



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ 40/2017

(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011)

ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την **22η Μαΐου 2017, ημέρα Δευτέρα και ώρα 9:30 πμ**, και επί της οδού Κηφισίας 7 (5ος όροφος), όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (εφεξής Αρχή) 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 τη συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- | | |
|-----------------------------------|----------------|
| 1. Γεώργιος Καταπόδης | (Πρόεδρος) |
| 2. Χριστίνα Μπουσουλέγκα | (Αντιπρόεδρος) |
| 3. Δημήτριος Σταθακόπουλος | (Μέλος) |
| 4. Ερωφίλη Χριστοβασίλη | (Μέλος) |
| 5. Μαρία Στυλιανίδου | (Μέλος) |

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

Γραμματέας: Μαρία Αντωνοπούλου

Εισηγητής: Χρήστος Κανελλόπουλος, Ε.Ε.Π. – Οικονομολόγος

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν ο υπάλληλος του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων, κ. Χρήστος Κανελλόπουλος και η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων, κ. Χριστίνα Καξιρή, οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

Ερώτημα: Το αριθμ. 16287/25-4-2017 έγγραφο του Δήμου Παλλήνης (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 2839/28-4-2017).

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν.

4013/2011 για την ανάθεση προμήθειας «Ειδών Αρτοποιείου» προϋπολογισθείσας δαπάνης € 25.506,70 χωρίς Φ.Π.Α. για τις ανάγκες του Δήμου Παλλήνης (Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής και Κοινωνικής Μέριμνας), οικονομικού έτους 2017, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού, διεθνή διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

Ι. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

1. Από τη μελέτη των στοιχείων και εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα:

1.1 Με την αριθμ. 40771/9-12-2016 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: 16PROC005559894 2016-12-13) του, ο Δήμος Παλλήνης διενήργησε διεθνή ανοικτό διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας «Τροφίμων & Παροχής Φρέσκου Γάλακτος» προϋπολογισθείσας δαπάνης € 285.204,60 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 326.652,68 με Φ.Π.Α., με δικαίωμα προαίρεσης 15%, οικονομικού έτους 2017, με κριτήριο κατακύρωσης **α)** το μεγαλύτερο ενιαίο ποσοστό έκπτωσης (πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής) επί της Μέσης Λιανικής Τιμής Πώλησης της Περιφερειακής Ενότητας Αττικής, για τα είδη των Τμημάτων τα οποία εμπίπτουν στο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών και **β)** τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για τα Τμήματα των οποίων τα είδη δεν εμπίπτουν στο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών. Τα Τμήματα της Διακήρυξης ήταν δέκα (10):

ΤΜΗΜΑΤΑ	ΦΟΡΕΑΣ	ΕΙΔΟΣ	ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ € ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.
1	ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΧΟΛΙΚΗΣ ΑΓΩΓΗΣ	ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟ Υ	51.660,68
2	ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΧΟΛΙΚΗΣ ΑΓΩΓΗΣ ΚΑΙ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΜΕΡΙΜΝΑΣ	ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟ	25.506,70
3	ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΧΟΛΙΚΗΣ ΑΓΩΓΗΣ ΚΑΙ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΜΕΡΙΜΝΑΣ	ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟ	30.949,00
4	ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΧΟΛΙΚΗΣ ΑΓΩΓΗΣ ΚΑΙ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΜΕΡΙΜΝΑΣ	ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟ	13.260,00
5	ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΧΟΛΙΚΗΣ ΑΓΩΓΗΣ ΚΑΙ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΜΕΡΙΜΝΑΣ	ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟ	26.726,13
6	ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΜΕΡΙΜΝΑΣ	ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟ	1.872,52
7	ΚΟΙΝΩΦΕΛΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΑΘΛΗΤΙΣΜΟΥ, ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ, ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ	ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟ	1.285,28
8	ΚΟΙΝΩΦΕΛΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΑΘΛΗΤΙΣΜΟΥ, ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ, ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ	ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟ	1.569,68

9	ΔΗΜΟΣ ΠΑΛΛΗΝΗΣ	ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙ Ο	74.111,69
10	ΔΗΜΟΣ ΠΑΛΛΗΝΗΣ	ΓΑΛΑ	<u>53.081,60</u>
ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.			285.204,60

Ανάδοχος θα ανακηρυσσόταν ο οικονομικός φορέας που θα προσέφερε τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για κάθε Τμήμα. Η Σύμβαση είχε διάρκεια δώδεκα (12) μήνες. Ως ημερομηνία έναρξης προσφορών ορίστηκε η 19η Δεκεμβρίου 2016, ώρα 8:00 πμ., και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr, ορίστηκε η 26η Ιανουαρίου 2017 και ώρα 23:00 μμ. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 1η Φεβρουαρίου 2017 και ώρα 11:00 πμ. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 29467 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 13η Δεκεμβρίου 2016.

1.2 Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 13η Δεκεμβρίου 2016 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 15η Δεκεμβρίου 2016 (S 242 - 442104).

1.3 Περίληψη της Διακήρυξης δημοσιεύτηκε την 16η Δεκεμβρίου 2016 στην εφημερίδα «ΑΤΤΙΚΟ ΒΗΜΑ», «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ», «ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΑΚΗ ΑΘΗΝΩΝ» και την 17η Δεκεμβρίου 2016 στην εφημερίδα «ΕΒΔΟΜΗ».

1.4 Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ: Ψ19ΞΩΞΚ-ΕΙΖ) δημοσιεύτηκε στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως την 16η Δεκεμβρίου 2016 (ΦΕΚ 515/2016).

1.5 Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.palini.gr την 16 Δεκεμβρίου 2016.

1.6 Με το αριθμ. 1/9-2-2017 Πρακτικό (Ψηφιακά Υπογεγραμμένο) της, η Επιτροπή Αποσφράγισης των Προσφορών, αποσφράγισε τις προσφορές:

Α.Α.	ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ
1	ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ Α. ΣΚΟΥΡΙΑΣ
2	ΚΡΥΣΤΑΛΛΗΣ ΑΛΕΞ. ΑΝΑΣΤΑΣΙΑΔΗΣ
3	ΑΡΕΤΗ ΤΣΟΥΚΑ – ΣΤΕΦΑΝΟΣ ΣΒΙΝΤΖΗΡΑΣ Ο.Ε.
4	ΖΟΥΜΠΟΥΛΑΚΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ Α.Ε.
5	ΑΝΑΣΤΑΣΙΟΣ Ι. ΚΙΑΜΟΣ
6	ΖΗΝΟΒΙΑ ΜΙΧΟΥ
7	ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΠΟΝΤΙΚΑΣ & ΣΙΑ Ε.Ε.
8	ΣΩΤΗΡΙΟΣ ΚΩΦΟΣ & ΣΙΑ Ε.Ε.

Το εν λόγω Πρακτικό αναρτήθηκε στη πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 20-3-2017.

1.7 Με το από 10-2-2017 έγγραφό (Ψηφιακά Υπογεγραμμένο) της, η επιχείρηση «ΖΗΝΟΒΙΑ ΜΙΧΟΥ» ζήτησε να απορριφθούν οι προσφορές των επιχειρήσεων «ΖΟΥΜΠΟΥΛΑΚΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ Α.Ε.» και «ΚΡΥΣΤΑΛΛΗΣ ΑΛΕΞ. ΑΝΑΣΤΑΣΙΑΔΗΣ» διότι δεν διέθεταν

σύστημα διαχείρισης ασφάλειας τροφίμων για τους χώρους εμπορίας Γάλακτος σύμφωνα με το άρθρο 4 της Διακήρυξης.

1.8 Με το από 14-2-2017 έγγραφό (Ψηφιακά Υπογεγραμμένο) της, η επιχείρηση «ΖΗΝΟΒΙΑ ΜΙΧΟΥ» ζήτησε να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΠΟΝΤΙΚΑΣ & ΣΙΑ Ε.Ε.» διότι δεν υπέβαλε την Υπεύθυνη Δήλωση του άρθρου 2 της Διακήρυξης στην οποία να δηλώνεται: **α)** η διεύθυνση των εγκαταστάσεων της επιχείρησης από όπου θα γίνεται η διακίνηση των προϊόντων, **β)** η επιχειρηματική μονάδα στην οποία θα κατασκευάζονται τα προσφερόμενα προϊόντα, **γ)** η χώρα καταγωγής των ειδών, **δ)** η διάθεση της κατάλληλης υποδομής, **ε)** την αποδοχή των Τεχνικών Προδιαγραφών αθροιστικά και **στ)** τα είδη θα είναι σύμφωνα με τον Κώδικα Τροφίμων και Ποτών.

1.9 Με το από 2-3-2017 έγγραφό (Ψηφιακά Υπογεγραμμένο) της, η επιχείρηση «ΚΡΥΣΤΑΛΛΗΣ ΑΛΕΞ. ΑΝΑΣΤΑΣΙΑΔΗΣ» ζήτησε να απορριφθεί η προσφορά της επιχείρησης «ΖΗΝΟΒΙΑ ΜΙΧΟΥ» διότι προσέφερε Γάλα με λιπαρά 3,7% και όχι Γάλα με λιπαρά 3,5% σύμφωνα με τα όσα ορίζονταν στην προδιαγραφή του Γάλακτος.

1.10 Με το αριθμ. 2/28-3-2017 Πρακτικό (Ψηφιακά Υπογεγραμμένο) της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προσφορών, πρότείνει: **α)** την αποδοχή των επιχειρήσεων:

A.A.	ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ	ΤΜΗΜΑ
1	ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ Α. ΣΚΟΥΡΙΑΣ	1, 4, 6, 7, 9
2	ΣΩΤΗΡΙΟΣ ΚΩΦΟΣ & ΣΙΑ Ε.Ε.	3
3	ΑΝΑΣΤΑΣΙΟΣ Ι. ΚΙΑΜΟΣ	5, 8
4	ΖΟΥΜΠΟΥΛΑΚΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ Α.Ε.	9, 10
5	ΖΗΝΟΒΙΑ ΜΙΧΟΥ	10
6	ΚΡΥΣΤΑΛΛΗΣ ΑΛΕΞ. ΑΝΑΣΤΑΣΙΑΔΗΣ	10

διότι οι προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης και **β)** την απόρριψη των επιχειρήσεων:

A.A.	ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ	ΤΜΗΜΑ
1	ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΠΟΝΤΙΚΑΣ & ΣΙΑ Ε.Ε.	1, 9
2	ΑΡΕΤΗ ΤΣΟΥΚΑ – ΣΤΕΦΑΝΟΣ ΣΒΙΝΤΖΗΡΑΣ Ο.Ε.	2

διότι οι προσφορές τους δεν ήταν σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης, καθώς οι δύο επιχειρήσεις δεν είχαν υποβάλει την Υπεύθυνη Δήλωση του άρθρου 2 της Διακήρυξης (εδάφιο 2.8 της παρούσης) και επιπρόσθετα η εταιρεία «ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΠΟΝΤΙΚΑΣ & ΣΙΑ Ε.Ε.» είχε υποβάλει Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής ποσού μικρότερου από το 2% που αντιστοιχούσε στα Τμήματα για τα οποία είχε υποβάλει προσφορά. Το εν λόγω Πρακτικό αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 30-3-2017.

1.11 Με την αριθμ. 96/4-4-2017 Απόφασή (ΑΔΑ: Ω00ΕΩΞΚ-ΠΚΖ) της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε κατά πλειοψηφία το αριθμ. 2/2017 Πρακτικό και αποφάσισε

την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για το Τμήμα 2 «Είδη Αρτοποιείου», για το οποίο δεν έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «ΑΡΕΤΗ ΤΣΟΥΚΑ – ΣΤΕΦΑΝΟΣ ΣΒΙΝΤΗΡΑΣ Ο.Ε.», ύστερα από τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 10-4-2017.

1.12 Με το αριθμ. 16287/25-4-2017 έγγραφό του, ο Δήμος Παλλήνης βεβαιώνει ότι δεν ασκήθηκαν Ενστάσεις, Προσφυγές ή Ένδικα Μέσα κατά του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της Διακήρυξης.

1.13 Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Παλλήνης, με το προαναφερόμενο έγγραφό του, στο οποίο επισυνάπτεται σχέδιο Απόφασης, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να προσφύγει στη διενέργεια **διαδικασίας με διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης για την προμήθεια «Ειδών Αρτοποιείου (Τμήμα 2)»**, για τις ανάγκες του Οργανισμού Προσχολικής Αγωγής και Κοινωνικής Μέριμνας, προϋπολογισθείσας δαπάνης € 25.506,70, οικονομικού έτους 2017, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

2. Το άρθρο 21 του Ν. 4441/2016, το οποίο αντικαθιστά το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, για την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, ορίζει ότι: «2.α. Οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές emπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. [...]».

3. Το άρθρο 5 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός Φ.Π.Α., ορίζονται τα ακόλουθα: ...β) 135.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. [...]. β) 209.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. [...]. Τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στις άνω περιπτώσεις α', β', και γ' ισχύουν, εφόσον δεν έχουν αναθεωρηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ».

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθμ. 2342/2015 της Επιτροπής τα κατώτατα όρια ισχύουν, από 1/1/2016 έως 31/12/2017.

4. Το άρθρο 6 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς Φ.Π.Α., όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. [...]. 2. Όταν η αναθέτουσα αρχή αποτελείται από χωριστές επιχειρησιακές μονάδες λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία για όλες τις χωριστές επιχειρησιακές μονάδες. Κατά παρέκκλιση του πρώτου εδαφίου, όταν μια χωριστή επιχειρησιακή μονάδα είναι ανεξαρτήτως υπεύθυνη για τις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων της ίδιας ή ορισμένων κατηγοριών αυτών, η αξία των συμβάσεων μπορεί να υπολογίζεται στο επίπεδο της συγκεκριμένης μονάδας. 3. Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν

γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...]».

5. Το άρθρο 26, παράγραφος 2, περίπτωση β' του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στον ανταγωνιστικό διάλογο, στις ακόλουθες περιπτώσεις: ... β) όσον αφορά έργα, αγαθά ή υπηρεσίες για τα οποία, έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υποβάλλονται μόνο μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές. Στις περιπτώσεις αυτές, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτείται να δημοσιεύουν προκήρυξη σύμβασης, εφόσον στη διαδικασία περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες οι οποίοι πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 73 έως 83 και οι οποίοι, κατά την προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, και μόνον αυτούς. 3. Μη κανονικές προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα: α) όσες δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης, β) όσες παρελήφθησαν εκπρόθεσμα, γ) όταν υπάρχουν αποδεικτικά στοιχεία αθέμιτης πρακτικής, όπως συμπαιγνίας ή διαφθοράς, δ) όσες κρίνονται από την αναθέτουσα αρχή ασυνήθιστα χαμηλές. 4. Απαράδεκτες προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα: α) όσες υποβάλλονται από προσφέροντες οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα και β) όσων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως καθορίστηκε και τεκμηριώθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης. (...)». Ακολούθως, στο άρθρο 29 του ίδιου νόμου με το οποίο ενσωματώνονται οι διατάξεις του άρθρου 29 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιγράφεται η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση».

6. Το άρθρο 27 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Στις ανοικτές διαδικασίες, κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλλει προσφορά στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού. Η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε 35 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης της προκήρυξης σύμβασης, υπό την επιφύλαξη της παρ. 2 του άρθρου 60 και του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 67. Η προσφορά συνοδεύεται από τις πληροφορίες για την ποιοτική επιλογή που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή. [...]. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συντμήσει κατά πέντε ημέρες την προθεσμία παραλαβής των προσφορών που ορίζεται στο δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 όταν αποδέχεται την υποβολή προσφορών με ηλεκτρονικά μέσα, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 και την παράγραφο 5 του άρθρου 22 και το άρθρο 37.[...]».

7. Το άρθρο 376 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις, καθώς και σε όλους τους διαγωνισμούς μελετών που emπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου I (άρθρα 3 έως 221), καθώς και σε όλες τις συμβάσεις και τους διαγωνισμούς μελετών που emπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II (άρθρα 222 έως 338), και η έναρξη της διαδικασίας σύναψης των οποίων, σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120 και 290 αντίστοιχα, λαμβάνει χώρα μετά την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου. 2. Διαδικασίες σύναψης συμβάσεων της παραγράφου 1, οι οποίες έχουν ξεκινήσει πριν από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, συνεχίζονται και ολοκληρώνονται, σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο έναρξής τους, με την επιφύλαξη της παράγραφο 8 του άρθρου 379. Κατ'εξάιρεση, η υποχρέωση καταχώρησης στοιχείων στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 38 ισχύει από την έναρξη ισχύος του παρόντος, κατά την παράγραφο 1 του άρθρου 379, και για τις συμβάσεις των οποίων η διαδικασία ανάθεσης έχει εκκινήσει πριν από την έναρξη ισχύος αυτού. Συμβάσεις της παραγράφου 1, οι οποίες έχουν συναφθεί πριν την ημερομηνία έναρξης ισχύος του παρόντος, εκτελούνται, σύμφωνα με το καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο της σύναψής τους. Κατ'εξάιρεση, η υποχρέωση καταχώρησης στοιχείων στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 38, ισχύει από την έναρξη ισχύος του παρόντος κατά την

παράγραφο 1 του άρθρου 379 και για τις συμβάσεις που έχουν συναφθεί πριν από την έναρξη ισχύος αυτού».

8. Το άρθρο 379 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ισχύς των διατάξεων του παρόντος αρχίζει από τη δημοσίευση του παρόντος, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του.(...)».

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

9. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Παλλήνης αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας μέσω της διαδικασίας της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση βάσει της παραγράφου 2, περίπτωση β' του άρθρου 26 του Ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες του άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

10. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας ανάθεσης προμήθειας προϋπολογισμού € 25.506,70 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια διεθνή ανοικτού διαγωνισμού προϋπολογισθείσας δαπάνης € 285.204,60, συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή γνώμης σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2 περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει.

11. Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 26, παράγραφος 2, εδάφιο β' του Ν. 4412/2016, προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση, είναι: **α)** η νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή διαδικασία και **β)** η υποβολή μη κανονικών ή απαράδεκτων προσφορών.

12. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση, έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και ήδη άρθρα 26 και 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και ήδη άρθρα 26 και 32 του Ν. 4412/2016) (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 συστατικής 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).

13. Στην προκείμενη περίπτωση ο Δήμος Παλλήνης επικαλείται, ρητά ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός του, τις διατάξεις του άρθρου 26, παράγραφος 2, εδάφιο β' του Ν. 4412/2016, ήτοι την υποβολή μη κανονικών προσφορών, κατόπιν διενέργειας διεθνή ανοικτού διαγωνισμού.

14. Ειδικότερα δε, σχετικά με την υπό σημείο α) προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, παγίως έχει κριθεί ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2, εδάφιο β' του άρθρου 26 του Ν. 4412/2016 (της παρόμοιου περιεχομένου διάταξης του προϊσχύοντος άρθρου 24, περίπτωση 1, εδάφιο α' του Π.Δ. 60/2007), 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. 1249/2011, 466/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

15. Ως προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται ότι ο Δήμος Παλλήνης διενήργησε διεθνή ανοικτό διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας «Τροφίμων & Παροχής Φρέσκου Γάλακτος» προϋπολογισθείσας δαπάνης € 285.204,60 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 326.652,68 με Φ.Π.Α., με δικαίωμα προαίρεσης 15%, οικονομικού έτους 2017, με κριτήριο κατακύρωσης **α)** το μεγαλύτερο ενιαίο ποσοστό έκπτωσης (πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής) επί της Μέσης Λιανικής Τιμής Πώλησης της Περιφερειακής Ενότητας Αττικής, για τα είδη των Τμημάτων τα οποία εμπίπτουν στο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών και **β)** τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για τα Τμήματα των οποίων τα είδη δεν εμπίπτουν στο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών. Η εν λόγω Διακήρυξη, για την οποία τηρήθηκαν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας, δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν οικονομικό φορέα από την συμμετοχή του στον διαγωνισμό.

16. Ως προς την προϋπόθεση της μη υποβολής προσφορών, από τα παραταθέν ιστορικό προκύπτει ότι, με την αριθμ. 96/4-4-2017 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου αποφάσισε τη προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για το Τμήμα 2 «Είδη Αρτοποιείου», για το οποίο δεν έγινε αποδεκτή η προσφορά της επιχείρησης «ΑΡΕΤΗ ΤΣΟΥΚΑ – ΣΤΕΦΑΝΟΣ ΣΒΙΝΤΗΡΑΣ Ο.Ε.», ύστερα από τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής.

17. Ως προς την προϋπόθεση της μη ουσιώδους τροποποίησης των αρχικών όρων της Σύμβασης, στο υποβληθέν σχέδιο Απόφασής του, ο Δήμος Παλλήνης ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προκειμένου να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.

18. Επισημαίνεται ότι, η δημοσίευση της περίληψης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, δεν θα πρέπει να γίνεται πριν από την ημερομηνία δημοσίευσής της, στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης.

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, τα μέλη της Αρχής αποφασίζουν ομόφωνα:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του του Δήμου Παλλήνης, σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) ν. 4013/2011, προκειμένου να προβεί στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας μέσω της διαδικασίας της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση βάσει της παραγράφου 2, περίπτωση β' του άρθρου 26 του Ν. 4412/2016,

προϋπολογισθείσας δαπάνης € 25.506,70 χωρίς Φ.Π.Α., λόγω συνδρομής των προς τούτο
τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 22 Μαΐου 2017

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Γεώργιος Καταπόδης