



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

ΑΠΟΦΑΣΗ

57/2014

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

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 25η Φεβρουαρίου του έτους δύο χιλιάδες δεκατέσσερα (2014) ημέρα Τρίτη και ώρα 11.00 πμ, και επί της Λ. Κηφισίας 7, Αμπελόκηποι, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση, μετά από σχετική πρόσκληση του Αναπληρωτή 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:** Ραΐκος Δημήτριος
- 2. Αντιπρόεδρος:** Μπουσουλέγκα Χριστίνα
- 3. Μέλη:** Καραμανλής Ευάγγελος
Λουρίκας Δημήτριος
Κουλούρη Ιωάννα
Σταθακόπουλος Δημήτριος

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

Γραμματέας: Τσιάβου Στυλιανή

Εισηγήτρια: Καλλιόπη Καϊάφα, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ

Ερώτημα: Το με αριθμό πρωτ. 2433/17-1-2014 έγγραφο του Δήμου Ν. Σμύρνης προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το οποίο κατατέθηκε στην Αρχή στις 17.1.2014 με αριθμό πρωτ. 236, όπως συμπληρώθηκε με το με αριθ. πρωτ. 4341/29-01-2014 έγγραφο, το οποίο κατατέθηκε στην Αρχή στις 29-01-2014 με αριθμό πρωτ. 460 και με το με αριθμ πρωτ 7150/12-2-2014 έγγραφο, το οποίο κατατέθηκε στην Αρχή στις 12.2.2014 με αριθμ πρωτ 752.

Θέμα: Διατύπωση σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή του Δήμου Ν. Σμύρνης στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, για την σύναψη σύμβασης προμήθειας ειδών διατροφής προϋπολογιζόμενης δαπάνης €195.413,74 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α .

I. Ιστορικό- πραγματικό πλαίσιο

1. Από το φάκελο της υπόθεσης και τα σχετικά έγγραφα που συνοδεύουν το αίτημα του αιτούντος Νοσοκομείου, προκύπτουν τα ακόλουθα:

i) Ο Δήμος Ν. Σμύρνης με την με αριθμ. 182/3-10-2013 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου για την έγκριση της διενέργειας και την με αριθμ 201/14-10-2013 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής για την έγκριση των τεχνικών όρων της διακήρυξης, διενήργησε στις 10/12/2013 Ανοικτό Διεθνή Διαγωνισμό, βάσει της με αριθμό 81/2013 μελέτης, για την προμήθεια ειδών διατροφής για τις ανάγκες του Δήμου Νέας Σμύρνης, του Κέντρου Κοινωνικής Προστασίας και Αλληλεγγύης (ΝΠΔΔ) του Δήμου Νέας Σμύρνης και του Κέντρου Δραστηριότητας Κοινωνικής Προστασίας Παιδιών και Νέων (ΝΠΔΔ) του Δήμου Νέας Σμύρνης. Ειδικότερα, η εν λόγω προμήθεια επιμεριζόταν ανά νομικό πρόσωπο και περιελάμβανε τις κάτωθι κατηγορίες: 1) είδη παντοπωλείου, 2) είδη ελαιολάδου 3) είδη οπωροπωλείου 4) είδη αρτοποιείου και ζαχαροπλαστικής 5) είδη κατεψυγμένα ψάρια 6) είδη κρεοπωλείου 7)είδη αναψυκτικών 8)είδη γάλακτος προϋπολογισμού 687.060,60€, άνευ ΦΠΑ. Επισημαίνεται ότι στην υπ. αριθμ 81/2013 μελέτη και στις σχετικές τεχνικές προδιαγραφές που αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης προβλέπεται ρητώς ορισμένα από τα υπό προμήθεια είδη να είναι ελληνικής παραγωγής (ελαιόλαδο έξτρα εγχώριο, ζάχαρη άχνη παρασκευασμένη στην Ελλάδα, πατάτες εγχώριες, ψωμί του τοστ, το οποίο θα παρασκευάζεται στην Ελλάδα, κοτόπουλο τύπου 65% νωπό εγχώριο, ζαμπόν εγχώριο ωμοπλάτη, ζάχαρη άχνη παρασκευασμένη στην Ελλάδα, κουνουπίδι εγχώριο, τομάτες άποιότητας εγχώριες). Η διάρκεια της σύμβασης ορίστηκε για ένα (1) έτος από την υπογραφή της. Κριτήριο κατακύρωσης για όλα τα είδη τροφίμων ορίστηκε η χαμηλότερη τιμή , ενώ σύμφωνα με την επισυναπτόμενη τεχνική έκθεση: “ οι προσφορές μπορούν να υποβάλλονται για μέρος ή για το σύνολο των ζητούμενων ειδών των τροφίμων”.

ii) Περίληψη της Διακήρυξης απεστάλη για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 29/10/2013, στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβέρνησης στις 01/11/2013 και στον Ελληνικό τύπο (Ηχώ των Δημοπρασιών, Εφημερίδα των Δημοπρασιών και Καθημερινά Νέα στις 1/11/2013 και Επίκαιρα στις 2/11/2013). Επισημαίνεται ότι έγινε χρήση της συντετμημένης προθεσμίας των 40 ημερών σύμφωνα με το άρθρο 32 πδ 60/2007

iii) Σύμφωνα με τα πρακτικό 1/10-12-2013 της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Διαγωνισμών κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού (10/12/2013), υπέβαλαν προσφορές επτά (7) εταιρείες, εκ των οποίων απορρίφθηκαν οι 6 λόγω μη συμμόρφωσης με τις απαιτούμενες από την διακήρυξη διατάξεις. Σύμφωνα με το πρακτικό 2/10-12-2013 της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης, αποσφραγίστηκε ο φάκελος οικονομικής προσφοράς της εναπομείνουσας εταιρείας “ΝΕΟΣ ΚΟΣΜΟΣ ΤΡΟΦΟΔΟΣΙΕΣ ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΠΟΝΤΙΚΑΣ ΚΑΙ ΣΙΑ Ε.Ε”. Ακολούθως, η Επιτροπή εξέδωσε την από 10/12/2013 γνωμοδότηση, σύμφωνα με την οποία γνωμοδοτεί υπέρ της προσφοράς της εταιρείας “ΝΕΟΣ ΚΟΣΜΟΣ ΤΡΟΦΟΔΟΣΙΕΣ ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΠΟΝΤΙΚΑΣ ΚΑΙ ΣΙΑ Ε.Ε” και για τα προϊόντα που δεν προσφέρονται από την προαναφερθείσα εταιρεία γνωμοδοτεί υπέρ της επανάληψης του διαγωνισμού. Στην συνέχεια, με την με αριθμ 259/17-12-2013 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής αποφασίστηκε η έγκριση των ανωτέρω πρακτικών και η κήρυξη ως μειοδότη για τα είδη παντοπωλείου, κατεψυγμένων ψαριών, αναψυκτικών και ελαιολάδου την εταιρεία “ ΝΕΟΣ ΚΟΣΜΟΣ ΤΡΟΦΟΔΟΣΙΕΣ ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΠΟΝΤΙΚΑΣ ΚΑΙ ΣΙΑ Ε.Ε” με προσφερόμενη τιμή 341.172,13 με ΦΠΑ, ενώ για τα υπόλοιπα είδη (οπωροπωλείου, κρεοπωλείου, άρτου και ζαχαροπλαστικής και γάλακτος) αποφασίστηκε η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού.

Τέλος με με αριθμ 2/10-1-2014 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, τροποποιήθηκε η με αριθμ 259/17-12-2013 απόφαση και προτάθηκε η υλοποίηση της ανωτέρω προμήθειας με διαπραγμάτευση-απευθείας ανάθεση, η οποία θα εγκριθεί τελικώς από το Δημοτικό Συμβούλιο.

2. Ο Δήμος Νέας Σμύρνης με το με αριθμό πρωτ. 2433/17-1-2014 έγγραφο του προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. ζητεί την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. για τη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης για σύμβαση προμήθειας τροφίμων συνολικού προϋπολογισμού 195.413,74 άνευ ΦΠΑ, σύμφωνα με το άρθρο 25 περ. 1(γ) του π.δ. 60/2007.

II. Νομικό πλαίσιο

3. 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 αναθέτουσών 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..”.

4. 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).

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

6. 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-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...».

7.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 Α, 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 Β.

γ) 5.278.000 ευρώ, για τις δημόσιες συμβάσεις έργων.

Τα ποσά των κατώτατων 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 το άρθρο 2 του αριθ. 1251/2011 Κανονισμού της Επιτροπής της 30ής Νοεμβρίου 2011 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, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στις 134.000 και 200.000 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 καταταμηθεί, 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 24

Διαδικασία με διαπραγμάτευση, με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού (άρθρο 30 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)

«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 [...]»

Άρθρο 30

Σύνταξη και λεπτομέρειες δημοσίευσης των προκηρύξεων (άρθρο 36 οδηγίας 2004/18/ΕΚ)

“ «1.Οι προκηρύξεις περιλαμβάνουν τις πληροφορίες που αναφέρονται στο Παράρτημα VII Α καθώς και κάθε πρόσθετη πληροφορία που κρίνεται χρήσιμη από την αναθέτουσα αρχή, χρησιμοποιώντας τα τυποποιημένα έντυπα που εγκρίνονται από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή σύμφωνα με την προβλεπόμενη, στο άρθρο 77 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, διαδικασία. 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» {...}.

Στο Παράρτημα VII Α του π.δ. 60/07 για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, ως πληροφορίες που πρέπει να περιλαμβάνονται στις σχετικές προκηρύξεις αναφέρονται μεταξύ άλλων, “7. Εάν οι συμβάσεις υποδιαιρούνται σε τμήματα, αναφορά της δυνατότητας για τους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν προσφορά **για ένα,**

περισσότερα ή/και για όλα τα τμήματα.

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»”. -

8. 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

9. 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 195.413,74€ χωρίς ΦΠΑ και αποτελεί τμήμα ενιαίου διαγωνισμού συνολικής αξίας 687.060,60€ 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.

10. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικές απ αριθμούμενες 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 8^{ης} 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 την βασική ρύθμιση, ήτοι 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/EK 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).

Εξ άλλου, το βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών.

11. Ειδικότερα, ως προς την εφαρμογή του άρθρου 25 περ. 1 υποπερ. γ' και μάλιστα για την εξαίρεση του κατεπείγοντος, η εφαρμογή της τελευταίας εξαρτάται από τη συνδρομή τριών σωρευτικών προϋποθέσεων.

(α) Συγκεκριμένα, προϋποθέτει:

(i) την ύπαρξη απροβλέπτου γεγονότος, (ii) την ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες και, τέλος, (iii) την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του απροβλέπτου γεγονότος και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει.

Επιπλέον, οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη.

(β) Αν δεν πληρούνται μία από τις προαναφερόμενες προϋποθέσεις ως προς το κατεπείγον, η νομολογία του *Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ)* δέχεται ότι η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση δεν δικαιολογείται (βλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 2^{ης} Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1993, σ. I-4655, σκέψη 12, της 28^{ης} Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 14 και της 2^{ης} Ιουνίου 2005, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 40).

(γ) Ως απρόβλεπτες περιστάσεις πρέπει να νοούνται γεγονότα που υπερβαίνουν κατά πολύ τον συνήθη ρου του οικονομικού και κοινωνικού βίου, όπως λ.χ. οι θεομηνίες (πλημμύρες, σεισμοί κλπ.), οι οποίες καθιστούν κατεπείγοντως απαραίτητη την παράδοση διαφόρων προμηθειών στους πληγέντες.

(δ) Γίνεται περαιτέρω δεκτό, σύμφωνα με τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ότι, κατά την έννοια της διάταξης της περίπτωσης 1 της παραγράφου 1 του άρθρου 25 του π.δ. 60/2007, η αναθέτουσα αρχή έχει μεν ευχέρεια, κατ' απόκλιση από το γενικό κανόνα διενέργειας ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού, να συνάπτει δημόσια σύμβαση με προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση της σχετικής προκήρυξης, μόνον όμως εφόσον συντρέχουν οι προς τούτο νόμιμες προϋποθέσεις, ήτοι κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα και δη μη απορρέοντα από δική της ευθύνη. Η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία (βλ. χαρακτηριστικά ΣτΕ 1747/2011). Επιπλέον, αντίστοιχη άποψη έχει υιοθετήσει και το *Ελεγκτικό Συνέδριο (ΕΣ)*, το οποίο δέχεται ότι απρόβλεπτες περιστάσεις είναι τα γεγονότα που δεν μπορούν αντικειμενικά με βάση τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής να προβλεφθούν, είναι δε ανεξάρτητα της βούλησης της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να απορρέουν από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας της αναθέτουσας αρχής (βλ. ενδεικτικά πράξεις ΕΣ 91, 105, 171, 191, 200, 205 και 214/2007, 15 και 74/2008, 93/2011). Εξ άλλου, η

προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για συμβάσεις προμηθειών δικαιολογείται μόνο ως προς την προμήθεια των ειδών και των ποσοτήτων εκείνων που είναι πράγματι αναγκαία για την άμεση αντιμετώπιση της έκτακτης περίπτωσης, αν λάβει κανείς υπόψη τις προθεσμίες που ισχύουν βάσει των διατάξεων για τις ταχείες διαδικασίες (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1993, I-4655).

12. Από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα:

α) Ως προς την ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης

Σύμφωνα με τα υποβληθέντα από τον αιτούντα φορέα έγγραφα: “η κατεπείγουσα ανάγκη αποτυπώνεται στην έξαρση των κοινωνικών προβλημάτων και στην αναγκαιότητα άμεσης προμήθειας τροφίμων για το κοινωνικό παντοπωλείο, τη δομή του συσσιτίου και τους παιδικούς σταθμούς. Στο κοινωνικό παντοπωλείο και τη δομή του συσσιτίου δεν υπάρχουν τρόφιμα για να εξυπηρετήσουν τους ωφελούμενους, ενώ στους παιδικούς σταθμούς τα τρόφιμα επαρκούν έως την πρώτη εβδομάδα του Φεβρουαρίου”. Ενόψει των ανωτέρω, παρόλο που δεν υποβάλλονται λεπτομερή και συγκεκριμένα στοιχεία για τη λήξη του προηγούμενου σχετικού διαγωνισμού, μπορεί να γίνει δεκτό, λαμβάνοντας υπόψη και τη φύση των δικαιούχων, ότι υφίσταται κατεπείγουσα ανάγκη στη συγκεκριμένη περίπτωση.

β) Ως προς την ύπαρξη απρόβλεπτης περίπτωσης

Η μη κατακύρωση μέρους των υπό προμήθεια ειδών δεν συνιστά απρόβλεπτη περίπτωση, δηλαδή έκτακτο και ασυνήθιστο γεγονός, που αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθεί σύμφωνα με τους κανόνες της ανθρώπινης εμπειρίας και λογικής κατά τον προγραμματισμό των σχετικών προμηθειών, αλλά εξέλιξη πιθανή και συνήθης (ΕΣ-Τμήμα IV-Πράξη 227/2011). Επιπλέον, από τη φύση της εν λόγω προμήθειας προκύπτει ότι η ανάγκη σύναψης σχετικών συμβάσεων είναι πάγια, διαρκής και επαναλαμβανομένη, προκύπτει δε σε ετήσια βάση. Επομένως, η Αναθέτουσα Αρχή, δεδομένου ότι γνώριζε από καιρού και μπορούσε να υπολογίσει την εξάντληση των υφιστάμενων αποθεμάτων στην πρώτη εβδομάδα του Φεβρουαρίου, όπως αναφέρεται ανωτέρω, όφειλε να προβεί εγκαίρως στην δρομολόγηση των διαδικασιών για τη διεξαγωγή του εν λόγω διαγωνισμού.

γ) Ως προς την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του απροβλέπτου γεγονότος και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει.

Για τη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής της επικαλούμενης διάταξης του άρθρου 25 παρ. 1 περ. γ, θα πρέπει οι κατεπείγουσες ανάγκες που επικαλείται ο Δήμος Νέας Σμύρνης να οφείλονται σε αυταπόδεικτα απρόβλεπτες περιστάσεις, με τις οποίες να τελούν σε αιτιώδη συνάφεια. Στην κρινόμενη υπόθεση, ωστόσο, σύμφωνα με όσα αναλυτικά εκτέθηκαν στη σκέψη υπό στοιχείο (β) του παρόντος Κεφαλαίου, δεν υπάρχουν απρόβλεπτες περιστάσεις και επομένως εκλείπει η πλέον βασική προϋπόθεση για την εφαρμογή της επικαλούμενης διάταξης. Κατά συνέπεια, παρέλκει η εξέταση εν προκειμένω της αιτιώδους συνάφειας μεταξύ απρόβλεπτης περίπτωσης (αιτίου) και κατεπείγουσας ανάγκης (αιτιατού), καθώς απουσιάζει παντελώς το αίτιο ήτοι η απρόβλεπτη περίπτωση, η οποία να προκαλεί την κατεπείγουσα ανάγκη και να τελεί σε αιτιώδη σύνδεσμο με αυτή κατά την έννοια της ανωτέρω διάταξης.

13. Ενόψει των ανωτέρω παρέλκει και η εξέταση του εάν οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης απορρέουν από δική τους ευθύνη.

14. Κατά συνέπεια από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στην προαναφερόμενη διάταξη δε συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 25 περ. 1 υποπερ. γ', δηλαδή απρόβλεπτη κατάσταση που να τελεί σε αιτιώδη συνάφεια με τις κατεπείγουσες ανάγκες που επικαλείται ο Δήμος Νέας Σμύρνης προκειμένου να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγματεύσεως με την επίκληση της εν λόγω διάταξης Σε κάθε περίπτωση, με βάση το διδόμενο ιστορικό και όλως επικουρικός, κατωτέρω εξετάζεται το αίτημα του Δήμου Νέας Σμύρνης με βάση το άρθρο 24 του π.δ. 60/07 παρ.1 περ. α' του π.δ. 60/2007:

15. Από τις προαναφερόμενες διατάξεις του άρθρου 24 του π.δ. 60/07 παρ.1 περ. α', προκύπτει σαφώς ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφύγουν σε διαδικασία με διαπραγματεύση αφού προηγηθεί δημοσίευση διακήρυξης, με την προϋπόθεση: α) διενέργειας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, β) υποβολής μη κανονικών ή απαράδεκτων προσφορών σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις και γ) μη ουσιώδους τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης.

Η προσφυγή στη διαδικασία των διαπραγματεύσεων, κατ' εφαρμογή της περ. α της παρ. 1 του άρθρου 24 του ως άνω Π.Δ. συνέχεται άμεσα με τον προηγηθέντα 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).

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

Από τη μελέτη του φακέλου του Δήμου Ν. Σμύρνης διαπιστώνονται νομικές πλημμέλειες, κατά τη σύνταξη και δημοσίευση της σχετικής διακήρυξης. Συγκεκριμένα:

Στην υπ. αριθμ 81/2013 μελέτη και στις σχετικές τεχνικές προδιαγραφές που αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης προβλέπεται ρητώς ορισμένα από τα υπό προμήθεια είδη να είναι ελληνικής παραγωγής (ελαιόλαδο έξτρα εγχώριο, ζάχαρη άχνη παρασκευασμένη στην Ελλάδα, πατάτες εγχώριες, ψωμί του τοστ, το οποίο θα παρασκευάζεται στην Ελλάδα, κοτόπουλο τύπου 65% νωπό εγχώριο, ζαμπόν εγχώριο ωμοπλάτη, ζάχαρη άχνη παρασκευασμένη στην Ελλάδα, κουνουπίδι εγχώριο, τομάτες α' ποιότητας εγχώριες). Σχετικά με την αιτιολογία του Δήμου Νέας Σμύρνης, όπως υποβλήθηκε με το υπ αριθμ 7150/12-2-2014 έγγραφο ότι "τα προϊόντα αυτά προβλέπονται για τη σίτιση βρεφών και νηπίων, η δε παράδοσή τους απαιτείται να γίνεται κάθε δεύτερη ή τρίτη ημέρα καθώς ως επί το πλείστον πρόκειται για νωπά είδη (και όχι κατεψυγμένα)", σημειώνεται ότι δεν είναι ικανοποιητική καθότι οι προαναφερομένοι όροι αφορούν και μη νωπά προϊόντα (π.χ ψωμί του τοστ), τα οποία σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με την εξέλιξη των σύγχρονων μεταφορών, θα μπορούσαν να παραδοθούν στην έδρα του Δήμου Ν. Σμύρνης αυθημερόν και από μια χώρα διάφορη της Ελλάδας.

Συνεπώς, η αναφορά στην εν λόγω διακήρυξη και τα τεύχη αυτής 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.

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 IV), 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”.

16.Επιπλέον, επισημαίνεται ότι στην προκειμένη περίπτωση, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 30 παρ 1 και 5 του πδ 60/2007, διαπιστώνεται εσφαλμένη συμπλήρωση του τυποποιημένου εντύπου προκήρυξης σύμβασης που απεστάλη στην ΕΕΕΕ ως προς την δυνατότητα υποβολής τμηματικών προσφορών: Ειδικότερα, ενώ στην τεχνική έκθεση, που αποτελούσε τεύχος του διαγωνισμού, προβλέφθηκε η δυνατότητα υποβολής τμηματικών προσφορών εκ μέρους των υποψηφίων προμηθευτών, όπως ακριβώς αναφέρεται ανωτέρω, ωστόσο στο τυποποιημένο έντυπο της περίληψης, που δημοσιεύτηκε στην Ε.Ε.Ε.Ε. και ειδικότερα στο τμήμα II.1.8. αυτής με τίτλο «Κατανομή σε τμήματα», συμπληρώθηκε η ένδειξη της μη υποδιαίρεσης της προς ανάθεση σύμβασης σε τμήματα. Επίσης, στο Παράρτημα Β του τυποποιημένου εντύπου δεν γίνεται αναφορά στα τμήματα.

Επιπλέον, στην περίληψη της διακήρυξης που δημοσιεύτηκε στον εθνικό τύπο δεν γίνεται αναφορά της ύπαρξης ομάδων, για τις οποίες υπήρχε η δυνατότητα υποβολής προσφοράς.

Η παράλειψη ή η πλημμελής τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας συνιστά παράβαση ουσιαστικού 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 διαγωνιστική διαδικασία (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα 935/2013, 408/2012, 2263/2011, 1780/2011 1646/2011), με επακόλουθο τη μη νόμιμη προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγματεύσεως.

17. 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 24 παρ.1 περ. α του Π.Δ 60/2007.

18. Τέλος, από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης δεν προέκυψαν άλλα στοιχεία που να αποδεικνύουν και να αιτιολογούν ειδικά και με επαρκή τεκμηρίωση τη συνδρομή περιστάσεων που να επιτρέπουν την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις λοιπές διατάξεις των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007.

III. 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 Νέας Σμύρνης 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 τα είδη οπωροπωλείου, κρεοπωλείου, άρτου, ζαχαροπλαστικής και γάλακτος, προϋπολογισθείσας δαπάνης 195.413,74€ χωρίς ΦΠΑ, για τις ανάγκες του Δήμου και του Νομικών του Προσώπων λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα 25 Φεβρουαρίου 2013

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Ράϊκος Δημήτριος