



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ

99/2014

(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 1^η Απριλίου του έτους δύο χιλιάδες δεκατέσσερα (2014) ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00 και επί της οδού Λ. 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:

Αντιπρόεδρος : Μπουσουλέγκα Χριστίνα
Μέλη : Κουλούρη Ιωάννα
Καραμανλής Ευάγγελος
Σταθακόπουλος Δημήτριος

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

Γραμματέας : Στυλιανή Τσιάβου

Εισηγητής: Καλλιόπη Καϊάφα

Θέμα: Διατύπωση σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή του Δήμου Ρόδου στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, για την σύναψη σύμβασης προμήθειας ειδών διατροφής προϋπολογιζόμενης δαπάνης €105.515,98 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Το με αριθμό πρωτ. 2/22157/25-2-2014 έγγραφο του Δήμου Ρόδου προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το οποίο κατατέθηκε στην Αρχή στις 27.2.2014 με αριθμό πρωτ. 1042, όπως συμπληρώθηκε με το με αριθ. πρωτ. 2/29485/17-03-2014 έγγραφο, το οποίο κατατέθηκε στην Αρχή στις 19-03-2014 με αριθμό πρωτ. 1329.

1. Ιστορικό-πραγματικό πλαίσιο

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

i) Ο Δήμος Ρόδου με την με αριθμ. 641/20-09-2013 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου για την έγκριση της διενέργειας και την με αριθμ 371/15-10-2013 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής για την έγκριση των τεχνικών όρων της διακήρυξης, διενήργησε στις 06/12/2013 Ανοικτό Διεθνή Διαγωνισμό (υπ. αριθμ 2/130118/22-10-2013 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου) βάσει σχετικής μελέτης, για την “ Προμήθεια Τροφίμων για τους παιδικούς σταθμούς, ΚΑΠΗ, ΔΟΠ, Προγράμματα κλπ του Δήμου Ρόδου για το έτος 2013-2014”, συνολικού προϋπολογισμού 362,859,67 με ΦΠΑ ή 331.344,98 άνευ ΦΠΑ. Ειδικότερα, η εν λόγω προμήθεια επιμεριζόταν σε δύο νομικά πρόσωπα (Δήμο Ρόδου και Δημοτικό Οργανισμό Πρόνοιας Ρόδου) και περιελάμβανε τις κάτωθι κατηγορίες: 1) είδη παντοπωλείου, 2) είδη κρεοπωλείου 3) λάδια 4) είδη ιχθυοπωλείου 5) είδη αρτοποιείου 6) είδη οπωροπωλείου. Σημειώνεται ότι στο άρθρο 8 της σχετικής διακήρυξης οριζόταν ότι “ Η επιτροπή του διαγωνισμού θα δεχθεί προσφορές για το σύνολο της προμήθειας του Δήμου και των Νομικών Προσώπων του, αλλά και για κάθε ομάδα τροφίμων του Δήμου ή των Νομικών Προσώπων ξεχωριστά. Ιδιαίτερη προσοχή πρέπει να δοθεί στο γεγονός ότι για να γίνει αποδεκτή προσφορά για μια ομάδα προϊόντων πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα είδη της ομάδας. Αν δεν τηρηθεί τούτο, η προσφορά θα απορρίπτεται”.

Επισημαίνεται ότι το άρθρο 10 “Ανάδειξη Προμηθευτή” της εν λόγω διακήρυξης όριζε τα εξής: “ Για την τελική επιλογή του προμηθευτή θα ληφθούν υπόψη: 1. η συμφωνία με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης 2. ο ανταγωνισμός που αναπτύχθηκε 3. η τιμή της προσφοράς σε σχέση με τις τιμές που προσφέρθηκαν σε προηγούμενους διαγωνισμούς και την τρέχουσα τιμή της αγοράς. Επίσης, θα εξεταστεί η φερεγγυότητα των προμηθευτών, η επαγγελματική τους αξιοπιστία, η οικονομική τους κατάσταση και οι τεχνικές τους δυνατότητες. Ανάδοχος τελικά ανακηρύσσεται αυτός που θα δώσει τη συνολικά χαμηλότερη τιμή ανά ομάδα τροφίμων. Απαραίτητη προϋπόθεση όμως είναι ότι όλα τα προσφερόμενα υλικά καλύπτουν κατ' ελάχιστο τις τεχνικές προδιαγραφές που έχουν τεθεί στο διαγωνισμό. Αυτήν τη συμφωνία την αποφασίζει η Επιτροπή του Διαγωνισμού. Για την κατακύρωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού θα λαμβάνεται υπόψη και η προηγούμενη συμβατική συμπεριφορά κάθε προμηθευτή”.

Τονίζεται, ακόμη, ότι στην εν λόγω μελέτη που αποτελούσε αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης, προβλεπόταν ρητώς όλα τα υπό προμήθεια είδη πλην των ειδών αρτοποιείου να είναι ελληνικής παραγωγής ή προέλευσης.

ii) Περίληψη της Διακήρυξης απεστάλη για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 22/10/2013, στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβέρνησης στις 01/11/2013 (ΦΕΚ 695/1-11-2013) και στον Ελληνικό τύπο (Ηχώ των Δημοπρασιών, Γενική Δημοπρασιών, Πρόοδος και Ροδιακή στις 25/10/2013 και Γνώμη στις 28/10/2013). Επισημαίνεται ότι έγινε χρήση της συντετμημένης προθεσμίας των 40 ημερών σύμφωνα με το άρθρο 32 πδ 60/2007.

iii) Σύμφωνα με το από 9/12/2013 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Διαγωνισμών κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού (06/12/2013), υπέβαλαν προσφορές δύο (2) εταιρείες για τα είδη παντοπωλείου, λάδια και οπωροκηπευτικά, ενώ για τα είδη κρεοπωλείου, ιχθυοπωλείου και αρτοποιείου δεν υπεβλήθη καμιά προσφορά. Με το ίδιο πρακτικό η Επιτροπή προέβη στον έλεγχο των δικαιολογητικών, στο έλεγχο της τεχνικής προσφοράς και

στο άνοιγμα των οικονομικών προσφορών για τα εν λόγω είδη. Στη συνέχεια, γνωμοδότησε για την κατακύρωση των ειδών για τα οποία υπήρξαν προσφορές, ενώ ως προς τις υπόλοιπες ομάδες εισηγήθηκε την κήρυξη του διαγωνισμού ως άγονου και την παραπομπή στο ΔΣ για τη διενέργεια της διαδικασίας της απευθείας ανάθεσης .

Στην συνέχεια, με την με αριθμ 477/20-12-2013 απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή αποφάσισε την έγκριση του ανωτέρω πρακτικού και την προσφυγή στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης από το ΔΣ κατά το μέρος που αφορά την προμήθεια τροφίμων (ειδών κρεοπωλείου, ιχθυοπωλείου και αρτοποιείου)

Με την υπ αριθμ 1/2014 (28-1-20140) πράξη του, το Ελεγκτικό Συνέδριο αποφάνθηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή των υποβληθέντων σχεδίων συμβάσεων.

3. Ο Δήμος Ρόδου με το με αριθμό πρωτ. 2433/17-1-2014 έγγραφο και το υποβληθέν σχέδιο απόφασης ΔΣ ζητεί την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. για τη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης για σύμβαση προμήθειας τροφίμων συνολικού προϋπολογισμού €105.515,98 άνευ ΦΠΑ, σύμφωνα με το άρθρο 25 περ. 1(α) του π.δ. 60/2007.

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 τρο-

ποποιηθεί 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 ».

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-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...».

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.”.

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 κατατμηθεί, 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 ουσιαδώς 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)

“ «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 αρκούντως 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, προϋπολογισμού €105.515,98 χωρίς ΦΠΑ και αποτελεί τμήμα ενιαίου διαγωνισμού συνολικής αξίας €331.344,98 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,

Μάλιστα, η προσφυγή στη διαδικασία των διαπραγματεύσεων, κατ' εφαρμογή της περ. α της παρ. 1 του άρθρου 25 του ως άνω Π.Δ συνέχεται άμεσα με τον 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).

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.

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

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

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

ι) Στην σχετική μελέτη που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης προβλεπόταν ρητώς για δύο από τις τρεις αιτούμενες ομάδες τροφίμων ότι πρέπει να είναι ελληνικής προέλευσης. Συγκεκριμένα για τα είδη κρεοπωλείου και ειδικότερα για το μοσχαρίσιο κρέας όριζε «Να προέρχεται από ζώο που αποδεδειγμένα έχει εκτραφεί και σφαγιαστεί στην Ελλάδα με την παροχή από τον προμηθευτή των κατάλληλων πιστοποιητικών που να επιβεβαιώνουν την προέλευση» και «να υπάρχει ελληνική σφραγίδα στο ζώο που πιστοποιεί τα ανωτέρω», ενώ για τα νωπά κοτόπουλα όριζε « να παράγονται στην Ελλάδα». Επιπλέον, για τα είδη ιχθυοπωλείου όριζε « η προέλευση των ψαριών να είναι ελληνική». Παρόλο που με το υπ αριθμ 104/210.3.2014 έγγραφο της Αρχής ζητήθηκαν σχετικές εξηγήσεις σχετικά με τους λόγους και τις ανάγκες που τυχόν εξυπηρετούνται από τις παραπάνω απαιτήσεις, η Αναθέτουσα Αρχή δεν παρείχε καμία αιτιολόγηση.

Συνεπώς, η αναφορά στην εν λόγω διακήρυξη σε προϊόντα ορισμένης προέλευσης, στο βαθμό που δεν δικαιολογείται, 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 ίσης 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”.

ii) Όπως προαναφέρθηκε, παρόλο που η διακήρυξη θέτει εξ αρχής ως κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή (« Διεθνής Μειοδοτικός Διαγωνισμός»), στο άρθρο 10 της διακήρυξης αναφέρει τη φερεγγυότητα των προμηθευτών, την επαγγελματική τους αξιοπιστία, την οικονομική τους κατάσταση, τις τεχνικές τους δυνατότητες, καθώς και την προηγούμενη συμβατική συμπεριφορά του υποψηφίου ως στοιχεία που θα συνεκτιμηθούν στη διαδικασία επιλογής. Με το ανωτέρω περιεχόμενο όμως, η διακήρυξη δεν φαίνεται να θεσπίζει κατά τρόπο σαφή ένα κριτήριο κατακύρωσεως, είτε αυτό της χαμηλότερης τιμής, είτε εκείνο της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, αλλά συγχέει τα ως άνω κριτήρια, προβλέποντας παραλλήλως στοιχεία, τα οποία προσιδιάζουν σε αμφότερα.

Περαιτέρω, ακόμα και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι εφαρμοστέο κριτήριο κατακύρωσης τυγχάνει αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς,

επισημαίνεται ότι σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 51 του Π.Δ. 60/2007 (άρθρο 53 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ) και το άρθρο 20 παρ. 1 περ. β του ΕΚΠΟΤΑ, ο καθορισμός των επιμέρους κριτηρίων-στοιχείων καθώς και η σχετική βαρύτητά τους πρέπει να καθορίζονται στα έγγραφα διαγωνισμού, προκειμένου να γνωρίζουν οι ενδιαφερόμενοι κατά την υποβολή των προσφορών τους την ύπαρξη και τη σημασία τους, χωρίς να επιτρέπεται η μετά τη δημοσίευση της διακήρυξης θέσπιση νέων κριτηρίων, ο προσδιορισμός της σειράς σπουδαιότητάς τους και των συντελεστών βαρύτητάς τους (βλ. και ΕΣ Πράξη VII Τμήματος 41/2008 με τις εκεί παραπομπές σε ΔΕΚ C-225/1998, Επιτροπή κατά Γαλλίας, C-513/1999, Concordia Bus κ.ά.).

Συνεπώς, ο εν λόγω όρος είναι ασαφής και αόριστος, τελεί σε αντίθεση με την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας στην ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ενώ πλήττει ουσιωδώς τον ελεύθερο ανταγωνισμό, διότι ακριβώς λόγω της αοριστίας και ασάφειάς του ενδεχομένως απέτρεψε τυχόν υποψήφιους οικονομικούς φορείς να συμμετάσχουν στη διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας σχετική προσφορά

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.

Επιπλέον, επισημαίνεται ότι, σε αντίθεση με τη δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στην περίληψη της διακήρυξης που δημοσιεύτηκε στον εθνικό τύπο και στο ΦΕΚ δεν γίνεται αναφορά της ύπαρξης ομάδων, για τις οποίες υπήρχε η δυνατότητα υποβολής προσφοράς.

15. 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 Ρόδου και τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα 1 Απριλίου 2014
ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Συντάκτης

Η Αντιπρόεδρος

Σταθακόπουλος Δημήτριος

Μπουσουλέγκα Χριστίνα

