



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΓΝΩΜΗ

Δ37/2021

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

Στην Αθήνα σήμερα την 26^η Μαΐου του έτους δύο χιλιάδες είκοσι ένα (2021), ημέρα Τετάρτη και ώρα 09:30π.μ. και στα επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κορνά Τράκα, γραφεία της, συνήλθε σε συνεδρίαση, η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ, 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: Αδάμ Καραγλάνης, Αντιπρόεδρος

Μέλη: Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Ερωφίλη Χριστοβασίλη (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Γραμματέας: Αικατερίνη Αλτιπαρμάκη, Δ.Ε. Διοικητικών Γραμματέων

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

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν (άπασης μέσω τηλεδιάσκεψης) η εισηγήτρια Όλγα Αβαδέλου, η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης της Διεύθυνσης Ελέγχου Μαρία Παναγοηλιοπούλου καθώς και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου, Μαριλένα Σιδέρη, οι οποίες και αποδεσμεύτηκαν 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 χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την προμήθεια τριών (3) τμημάτων (με α/α 2-παγωτά, 3-γρανίτες & 6-πάγος) που αφορά προϊόντα και αγαθά λειτουργίας καντινών υποκ. Ελαφονησίου και Γραμβούσας/Μπάλου, της Δημοτικής Μονομετοχικής Α.Ε του Δήμου Κισσάμου, συνολικού προϋπολογισμού 66.428,46€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου ηλεκτρονικού άνω των ορίων διαγωνισμού, «Προμήθεια Αναψυκτικών-χυμών-αλκοολούχων» υποκ. Ελαφονησίου και υποκ. Γραμβούσας, συνολικού προϋπολογισμού 382.628,89€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (441.207,01€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), λόγω μη υποβολής προσφορών στα εν λόγω τμήματα.

Με το υπ' αρ. πρωτ. 189/20.04.2021 αίτημά του προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή), που παρελήφθη στις 27/04/2021 (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 2507),), όπως συμπληρώθηκε με το υπ. αριθ. πρωτ 237/17.05.2021 (αρ. πρωτ. Αρχής 2802/17.05.2021) έγγραφο, ο Δήμος Κισσάμου Ακίνητα Μονομετοχική Α.Ε αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, με επίκληση της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας τριών (3) τμημάτων, προϊόντων και αγαθών λειτουργίας καντινών υποκ. Ελαφονησίου και Γραμβούσας/Μπάλου, συνολικού προϋπολογισμού 66.428,46€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου ανοικτού άνω των ορίων ηλεκτρονικού διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 382.628,89€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, λόγω μη υποβολής προσφορών στα εν λόγω τμήματα.

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

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

1.1. Με την υπ. αρ. πρωτ. διακήρυξη 16/2021 (ΑΔΑΜ 21PROC008255112/2021-03-09) προκηρύχθηκε διεθνής ηλεκτρονικός μειοδοτικός διαγωνισμός, άνω των ορίων, συνολικού προϋπολογισμού 382.628,89€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, (441.207,01€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) για προμήθεια με τίτλο: «Προμήθεια Αναψυκτικών-χυμών-αλκοολούχων» υποκ. Ελαφονησίου και υποκ. Γραμβούσας για τη κάλυψη των αναγκών του Δήμου Κισσάμου.

1.2. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 1.3 “*Συνοπτική περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης*” της εν λόγω διακήρυξης ορίζονταν τα εξής:

“[...] Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια αναψυκτικών- χυμών- αλκοολούχων, παγωτών, γρανιτών, καφέ και συναφών ειδών- τυποποιημένων σνάκ-τροφίμων, ειδών αρτοποιίας, πάγου και μεταλλικών νερών.”

Τα Τμήματα της Διακήρυξης ήταν επτά (7). Αναλυτικά τα τμήματα της προμήθειας περιγράφονται ως ακολούθως :

ΤΜΗΜΑ 1 : «*Προμήθειες αναψυκτικών- χυμών-αλκοολούχων*», εκτιμώμενης αξίας 78.144,75 ευρώ πλέον ΦΠΑ (13%) 10.158,82 ευρώ και 69.916,13 ευρώ πλέον ΦΠΑ (24%) 16.779,87 ευρώ ήτοι συνολικής αξίας 174.999,57 ευρώ που επιμερίζεται στα υποκαταστήματα ως εξής:

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Ελαφονησίου (ΚΑ: 24-00-11-1000) 99.999,72 ευρώ+

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Γραμβούσας (ΚΑ: 24-00-11-2000) 74.999,85 ευρώ

ΤΜΗΜΑ 2 : «*Προμήθειες Παγωτών*», εκτιμώμενης αξίας 50.442,06 ευρώ πλέον ΦΠΑ 13% 6.557,47 ευρώ ήτοι συνολικής αξίας 56.999,53 ευρώ.

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Ελαφονησίου (ΚΑ: 24-00-13-1000) 34.999,75 ευρώ

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Γραμβούσας (ΚΑ: 24-00-13-2000) 21.999,78 ευρώ

ΤΜΗΜΑ 3 : «Προμήθειες γρανιτών», εκτιμώμενης αξίας 10.414,40 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24 % 2.499,46 ευρώ ήτοι συνολικής αξίας 12.913,86 ευρώ.

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Ελαφονησίου(ΚΑ: 24-00-14-1000) 10.948,70 ευρώ

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Γραμβούσας(ΚΑ: 24-00-14-2000) 1.965,16 ευρώ

ΤΜΗΜΑ 4 : «Προμήθειες καφέ και συναφών ειδών-τυποποιημένων σνακ-τροφίμων», εκτιμώμενης αξίας 48.671,95 ευρώ πλέον ΦΠΑ 13% 6.327,35 ευρώ ήτοι συνολικής αξίας 54.999,30 ευρώ.

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Ελαφονησίου(ΚΑ: 24-00-15-1000) 34.999,77 ευρώ

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Γραμβούσας(ΚΑ: 24-00-15-2000) 19.999,53 ευρώ

ΤΜΗΜΑ 5 : «Προμήθειες ειδών αρτοποιίας», εκτιμώμενης αξίας 75.220,60 ευρώ πλέον ΦΠΑ 13% 9.778,68 ευρώ ήτοι συνολικής αξίας 84.999,28 ευρώ.

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Ελαφονησίου(ΚΑ: 24-00-16-1000) 49.999,56 ευρώ

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Γραμβούσας(ΚΑ: 24-00-16-2000) 34.999,72 ευρώ

ΤΜΗΜΑ 6 : «Προμήθειες πάγου», εκτιμώμενης αξίας 5.572,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ 13% 724,36 ευρώ ήτοι συνολικής αξίας 6.296,36 ευρώ.

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Ελαφονησίου(ΚΑ: 24-00-19-1000) 3.997,94 ευρώ

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Γραμβούσας(ΚΑ: 24-00-19-2000) 2.298,42 ευρώ

ΤΜΗΜΑ 7 : «Προμήθεια νερών», εκτιμώμενης αξίας 44.247,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ 13% 5.752,11 ευρώ ήτοι συνολικής αξίας 49.999,11 ευρώ.

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Ελαφονησίου(ΚΑ: 24-00-22-1000) 29.999,49 ευρώ

Συνολικό ποσό Υποκαταστήματος Γραμβούσας(ΚΑ: 24-00-22-2000) 19.999,62 ευρώ

Κάθε Υποψήφιος μπορεί να υποβάλει προσφορά, σύμφωνα με τους όρους της παρούσας, σε μία ή σε περισσότερες «Ομάδες», καλύπτοντας όλα τα επιμέρους προϊόντα και ποσότητες που αναφέρονται στην αντίστοιχη «Ομάδα» και για τα δυο υποκαταστήματα, Ελαφονησίου και Γραμβούσας/Μπάλου.

Η προμήθεια καλύπτει το χρονικό διάστημα από την υπογραφή της σύμβασης και έως τις 30/11/2021.

Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 80.330,53€ πλέον ΦΠΑ 24 % 19.279,33 ευρώ και 302.298,36 ευρώ πλέον ΦΠΑ 13% 39.298,79 ευρώ, ήτοι συνολική αξία σύμβασης 441.207,01 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ).

Η διάρκεια της σύμβασης Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 1.

Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής. Ειδικότερα ως κριτήριο κατακύρωσης : (α) το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) στην νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσης όπως αυτή προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο δελτίο πιστοποίησης τιμών της Δ/σης Ανάπτυξης Περιφερειακής Ενότητας Χανίων – Τμήμα Εμπορίου, για τα είδη οπωρολαχανοπωλείου(πορτοκάλια, λεμόνια), και (β) το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) στις τιμές της μελέτης (τεύχος τεχνικών προδιαγραφών – ενδεικτικού προϋπολογισμού), για τα είδη αναψυκτικών-χυμών-αλκοολούχων, παγωτών, γρανιτών, καφέ και συναφών ειδών- τυποποιημένων σνακ-τροφίμων, ειδών αρτοποιίας, πάγου και μεταλλικών νερών.

Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε στην διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr η 9^η Μαρτίου 2021 και ώρα 13.00 και ως καταληκτική ημερομηνία ορίστηκε η 8^η Απριλίου 2021 και ώρα 13.00. Ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 14^η Απριλίου 2021 και ώρα 13.00 μ.μ.

1.3. Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.2. «Εγγύηση συμμετοχής» της ως άνω διακήρυξης, προβλέπεται ότι: “ Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, ποσοστού 2%. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/τιμημάτων. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση.

Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 2.4.5 της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής.»[...]

Στο άρθρο “2.4.5 Χρόνος ισχύος των προσφορών” δε, προβλέπεται ότι: “ Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα 9 μηνών από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού.

Προσφορά η οποία ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο απορρίπτεται.» [...]

1.4. Στο άρθρο 2.3.1 της διακήρυξης «Κριτήριο ανάθεσης» ορίστηκε ότι «Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά: βάσει τιμής.

Κριτήριο ανάθεσης είναι: : (α) το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) στην νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσης όπως αυτή προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο δελτίο πιστοποίησης τιμών της Δ/σης Ανάπτυξης Περιφερειακής Ενότητας Χανίων – Τμήμα Εμπορίου, για τα είδη οπωρολαχανοπωλείου(πορτοκάλια, λεμόνια), και (β) το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) στις τιμές της μελέτης (τεύχος τεχνικών προδιαγραφών – ενδεικτικού προϋπολογισμού), για τα είδη αναψυκτικών-χυμών, αλκοολούχων, παγωτών, έτοιμων ροφημάτων-γρανιτών, καφέ και συναφών ειδών, τυποποιημένων σνακ, αρτοποιίας, τροφίμων, πάγου και νερών.»

1.5. Περίληψη της εν λόγω διακήρυξης, η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακήρυξης του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε.) στις 04.03.2021 και δημοσιεύθηκε στις 09.03.2021 με αριθμό αναφοράς 2021/S047-117399. Συνακόλουθα, στις 09/03/2021 η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ, στον διαδικτυακό τόπο του Δήμου, www.kissamos.gr, στις καθώς και στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) όπου και έλαβε αριθμό συστήματος 106998. Επίσης περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στις εφημερίδες: «ΝΕΟΙ ΟΡΙΖΟΝΤΕΣ ΤΗΣ ΚΡΗΤΗΣ» στις 10.03.2021 και «ΧΑΝΙΩΤΙΚΑ ΝΕΑ» στις 13.03.2021.

2. Στη συνέχεια, η Επιτροπή διενέργειας και αξιολόγησης των Διαγωνισμών, η οποία είχε συσταθεί με την υπ' αριθ. 1/2021(ΑΔΑ Ψ7Ζ4ΟΛ3Ω-0ΕΣ) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου, προέβη στην αποσφράγιση των προσφορών του εν θέματι διαγωνισμού και, σύμφωνα με το υπ. αριθ. 178/15.04.2021 σχετικό Πρακτικό πρότεινε προς το Διοικητικό Συμβούλιο:

1.) Την ανάδειξη της Μ. ΒΛΑΤΑΣ ΚΑΙ Ε.ΞΥΔΑΚΗΣ Ο.Ε ως προσωρινού αναδόχου για τα τμήματα 1, 4, 5 και 7 του Ανοιχτού Διεθνούς Ηλεκτρονικού Δημόσιου Διαγωνισμού για τις «Προμήθειες προϊόντων και αγαθών λειτουργίας καντινών Ελαφονησίου και Γραμβούσας/Μπάλου», γιατί η προσφορά του είναι πλήρης, σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές και προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή.

2.) Τη ματαίωση του Ανοιχτού Διεθνούς Ηλεκτρονικού Δημόσιου Διαγωνισμού με τίτλο «Προμήθειες αγαθών και προϊόντων λειτουργίας καντινών Ελαφονησίου και Γραμβούσας-Μπάλου» (σχετική η υπ' αρ. 116/09-03-2021 Διακήρυξη) λόγω άγονου, για τα τμήματα Παγωτού(Τμήμα 2), Γρανιτών(Τμήμα 3), και Πάγου(Τμήμα 6) καθότι για τα εν λόγω τμήματα δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά από κανέναν οικονομικό φορέα στο διαδικτυακό τόπο του ΕΣΗΔΗΣ.

3.) Την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016, στις οποίες ορίζεται ότι: ...».[...]

2.1. Ακολούθως, το Δ.Σ της Δημοτικής Μονομετοχικής Α.Ε του Δήμου με την αριθ. πρωτ. 16/ 2021 Απόφασή του, ενέκρινε ομόφωνα το ανωτέρω Πρακτικό.

2.2. Με το υπ. αριθ. πρωτ. 238/18.05.2021 έγγραφο της αιτούσας αναθέτουσας αρχής βεβαιώνεται ότι δεν έχουν υποβληθεί ένδικα μέσα και δεν εκκρεμεί ένσταση κατά του κύρους του διεθνούς ανοιχτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού.

3. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Κισσάμου Ακίνητα Μονομετοχική ΑΕ με το υπ' αρ. πρωτ. 2507/27.04.2021 έγγραφο – αίτημά του και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα, όπως συμπληρώθηκε με το υπ. αριθ. πρωτ 2802/17.05.2021 έγγραφο του, αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, με επίκληση της διάταξης του άρθρου 32, παρ.2 περ. α' του ν.4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας προϊόντων και αγαθών λειτουργίας καντινών υποκαταστημάτων Ελαφονησίου και Γραμβούσας για τα τμήματα 2(παγωτά), 3(γρανιτών) & 6(πάγου), για τα οποία δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά, προϋπολογισθείσας δαπάνης 66.428,46€ χωρίς Φ.Π.Α., χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.

II. Νομικό πλαίσιο

4. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης, ορίζει τα ακόλουθα: «δδ) *Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α147) εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές επιπίπτουν, 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 ίδιου ως άνω νόμου ορίζει ότι:

“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’,[...]”.

Συναφώς επισημαίνεται ότι, με βάση τις σχετικές διατάξεις Κανονισμού 2019/1828 της Επιτροπής της 30ης Οκτωβρίου 2019 “για την τροποποίηση της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής για τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων”, τα κατώτατα χρηματικά όρια για τις μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές αναθεωρήθηκαν από 01-01-2020 από 221.000 στο ποσό των 214.000€.

8. Στο άρθρο 6 παρ. 1, 3 και 9 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: *“Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαιρέσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. [...] 3. Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου. Η σύμβαση δεν κατατέμνεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...] 9. Όταν ένα σχέδιο αγοράς για την απόκτηση ομοιογενών αγαθών μπορεί να οδηγήσει σε ανάθεση συμβάσεων υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων, λαμβάνεται υπόψη κατά την εφαρμογή του άρθρου 5 περιπτώσεις β’ και γ’ η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων αυτών των τμημάτων. Όταν η συνολική αξία των τμημάτων ισούται ή υπερβαίνει το κατώτατο όριο που προβλέπεται στο άρθρο 5, το παρόν Βιβλίο εφαρμόζεται στην ανάθεση κάθε τμήματος”.*

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 Μη κατάλληλη θεωρείται μία 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.

Μη κατάλληλη θεωρείται μία αίτηση συμμετοχής όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 [...]"

10. Στο άρθρο 66 του Ν.4412 «Δημοσίευση σε εθνικό επίπεδο (άρθρο 52 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» προβλέπονται τα εξής:

3. «Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 62, 63 και 64, καθώς και οι πληροφορίες που περιέχονται σε αυτές δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης, σύμφωνα με το άρθρο 65. Ωστόσο, η δημοσίευση μπορεί να πραγματοποιείται σε κάθε περίπτωση σε εθνικό επίπεδο, όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν ενημερωθεί σχετικά με τη δημοσίευση εντός 48 ωρών από τη βεβαίωση παραλαβής της προκήρυξης/γνωστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 65.»

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. Κατά πρώτον, επισημαίνεται ότι ο Δήμος Κισσάμου Ακίνητα Μονομετοχική ΑΕ συνιστά αναθέτουσα αρχή κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 1 περ. (1α) του ν. 4412/2016 (πρβλ. ID 2566 της Εθνικής Βάσης Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων της Αρχής, καθώς και Δ68/2019 και Δ68/2020 σύμφωνα γνώμες της Αρχής επί προηγούμενων αντίστοιχων αιτημάτων της Ακίνητα Μονομετοχική ΑΕ του Δήμου Κισσάμου περί προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης).

Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Κισσάμου Ακίνητα Μονομετοχική Α.Ε αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας με την έννοια της διάταξης του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 8 του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 8 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, προϋπολογισθείσας αξίας του αιτήματος 66.428,46€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., σε συνέχεια εν μέρει άγονου ηλεκτρονικού άνω των ορίων διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 382.628,89€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, προκύπτει ότι συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής κατ' άρθρο 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ' υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης.

13. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση, έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και ήδη στα παρόμοιου περιεχομένου άρθρα 26 και 32 του ν. 4412/2016 (βλ. σχετικώς ΔΕΕ, απόφαση της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56). Συναφώς επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζόμενων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13ης Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).

14. Η αναθέτουσα αρχή επικαλείται, με το υπό κρίση αίτημά της, τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016 ως προς τα τρία (3) Τμήματα 2, 3 και 6 του προηγθέντος ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, για τα οποία δεν υπεβλήθησαν προσφορές.

15. Ειδικότερα, με τις υπό εξέταση διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να συνάπτουν συμβάσεις με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, με τις κάτωθι προϋποθέσεις:

α) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία,

β) να μην έχει υποβληθεί κατά την ανωτέρω νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές να μην κρίνεται κατάλληλη ή να μην υπάρχει κανείς υποψήφιος και

γ) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση.

δ) Επιπλέον, προϋποθέτει ότι σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής εκθέσεως.

Επισημαίνεται ότι σχετικά με την ως άνω α) προϋπόθεση, όπως παγίως έχει κριθεί, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή των προαναφερόμενων διατάξεων, 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. 466/2011, 1249/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

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

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

Ο Δήμος Κισσάμου Ακίνητα Μονομετοχική Α.Ε, με την υπ' αριθ. πρωτ. Διακήρυξη 16/2021 (ΑΔΑΜ 21PROC008255112/2021-03-09), διενήργησε διεθνή ηλεκτρονικό μειοδοτικό διαγωνισμό, άνω των ορίων, συνολικού προϋπολογισμού 382.628,89€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (441.207,01€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), με τίτλο «Προμήθεια Αναψυκτικών-χυμών-αλκοολούχων» υποκ. Ελαφονησίου και υποκ. Γραμβούσας».

Η προμήθεια αφορούσε σε επτά (7) συνολικά Τμήματα, εκ των οποίων για τρία (3) τμήματα, συγκεκριμένα τα τμήματα 2, 3 & 6, δεν υπεβλήθησαν προσφορές.

Η ως άνω Διακήρυξη, δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή του στο σχετικό διαγωνισμό, όπως προκύπτει από το προπαρατεθέν Ιστορικό. Επιπλέον από τα στοιχεία του υποβληθέντος φακέλου, καθώς και τα στοιχεία της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων, διαπιστώθηκε η νομιμότητα της προηγουμένως διεξαχθείσας ανοικτής διαδικασίας ως προς την κατάρτιση των όρων της ως άνω διακήρυξης, την τήρηση των όρων δημοσιότητας και την εν γένει διενέργεια της διαδικασίας του

διαγωνισμού με αριθμό συστήματος 106998, χωρίς να διαπιστωθούν ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες.

16.2. Ως προς τη μη υποβολή προσφορών ή την υποβολή μη κανονικών ή απαράδεκτων προσφορών

Σύμφωνα με το υπ. αριθ. πρωτ. 178/15.04.2021 πρακτικό της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού καθώς και την με αρ. 16/2021 απόφαση του Δ.Σ της Δημοτικής Μονομετοχικής Α.Ε του Δήμου, στον διενεργηθέντα ηλεκτρονικό ανοικτό διεθνή άνω των ορίων διαγωνισμό, ως προς τα τρία (3) Τμήματα του υπό εξέταση αιτήματος: **2**(Παγωτού), **3**(Γρανιτών) και **6**(Πάγου) δεν υπεβλήθησαν προσφορές στα πλαίσια του διαγωνισμού και συνεπώς ο διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος ως προς τα ανωτέρω τμήματα.

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

Στο προσκομισθέν στην Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ σχέδιο απόφασης του Δήμου Κισσάμου Ακίνητα Μονομετοχική Α.Ε αναφέρεται ότι, κατά τη διαδικασία προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του αρθ. 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, δεν θα τροποποιηθούν ουσιωδώς οι όροι που τέθηκαν με τη διακήρυξη του προηγηθέντος ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού.

IV. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

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 της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την προμήθεια τριών (3) τμημάτων (με α/α 2-παγωτά, 3-γρανίτες & 6-πάγος) που αφορά προϊόντα και αγαθά λειτουργίας καντινών υποκ. Ελαφονησίου και Γραμβούσας/Μπάλου, της Δημοτικής Μονομετοχικής Α.Ε του Δήμου Κισσάμου, συνολικού προϋπολογισμού 66.428,46€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου ηλεκτρονικού άνω των ορίων διαγωνισμού, «Προμήθεια Αναψυκτικών-χυμών-αλκοολούχων» υποκ. Ελαφονησίου και υποκ. Γραμβούσας, συνολικού προϋπολογισμού 382.628,89€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (441.207,01€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), επειδή δεν υποβλήθηκαν προσφορές στα εν λόγω τμήματα, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 26 Μαΐου 2021

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Αντιπρόεδρος

Αδάμ Καραγλάνης