



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
ΓΕΝ. Δ/ΝΣΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ
ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
Δ/ΝΣΗ ΝΟΜΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ**

52/2013

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα, την 20 Φεβρουαρίου του έτους δύο χιλιάδες δέκα τέσσερα (2014) ημέρα Πέμπτη και ώρα 12.00, και επί της Λεωφόρου Κηφισίας 7 στους Αμπελοκήπους, 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. **Αντιπρόεδρος:** Μπουσουλέγκα Χριστίνα
2. **Μέλη:** Καραμανλής Ευάγγελος
Σταθακόπουλος Δημήτριος
Κουλούρη Ιωάννα

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

Γραμματέας: Στυλιανή Τσιάβου

Εισηγητής: Δημήτρης Υπερήφανος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Ερώτημα: Το υπ' αρ. πρωτ. 109648/05-12-2013 αίτημα του Δήμου Αχαρνών προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το οποίο παρελήφθη από την Αρχή στις 10-12-2013 (αρ.πρωτ. 5461), όπως συμπληρώθηκε με το υπ' αρ. πρωτ. 2956/14-01-2014 έγγραφο, το οποίο παρελήφθη από την Αρχή με αριθ. Πρωτ. 212/17-01-2014 και το υπ' αρ. πρωτ. 10069/1-02-2014 έγγραφο, το οποίο παρελήφθη από την Αρχή με αριθ. Πρωτ. 591/5-02-2014 .

Θέμα: Έγκριση προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ 1 περ α του π.δ. 60/2007, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας τροφίμων, προϋπολογισθείσας δαπάνης 157.993,73€ συμ/νου ΦΠΑ (135.505,25€ πλέον ΦΠΑ), για τις ανάγκες του Δήμου και του Νομικού του Προσώπου (Δημοτική Φροντίδα Αχαρνών), για

το λόγο ότι ο σχετικός προηγηθείς διαγωνισμός συνολικού προϋπολογισμού 271.584,72€ συμπ/νου ΦΠΑ (236.028,25€ πλέον ΦΠΑ), απέβη άγονος για τις ομάδες «Α», «Δ», «Ε» και «Στ» .

1. Με το υπ' αρ. πρωτ. 109648/05-12-2013 αίτημα του Δήμου Αχαρνών προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το οποίο παρελήφθη από την Αρχή στις 10-12-2013 (αρ.πρωτ. 5461), όπως συμπληρώθηκε με το υπ' αρ. πρωτ. 2956/14-01-2014 έγγραφο, το οποίο παρελήφθη από την Αρχή με αριθ. Πρωτ. 212/17-01-2014 και το υπ' αρ. πρωτ. 10069/1-02-2014 έγγραφο, το οποίο παρελήφθη από την Αρχή με αριθ. Πρωτ. 591/5-02-2014 , ο Δήμος αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 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, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ 1 περ α του π.δ. 60/2007, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας τροφίμων, προϋπολογισθείσας δαπάνης 157.993,73€ συμπ/νου ΦΠΑ (135.505,25€ πλέον ΦΠΑ), για τις ανάγκες του Δήμου και του Νομικού του Προσώπου (Δημοτική Φροντίδα Αχαρνών), για το λόγο ότι ο σχετικός προηγηθείς διαγωνισμός συνολικού προϋπολογισμού 271.584,72€ συμπ/νου ΦΠΑ (236.028,25€ πλέον ΦΠΑ), απέβη άγονος για τις ομάδες «Α», «Δ», «Ε» και «Στ» .

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

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

2.1 Με το αριθμ. πρωτ. 71547/05-08-2013 έγγραφο της Δ/σης Κοινωνικής Πολιτικής, δηλώνεται η ανάγκη προμήθειας τροφίμων για τα Συσσίτια του Δήμου.

2.2 Με το αριθμ. πρωτ. 71551/05-08-2013 έγγραφο της Δ/σης Κοινωνικής Πολιτικής, δηλώνεται η ανάγκη προμήθειας τροφίμων για το Κοινωνικό Παντοπωλείο του Δήμου.

2.3 Με τα αριθμ. πρωτ. 71978/06-08-2013 και 82490/13-09-2013, έγγραφα του Ν.Π.Δ.Δ. «Δημοτική Φροντίδα Αχαρνών (ΔΗ.Φ.Α.)», δηλώνεται η ανάγκη προμήθειας τροφίμων για το ως άνω νομικό πρόσωπο.

2.4 Με το αριθμ. πρωτ. 72641/08-08-2013 έγγραφο του Δήμου προς τη Δ/ση Τεχνικών Υπηρεσιών ζητείται η σύνταξη μελέτης η οποία υλοποιείται και λαμβάνει αριθμό 59/2013. Στην εν λόγω μελέτη αναφέρονται έξι ομάδες προϊόντων: "Α" είδη ποτών, αναψυκτικών και καφεκοπτείου, "Β" είδη παντοπωλείου, "Γ" είδη οπωροπωλείου, "Δ" είδη κρεοπωλείου, "Ε" μικρογεύματα, "ΣΤ" είδη αρτοποιίας. Στη περιγραφή - χαρακτηριστικά των κατωτέρω προϊόντων : α) είδη παντοπωλείου (Β): αλάτι, ζάχαρη ψιλή, άχνη, όσπρια, γάλα, ελαιόλαδο, μέλι, μαρμελάδα, φουντουκόπαστα, ζαμπόν, β) είδη κρεοπωλείου (Δ): κοτόπουλα νωπά και γ) μικρογεύματα (Ε): τα αλλαντικά και τυριά, μεταξύ των άλλων, αναγράφονται οι όροι "εγχώριο" ή "ελληνικής παραγωγής" ή "ελληνικής προέλευσης" ή "εγχώριας προέλευσης" κλπ.

2.5 Με την με αριθμ. 301/2013 απόφαση Δημοτικού Συμβουλίου (Α.Δ.Α.: ΒΛ9ΛΩΨ8-8ΝΤ), εγκρίνεται η διενέργεια της ανωτέρω προμήθειας και ο τρόπος εκτέλεσής της.

2.6 Με την με αριθμ. 678/2013 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (Α.Δ.Α.: ΒΛ9ΞΩΨ8-ΣΨΞ), εγκρίνεται η μελέτη και ζητείται η σύνταξη όρων διακήρυξης ανοικτού διαγωνισμού.

2.7 Με τις αριθμ Α-992/05-09-2013 και Α-993/05-09-2013 έγινε ανάληψη υποχρέωσης πίστωσης.

2.8 Ακολούθως, με την αριθμ 83773/17-09-2013 περιληπτική διακήρυξη του Δημάρχου Αχαρνών, προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού μειοδοτικού διαγωνισμού για την προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων, συνολικού προϋπολογισμού 271.584,72€ συμπ/νου ΦΠΑ (236.028,25€ πλέον Φ.Π.Α), με κριτήριο κατακύρωσης για τα είδη οπωροπωλείου και κρεοπωλείου, την προσφερόμενη έκπτωση επί τοις εκατό (%) στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσης του και για όλα τα υπόλοιπα είδη τροφίμων τη χαμηλότερη τιμή, όπως αναγράφονται αναλυτικά στην υπ' αριθ. 59/2013 μελέτη .

2.9 Αναφορικά με τους όρους της ως άνω διακήρυξης, και της συνημμένης σε αυτή αριθμ 59/2013 μελέτη αναφέρονται τα εξής: στο άρθρο 6 της διακήρυξης «...Ο κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει προσφορά είτε για το σύνολο των ειδών κάθε ομάδας τροφίμων που ενδιαφέρεται, είτε για όλες τις ομάδες...», στο άρθρο 8 “Οι προμηθευτές με ποινή αποκλεισμού υποχρεούνται να αναφέρουν με υπεύθυνη δήλωση, τη χώρα προέλευσης των προϊόντων” και στο άρθρο 9 παρ 2 β “Οι τεχνικές προσφορές θα πρέπει να συνοδεύονται από τα σχετικά προσπέκτους ή από κάθε είδους απόδειξη, άλλως δύνανται να θεωρηθούν μη αληθείς”.

2.10 Ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίσθηκε η 7η/11/2013, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ. – 10:30 π.μ.. Περίληψη της διακήρυξης (Α.Δ.Α.: ΒΛ9ΞΩΨ8-ΣΨΞ) δημοσιεύτηκε στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβέρνησης (ΦΕΚ 597/20-09-2013) και στις εφημερίδες «Αττικό Βήμα», «Ηχώ των Δημοπρασιών», «Γενική Δημοπρασιών» στις 20/09/2013 και στη «Συνείδηση» 19/09/2013.

Δημοσιεύτηκε επίσης στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης με αριθμ. 2013-124150/13-09-2013.

2.11 Η Οικονομική Επιτροπή, με το αριθμ. 936/2013 πρακτικό της (Α.Δ.Α.: ΒΛ1ΡΩΨ8-ΔΛΛ), επικύρωσε το πρακτικό αριθμ. πρωτ. 100245/07-11-2013 της αρμόδιας Επιτροπής Αξιολόγησης, για κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού ως προς τις ομάδες «Β» και «Γ» ενώ κήρυξε τον διαγωνισμό άγονο ως προς τις ομάδες «Α», «Δ», «Ε» και «ΣΤ» για τις οποίες αποφάσισε την απευθείας ανάθεση από το Δημοτικό Συμβούλιο της ανωτέρω προμήθειας τροφίμων.

2.12 Η ως άνω απόφαση, με το αριθμ. πρωτ. 101606/13-11-2013 έγγραφο υποβλήθηκε, στη Διεύθυνση Διοίκησης της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής για έλεγχο νομιμότητας.

3. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Αχαρνών με το υπ' αρ. πρωτ. 109648/05-12-2013 αίτημά του, το οποίο παρελήφθη από την Αρχή στις 10-12-2013 (αρ.πρωτ. 5461), όπως συμπληρώθηκε, κατόπιν αιτήματος της Αρχής, με τα υπ' αρ. Πρωτ. 2956/14-01-2014 και 10069/1-02-2014 έγγραφα (αριθ. πρωτ. εισερχομένων 212/17-01-2014 και 591/5-02-2014 αντίστοιχα), αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 1 α του π.δ. 60/2007, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας τροφίμων, προϋπολογισθείσας δαπάνης 135.505,25€, πλέον ΦΠΑ, για τις ανάγκες του Δήμου και των Νομικών του Προσώπων (Δημοτική Φροντίδα Αχαρνών), για το λόγο ότι ο σχετικός προηγούμενος διαγωνισμός απέβη άγονος για τις ομάδες «Α», «Δ», «Ε» και «ΣΤ». Η διάρκεια της σύμβασης που θα προκύψει ορίζεται σε 18 μήνες από την ημερομηνία υπογραφής της.

Επισημαίνεται ότι με το έγγραφο της Αρχής αριθ. Πρωτ. 212/28-01-2014, μεταξύ τω άλλων ζητήθηκε αιτιολόγηση για “τους εξαιρετικούς λόγους, για τους οποίους στις τεχνικές προδιαγραφές των προϊόντων προβλέπονται, όπως αναφέρεται ανωτέρω, προϊόντα συγκεκριμένης προέλευσης και παραγωγής (ελληνικής), χωρίς να εξειδικεύονται περαιτέρω και μάλιστα ανά κατηγορία προϊόντος, σε σχέση με την εξυπηρέτηση συγκεκριμένων αναγκών για την κάλυψη των οποίων τίθενται”.

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 προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 (άρθρο 40 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007 (άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ αντίστοιχα), 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..”.

5. Στο άρθρο 209 του ν. 3463/2006 (ΦΕΚ 114/Α), όπως ισχύει, ορίζεται: «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...». «10. Η σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης ρυθμίζεται με ανάλογη εφαρμογή των αντίστοιχων διατάξεων του άρθρου 25 των προεδρικών διαταγμάτων 59/2007 (ΦΕΚ 59 Α) και 60/2007 (ΦΕΚ 64 Α), όπως ισχύουν». (η παρ. 10 προστέθηκε με την παρ. 13 του άρθρου 20 του Ν. 3731/08, (ΦΕΚ-263 Α).

6. Στα άρθρα της με αριθμ. 11389/93 Απόφασης με τίτλο «Ενιαίος Κανονισμός Προμηθειών Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Ε.Κ.Π.Ο.Τ.Α)» (ΦΕΚ 185/Β), ορίζεται: Άρθρο 3 παρ.2 « Οι όροι της διακήρυξης κάθε διαγωνισμού πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις». Άρθρο 3 γ. «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 4 παρ. 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 "η αντίστοιχο" και εφόσον το αντικείμενο της σύμβασης δεν μπορεί να περιγραφεί διαφορετικά με προδιαγραφές επαρκώς σαφείς και πλήρως κατανοητές από όλους τους ενδιαφερόμενους». Άρθρο 5 "Οι δήμοι και οι κοινότητες γνωστοποιούν τις προθέσεις, αποφάσεις και τα αποτελέσματα των ενεργειών τους, που σχετίζονται με τις συμβάσεις προμηθειών, ως εξής: α. Στις περιπτώσεις ανοικτού και κλειστού διαγωνισμού, ο φορέας που διενεργεί το διαγωνισμό, μεριμνά για ευρεία γνωστοποίηση της σχετικής διακήρυξης και ειδικότερα: (1) Για τη δημοσίευση, εφάπαξ περίληψης των ουσιωδών στοιχείων της διακήρυξης σε δύο οικονομικές εφημερίδες και σε τοπική εφημερίδα, ημερήσια ή εβδομαδιαία εάν υπάρχει. Στην περίπτωση που δεν υπάρχει τοπική εφημερίδα ημερήσια ή εβδομαδιαία, η δημοσίευση γίνεται, εκτός από τις δύο οικονομικές εφημερίδες και σε μια ημερήσια ή εβδομαδιαία εφημερίδα της έδρας του νομού. Διευκρινίζεται ότι ουσιώδη στοιχεία της περίληψης είναι τα εξής τουλάχιστον: Ο τόπος και τρόπος διεξαγωγής της δημοπρασίας, η ημερομηνία και ώρα λήξεως αποδοχής των προσφορών, σαφής συνοπτική περιγραφή της προμήθειας, η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη, η εγγύηση συμμετοχής και προθεσμία, τυχόν ειδικό όροι, τηλέφωνο και διεύθυνση υπηρεσίας και ημέρες και ώρες παροχής πληροφοριών. (2) Για την ανάρτηση της περίληψης σε εμφανές μέρος της υπηρεσίας που διενεργεί τον διαγωνισμό. (3) Για την αποστολή της διακήρυξης στα διάφορα επιμελητήρια, συνδέσμους, πρεσβείες και στον ελληνικό οργανισμό μικρομεσαίων μεταποιητικών επιχειρήσεων και χειροτεχνίας (ΕΟΜΜΕΧ)... ζ.) Οι ανακοινώσεις, διακηρύξεις και λοιπές γνωστοποιήσεις καταρτίζονται σύμφωνα με τα υποδείγματα που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα Ι του παρόντος κανονισμού ...». 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». Άρθρο 26 παρ.1β "Όταν ο διαγωνισμός αφορά διάφορα υλικά και επιτρέπεται από τη διακήρυξη ή προσφορά μερικών από αυτά, γίνεται δεκτή προσφορά και στην περίπτωση που η εγγύηση δεν καλύπτει το προβλεπόμενο ποσοστό της αξίας όλων των προσφερομένων υλικών, αρκεί αυτή να καλύπτει το ποσοστό που αναλογεί στην αξία του ελάχιστου αριθμού υλικών που προβλέπεται από τη διακήρυξη, η δε κατακύρωση περιορίζεται στα υλικά που καλύπτονται από την εγγύηση». Άρθρο 48: « Προσαρτάται και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος του παρόντος κανονισμού το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι. το οποίο έχει ως ακολούθως: ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι ΥΠΟΔΕΙΓΜΑΤΑ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ Ο.Τ.Α. Α. Ανοικτές διαδικασίες ... 3. β) Φύση και ποσότητα των ζητούμενων προ-

ϊόντων, γ) Πληροφορίες για τη δυνατότητα των προμηθευτών να υποβάλουν προσφορές για μέρος ή και το σύνολο των απαιτούμενων προμηθειών ».

7. Στις 12-12-2012 δημοσιεύθηκε πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου (ΦΕΚ Α 240), η οποία κυρώθηκε με το Ν. 4111/2013 (ΦΕΚ Α 18) και η οποία στο άρθρο 4 προβλέπει: «... Η διαδικασία ανάδειξης προμηθευτών-χρηρηγτών, 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...».

8. Το Π.Δ 60/2007, ορίζει:

Άρθρο 3

Αρχές που διέπουν τη σύναψη συμβάσεων (άρθρο 2 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)

“Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις ενεργώντας με διαφάνεια.”.

Άρθρο 6

Ποσά των κατώτατων ορίων των δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 7 οδηγίας 2004/18/ΕΚ, άρθρο 2 παρ.1 του Κανονισμού 2083/2005)

“1. 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:

α) 137.000 ευρώ, για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, εκτός αυτών που καλύπτονται από την περίπτωση β) στοιχείο iii), που συνάπτονται από τις αναθέτουσες αρχές οι οποίες είναι κεντρικές κυβερνητικές αρχές του Παραρτήματος IV. Προκειμένου για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών που συνάπτονται από τις αναθέτουσες αρχές, οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, το εν λόγω κατώτατο όριο ισχύει μόνο για τα οριζόμενα στο Παράρτημα V προϊόντα.

β) 211.000 ευρώ, προκειμένου για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που συνάπτονται είτε i) από αναθέτουσες αρχές άλλες από εκείνες που αναφέρονται στο Παράρτημα IV, είτε ii) από τις αναθέτουσες αρχές που αναφέρονται στο Παράρτημα IV και οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αφορούν προϊόντα τα οποία δεν καλύπτει το Παράρτημα V, είτε iii) από οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή και έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες της κατηγορίας 8 του Παραρτήματος II A, υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών της κατηγορίας 5 των οποίων οι θέσεις στο CPV είναι αντίστοιχες με τους αριθμούς αναφοράς CPC 7524, 7525 και 7526, ή/και υπηρεσίες που αναφέρονται στο Παράρτημα II B.

γ) 5.278.000 ευρώ, για τις δημόσιες συμβάσεις έργων.

Τα ποσά των κατωτάτων ορίων των δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών επανεξετάζονται από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή ανά διετία και αναθεωρούνται εάν χρειασθεί σύμφωνα με τη διαδικασία του άρθρου 77 παρ.2 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ.”.

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθμ. 1336/2013 της Επιτροπής (Φύλλο L335/17 της 14.12.2013) για την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/ΕΚ, 2004/18/ΕΚ και 2009/81/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων για τη διετία 2014 - 15, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στις 134.000 και 207.000 ευρώ αντίστοιχα.

Άρθρο 8

Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας των δημοσίων συμβάσεων, των συμφωνιών - πλαισίων και των δυναμικών συστημάτων αγορών

(άρθρο 9 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)

“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. α) Όταν ένα σχεδιαζόμενο έργο ή ένα σχέδιο αγοράς υπηρεσιών μπορεί να οδηγήσει σε ταυτόχρονη σύναψη χωριστών συμβάσεων κατά τμήματα, λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων των τμημάτων.

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.

[...] 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.”

.....

Άρθρο 25

Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού

(άρθρο 31 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)

«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».

Άρθρο 30

Σύνταξη και λεπτομέρειες δημοσίευσης των προκηρύξεων

(άρθρο 36 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)

“ 5. Οι προκηρύξεις και το περιεχόμενό τους δεν μπορούν να δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία της αποστολής τους στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή. Οι προκηρύξεις που δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο δεν πρέπει να περιλαμβάνουν πληροφορίες διαφορετικές από εκείνες που περιέχονται στις προκηρύξεις που αποστέλλονται στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή ή δημοσιεύονται στο «προφίλ αγοραστή» σύμφωνα με το άρθρο 29 παράγραφος 1 πρώτο εδάφιο, πρέπει δε να αναφέρουν την ημερομηνία αποστολής της σχετικής ειδοποίησης στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή ή της δημοσίευσης στο «προφίλ αγοραστή»”.

Άρθρο 53
Τεχνικές προδιαγραφές
(άρθρο 23 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)

“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 αρκούτως ακριβής 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»”.

9. Ο Ν. 2286/1995, ορίζει:

Άρθρο 4

*Δικαιούμενοι συμμετοχής - Τεχνικές προδιαγραφές
Μητρώο προμηθευτών - Εγγυοδοσία - Ενστάσεις*

παρ. 2. “... 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”.

III. Νομική Εκτίμηση

10. Το υπό εξέταση αίτημα αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας κατά την έννοια της περίπτωσης (γ) της παραγράφου 2 του άρθρου 2 του Π.Δ. 60/2007, προϋπολογισμού 157.993,73€, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (135.505,25€ χωρίς ΦΠΑ) και αποτελεί τμήμα διαγωνισμού συνολικής αξίας 271.584,72€, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (236.028,25€ χωρίς ΦΠΑ). Εν προκειμένω, στη βάση των ανωτέρω διατάξεων και σύμφωνα με το διδόμενο πραγματικό, συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή της κατά άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ, υποπερίπτωση δδ του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, γνώμης.

11. 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).

12. 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

Η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της περ. α της παρ. 1 του άρθρου 25 του ως άνω π.δ. 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. VIΤμ. 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) την μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων 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.

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

Ως προς την προϋπόθεση, προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, διαπιστώνονται, προεχόντως οι κατωτέρω ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες και ειδικότερα:

I. Αναφορικά με τους όρους της διακήρυξης:

Σύμφωνα, με τα ως άνω αναλυτικώς αναφερόμενα στο ιστορικό της παρούσας, (παρ. 2.4) στη μελέτη αρ. 59/2013, που αποτελεί τεύχος της διακήρυξης του διαγωνισμού, στις τεχνικές προδιαγραφές των υπό προμήθεια τροφίμων, απαιτείται τα εν λόγω είδη να είναι “εγχώρια”, “ελληνικής παραγωγής”, χωρίς ωστόσο περαιτέρω ειδική αιτιολόγηση για την αναγραφή των ως άνω όρων και χωρίς να εξειδικεύονται οι συγκεκριμένες ανάγκες -και μάλιστα ανά κατηγορία προϊόντος- για την εξυπηρέτηση των οποίων τίθενται. Συναφώς επισημαίνεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 8 της Διακήρυξης οι προσφέροντες με ποινή αποκλεισμού υποχρεούνται να αναφέρουν με υπεύθυνη δήλωση, τη χώρα προέλευσης των προϊόντων” και σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ 2 β “Οι τεχνικές προσφορές θα πρέπει να συνοδεύονται από τα σχετικά προσπέκτους ή από κάθε είδους απόδειξη, άλλως δύνανται να θεωρηθούν μη αληθείς”.

Μάλιστα, σε σχετικό ερώτημα της Αρχής (αριθμ πρωτ 212/28-01-2014 έγγραφο), ο Δήμος απαντά: “Όσον αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές των προϊόντων για τα οποία αναφέρθηκε συγκεκριμένη προέλευση και παραγωγή και δη, ελληνική, αποδεχόμαστε ότι **παρέμεινε εκ παραδρομής** στο κείμενο των προδιαγραφών και δεν υπήρχε εξαιρετικός λόγος όπως σαφώς αναφέρεται στον ΕΚΠΟΤΑ για να αποκλειστεί άλλη χώρα – μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης”.

Όμως, η αναφορά στην εν λόγω διακήρυξη και τα τεύχη αυτής σε προϊόντα ορισμένης προέλευσης, στο βαθμό που δεν δικαιολογείται σαφώς ούτε δύναται να συναχθεί ευχερώς από το αντικείμενο της

σύμβασης, κατά παράβαση των άρθρων 3 και 53 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.

Όσον αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές, οι αρχές αυτές έχουν καθοριστική σημασία δεδομένου του κινδύνου δημιουργίας δυσμενών διακρίσεων εξαιτίας της επιλογής των τεχνικών προδιαγραφών ή λόγω του τρόπου με τον οποίο οι προδιαγραφές αυτές έχουν διατυπωθεί (βλ. ΔΕΕ: C-368/10 (κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών), σκέψη 62 .

Τα ανωτέρω, αναφορικά με τους περιορισμούς των τεχνικών προδιαγραφών, έχουν κριθεί και νομολογιακά τόσο σε ευρωπαϊκό (αποφάσεις ΔΕΚ της 28ης Οκτωβρίου 1999, C -328/96, (Επιτροπή κατά Αυστρίας), σκέψη 69, ΔΕΚ της 24 Ιανουαρίου 1995, C -359/93, (Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών), ΔΕΚ της 22 Σεπτεμβρίου 1988, C 45/87 (Επιτροπή κατά Ιρλανδίας), ΔΕΚ της 3ης Δεκεμβρίου 2001, C -59/00, όσο και σε εθνικό επίπεδο (βλ. αριθ. 178/03 απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου τμήμα ΙV), σύμφωνα με την οποία: *“Από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει ότι οι όροι της διακήρυξης προμήθειας υλικού (στους οποίους περιλαμβάνονται και οι αντίστοιχοι των συνημμένων στη διακήρυξη τεχνικών προδιαγραφών) πρέπει να είναι σαφείς, ορισμένοι και διατυπωμένοι κατά τέτοιο τρόπο, ώστε όχι μόνο τα προς προμήθεια υλικά να εκπληρώνουν το σκοπό για τον οποίο προορίζονται, αλλά και να εξασφαλίζεται η κατά το δυνατό ευρύτερη συμμετοχή των υποψηφίων προμηθευτών, η οποία αποτελεί και τον αντικειμενικό σκοπό του προκηρυσσόμενου μειοδοτικού διαγωνισμού και συμβάλλει στη διασφάλιση των συμφερόντων του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου. Επομένως, δεν επιτρέπεται η αναγραφή στη διακήρυξη ή στις τεχνικές προδιαγραφές όρων που προσδιορίζουν προϊόντα ορισμένης κατασκευής, παραγωγής και προελεύσεως ή η αναφορά τύπων ορισμένης προέλευσης ή παραγωγής, αφού αυτό έχει ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή αντίθετα να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή προϊόντα και να αποτρέπονται άμεσα ή έμμεσα οι υποψήφιοι προμηθευτές, οι οποίοι θα μπορούσαν να υποβάλουν προσφορές, αλλά θεώρησαν ότι τα υλικά ή προϊόντα που διαθέτουν δεν πληρούν ακριβώς τις ζητούμενες προδιαγραφές, πράγμα που οδηγεί σε νόθευση των αρχών περί ανταγωνισμού και στη μη επίτευξη του προμνησθέντος σκοπού του διαγωνισμού, που είναι η ευρύτατη συμμετοχή (πρβλ. και απόφαση Δ.Ε.Κ 24ης/1/1995, υπόθεση C-359/93), ιδίως μάλιστα στην περίπτωση που για την αξιολόγηση των προσφορών κριτήριο είναι μόνο η χαμηλότερη τιμή, οπότε λαμβάνεται υπόψη μεταξύ άλλων και ο ανταγωνισμός που αναπτύχθηκε (άρθρο 20 παρ. 2α περ. 2 του π.δ/τος 394/1996). Στις περιπτώσεις αυτές, καθίσταται νομικά πλημμελής η διαδικασία του διαγωνισμού, καθώς και η καταληκτική αυτής πράξη κατακύρωσης της προμήθειας του υλικού και η εν συνεχεία υπογραφείσα σύμβαση”.*

II. Επισημαίνεται επίσης ότι:

Παραλείπονται, κατά παράβαση της ισχύουσας νομοθεσίας, ουσιώδη στοιχεία του ελαχίστου περιεχομένου της περίληψης της διακήρυξης (βλ. Άρθρο 5 του ΕΚΠΟΤΑ) που δημοσιεύτηκε στον εθνικό τύπο, όπως :

- η σαφής συνοπτική περιγραφή της προμήθειας (ομάδες προϊόντων, αξία) , τουναντίον υφίσταται μόνο αναφορά “για την προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου ...”.
- η ημερομηνία αποστολής της δημοσίευσης στην ΕΕ σε αντίθεση με τα αναφερόμενα στο άρθρο 30 παρ 5 του ΠΔ 60/2007 και το άρθρο 4 παρ. 2 του ΠΔ 118/2007.
- το κριτήριο ανάθεσης, η διάρκεια ισχύος των προσφορών, η διάρκεια της σύμβασης
- δεν υπάρχει σαφής αναφορά για τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της προκηρυσθείσας προμήθειας (προκύπτει έμμεσα “η εγγύηση συμμετοχής ορίζεται σε ποσοστό 5% επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης για κάθε ομάδα τροφίμων, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με ανοικτή ημερομηνία προθεσμίας ...”) κ.λ.π.

Ειδικότερα, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, οι Ο.Τ.Α. οφείλουν να τηρούν όλους τους προβλεπόμενους από το νόμο κανόνες δημοσιότητας και ειδικότερα υποχρεούνται να δημοσιεύουν περίληψη της διακήρυξης του διαγωνισμού στον ημεδαπό τύπο, που να περιλαμβάνει τουλάχιστον τα ουσιώδη στοιχεία αυτής, μεταξύ των οποίων είναι η ποσότητα των προς προμήθεια ειδών, η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της προκηρυχθείσας προμήθειας, η ημερομηνία αποστολής της δημοσίευσης στην ΕΕ κ.λ.π. Η παράλειψη ή η πλημμελής τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας του διαγωνισμού, η οποία πλήττει τις αρχές του ανταγωνισμού, της πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και της διαφάνειας και καθιστά μη νόμιμη τη διενέργεια του (βλ. Απόφαση VI Τμήματος 935/2013 και τις εκεί μνημονευόμενες αποφάσεις).

Στο άρθρο 10 της διακήρυξης αναφέρεται: “Σε περίπτωση ισοδυνάμων προσφορών, είτε γίνεται κατανομή της προμήθειας, είτε διενεργείται κλήρωση μεταξύ τους.”, το οποίο είναι σύμφωνο με τα αναφερόμενα στο άρθρο 21 παρ 1δ του ΕΚΠΟΤΑ, αλλά για λόγους σαφήνειας και διαφάνειας στην διακήρυξη θα πρέπει να είναι ξεκάθαρο το τι από τα δύο θα ακολουθήσει η Αναθέτουσα Αρχή σε περίπτωση ισοδύναμων προσφορών.

14. Κατόπιν, των ανωτέρω, συνάγεται ότι οι διαπιστωθείσες νομικές πλημμέλειες είναι ουσιώδεις και καθιστούν μη νόμιμη την προηγηθείσα διαγωνιστική διαδικασία και ως εκ τούτου παρέλκει η εξέταση των λοιπών προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθρου 25 παρ.1 περ. α του Π.Δ 60/2007 το οποίο επικαλείται η αιτούσα ως βάση προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης.

15. Τέλος, από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης δεν προέκυψαν άλλα στοιχεία που να αποδεικνύουν και να αιτιολογούν ειδικά και με επαρκή τεκμηρίωση τη συνδρομή περιστάσεων που επιτρέπουν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης σύμφωνα με τις λοιπές διατάξεις του άρθρου 25 ή του άρθρου 24 του Π.Δ 60/2007 .

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ομόφωνα αποφασίζει:

Την απόρριψη του αιτήματος του Δήμου Αχαρνών και τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης, 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 προμήθειας τροφίμων, για τις ομάδες «Α», «Δ», «Ε» και «Στ», προϋπολογισθείσας δαπάνης 157.993,73€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (135.505,25€ πλέον ΦΠΑ), για τις ανάγκες του Δήμου και του Νομικού του Προσώπου (Δημοτική Φροντίδα Αχαρνών), λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 20 Φεβρουαρίου 2014

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ
Η Αντιπρόεδρος

Χριστίνα Μπουσουλέγκα