειμένω, στην Ε.Ε.Ε. στις 28.10.2020). Συνεπώς, και προκειμένου να δίδεται στους οικονομικούς φορείς ο αναγκαίος χρόνος για την προετοιμασία της προσφοράς τους βάσει των τευχών της διακήρυξης, θα πρέπει να τηρείται η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών (εν προκειμένω, των 30 ημερών κατόπιν σύντμησης λόγω χρήσης ηλεκτρονικών μέσων), τουλάχιστον κατά το χρονικό διάστημα που μεσολαβεί μεταξύ της δημοσιοποίησης της διακήρυξης του διαγωνισμού (ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ στις 11.11.20, έναρξη υποβολής προσφορών στις 11.11.20) και της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής των προσφορών στις 07.12.20 (πρβλ. σχετικώς Δ12/2021 και Δ14/2021 γνώμες της Αρχής). Εν προκειμένω, το χρονικό διάστημα των τεσσάρων (4) ημερών που υπολείπεται, λαμβάνοντας υπόψη την ημερομηνία ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ, δεν κρίνεται ικανό να έχει θέσει εμπόδια στη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία και να έχει περιορίσει τον ανταγωνισμό. Παρολ' αυτά, γίνεται η σχετική επισήμανση στην αναθέτουσα αρχή, για την επιμελή τήρηση των διατυπώσεων και

κανόνων δημοσιότητας σε μελλοντική διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης που θα προκηρυχθεί.

β) Ως προς τη μη υποβολή προσφοράς ή την μη ύπαρξη κατάλληλης προσφοράς:

Κατόπιν πραγματοποίησης εκ μέρους του Δήμου όλων των απαιτούμενων δημοσιεύσεων, διενεργήθηκε ο διαγωνισμός. Ακολούθως η αρμόδια Επιτροπή του Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι ο διαγωνισμός ήταν άγονος ως προς την Ομάδα Ε 'και στη συνέχεια η Οικονομική Επιτροπή στις 23 Φεβρουαρίου 2021 (υπ' αρ.61/2021 απόφαση), κήρυξε εν μέρει άγονο τον διαγωνισμό.

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

Στο υποβληθέν σχέδιο απόφασης του Δήμου ρητώς προβλέπεται η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων του προηγηθέντος ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού.

IV. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Ενόψει των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, η Αρχή **ομόφωνα** αποφασίζει:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης, κατά το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, επί του εξεταζομένου αιτήματος του Δήμου Μοσχάτου Ταύρου για την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την ανάθεση προμήθειας τροφίμων του Δήμου Μοσχάτου Ταύρου και των Ν.Π.Δ.Δ., εκτιμώμενης αξίας 66.390,44€, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, σε συνέχεια ανοικτού ηλεκτρονικού άνω των ορίων (διεθνούς) διαγωνισμού, αναφορικά με την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΓΙΑ ΤΟΝ ΔΗΜΟ ΚΑΙ ΤΑ Ν.Π.Δ.Δ.», συνολικού προϋπολογισμού 525.513,84 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, σύμφωνα με την περίπτωση α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 8 Απριλίου 2021

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αν. Πρόεδρος

Μιχαήλ Εκατομμάτης

