



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ  
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

## ΑΠΟΦΑΣΗ

86/ 2017

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

Στην Αθήνα σήμερα 24 Αυγούστου 2017, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ. και επί της οδού Λ. Κεφαλληνίας 45, στην Αθήνα, 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:

**Αναπληρωτής Πρόεδρος (Προεδρεύων):** Μιχαήλ Εκατομμάτης  
**Αντιπρόεδρος:** Χριστίνα Μπουσουλέγκα  
**Μέλη:** Δημήτριος Λουρίκας (μέσω τηλεδιάσκεψης)  
Ερωφίλη Χριστοβασίλη

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

**Γραμματέας:** Αντωνοπούλου Μαρία, Π.Ε. Διοικητικού -Οικονομικού

**Εισηγήτρια:** Γούναρη Ελένη, Τοπογράφος Μηχανικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν η κα Καξιρή Χριστίνα, Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., καθώς και η εισηγήτρια κα Γούναρη Ελένη, οι οποίες και αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

**Θέμα:** Διατύπωση σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας ειδών αρτοποιείου – ζαχαροπλαστείου για τις ανάγκες των παιδικών-βρεφονηπιακών σταθμών του Δήμου, προϋπολογισμού 26.015,50 € πλέον ΦΠΑ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου διεθνούς διαγωνισμού συνολικού προϋπολογισμού 262.852,00 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Με το υπ' αρ. Πρωτ. 38544/27-07-2017 αίτημα του Δήμου Κηφισιάς προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή) που παρελήφθη στις 27-07-2017 (αρ. Πρωτ. Εισερχ. 4860), ο Δήμος Κηφισιάς αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν.4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας ειδών αρτοποιείου – ζαχαροπλαστείου για τις ανάγκες των παιδικών-βρεφονηπιακών σταθμών του Δήμου, συνολικού προϋπολογισμού 12.165,00 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

## **I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά**

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

**1.1** Στις 14-11-2016 θεωρήθηκε η υπ' αρ. 94 Μελέτη με τίτλο: “Προμήθεια ειδών διατροφής για τις ανάγκες των παιδικών-βρεφονηπιακών σταθμών και των ΚΑΠΗ (μόνο για είδη παντοπωλείου) του Δήμου” συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού 299.957,20 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13% και 24% ανάλογα με τα υπό προμήθεια είδη. Η εν λόγω μελέτη συντάχθηκε από τη Δ/νση Κοινωνικών Υπηρεσιών, Παιδείας, Αθλητισμού και Πολιτισμού του οικείου Δήμου.

**1.2** Με την υπ' αρ. 747/13-12-2016 (ΑΔΑ: 6258ΩΕΜ-Λ1Β) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κηφισιάς εγκρίθηκαν μεταξύ άλλων: α) η δαπάνη ύψους 299.957,20 €, β) οι τεχνικές προδιαγραφές της υπ' αρ. 94/2016 μελέτης και γ) οι όροι διακήρυξης για τη διεξαγωγή διεθνούς ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού για την εν θέματι προμήθεια.

**1.3** Στην υπ' αρ. Πρωτ. 57843/22-12-2016 (ΑΔΑΜ 17PROC005624591) διακήρυξη που αφορά το διαγωνισμό με θέμα: “Προμήθεια ειδών διατροφής για τις ανάγκες των παιδικών-βρεφονηπιακών σταθμών και των ΚΑΠΗ (μόνο για είδη παντοπωλείου) του Δήμου”, προϋπολογισμού 262.852,00 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ως κριτήριο για την τελική επιλογή προμηθευτή ορίζεται: *'.....α) για τα αυγά, τα ελαιόλαδα, τα είδη οπωρολαχανοπωλείου (φρέσκα λαχανικά και φρούτα), τα κρέατα (νωπά) – πουλερικά (νωπά), τα ψάρια (κατεψυγμένα) και τα κατεψυγμένα λαχανικά, το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσης, όπως αυτή προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο δελτίο πιστοποίησης τιμών της Περιφέρειας Αττικής – Γενική Δ/νση Ανάπτυξης – Δ/νση Ανάπτυξης – Π.Ε. Κεντρικού Τομέα – Τμήμα Εμπορίου, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 13 του Ν. 3438/2006. και β) για τα υπόλοιπα είδη τροφίμων.....η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής στις τιμές της μελέτης και με την προϋπόθεση ότι τα προσφερόμενα από αυτόν τρόφιμα καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές της προμήθειας.....'*

**1.4** Ο διαγωνισμός αφορά στην προμήθεια πέντε (5) κατηγοριών ειδών σίτισης, ήτοι: 1) είδη κρεοπωλείου, 2) είδη παντοπωλείου, 3) είδη οπωρολαχανοπωλείου, , 4) κατεψυγμένα είδη - τρόφιμα και 5) είδη αρτοποιείου-ζαχαροπλαστείου. Η προμήθεια των ειδών παντοπωλείου, θα καλύψει, επιπλέον των βρεφονηπιακών - παιδικών σταθμών και τις ανάγκες των τεσσάρων ( 4 ) ΚΑΠΗ του Δήμου Κηφισιάς.

Η προμήθεια χωρίζεται στις παρακάτω πέντε (5) ομάδες,ως εξής:

A/A	Ομάδες	Ονομασία - Περιγραφή Ομάδας	Ποσό Προϋπ/μού (χωρίς Φ.Π.Α.)
1	ΟΜΑΔΑ Α	ΕΙΔΗ ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ	44.229,40 €
2	ΟΜΑΔΑ Β	ΕΙΔΗ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	139.521,74 €
3	ΟΜΑΔΑ Γ	ΕΙΔΗ ΟΠΩΡΟΛΑΧΑΝΟΠΩΛΕΙΟΥ	26.538,70 €
4	ΟΜΑΔΑ Δ	ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ -- ΤΡΟΦΙΜΩΝ	26.546,66 €
5	ΟΜΑΔΑ Ε	ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΙΔΩΝ ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ - ΖΑΧΑΡΟΠΛΑΣΤΕΙΟΥ	26.015,50 €
<b>ΣΥΝΟΛΑ</b>			<b>262.852,00 €</b>

Σύμφωνα πάντα με την οικεία διακήρυξη, ".....Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό μπορούν να υποβάλλουν προσφορά για μία ή περισσότερες ομάδες τροφίμων (πέντε συνολικά), υπό την προϋπόθεση ότι στην προσφορά τους θα περιλαμβάνεται το σύνολο των ειδών κάθε ομάδας.....Για κάθε μία από τις Ομάδες που θα επιλέξουν οι συμμετέχοντες, είναι υποχρεωμένοι να προσφέρουν για το σύνολο των ειδών της ομάδας, καθώς και για το σύνολο της ποσότητας κάθε είδους. Σε αντίθετη περίπτωση η προσφορά τους θα απορρίπτεται συνολικά....'.

Σύμφωνα με το άρθρο 23 της διακήρυξης: '...Η διάρκεια όλων των συμβάσεων, ανεξαρτήτως κατηγορίας ειδών, θα είναι δώδεκα (12) μήνες από την ημερομηνία υπογραφής τους ή μέχρι εξαντλήσεως των συμβατικών ποσών.....'.

Επίσης, βάσει του άρθρου 15 της διακήρυξης: '...Κάθε προσφορά συμμετοχής στο διαγωνισμό θα συνοδεύεται υποχρεωτικά από εγγυητική επιστολή συμμετοχής, με ποσό που ορίζεται σε ποσοστό δύο τοις εκατό (2%) επί της συνολικής προϋπολογισθείσας από την υπηρεσία δαπάνης χωρίς Φ.Π.Α.....'.

'.....Κάθε προμηθευτής στον οποίο θα γίνει κατακύρωση ολική ή τμήματος της εν λόγω προμήθειας, υποχρεούται πριν ή κατά την υπογραφή της σύμβασης, να καταθέσει εγγυητική καλής εκτέλεσης των όρων της σύμβασης, το ύψος της οποίας καθορίζεται σε ποσοστό 5% επί της εκάστοτε συμβατικής αξίας (χωρίς τον Φ.Π.Α.).....'.

**1.5** Περίληψη της εν λόγω διακήρυξης η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακήρυξης του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε.) στις 28-12-2016 και δημοσιεύτηκε στις 30-12-2016. Συνακόλουθα, η περίληψη της διακήρυξης(αρ. πρωτ 57843/22-12-2016), αναρτήθηκε στη 'ΔΙΑΥΓΕΙΑ' την 22-12-2016 με ΑΔΑ: 7ΕΠΟΩΕΜ-1ΞΥ, ενώ δημοσιεύτηκε στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων της Εφημερίδας της Κυβέρνησης (ΦΕΚ 545/30-12-2016) και στις εφημερίδες: α) 'ΓΕΝΙΚΗ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ', 'ΚΑΘΗΜΕΡΙΝΗ ΑΜΑΡΥΣΙΑ', 'ΣΥΝΕΙΔΗΣΗ' (ημερ. Δημ. 30-12-2016) και β) 'ΗΧΩ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ' (ημερ. Δημ. 31-12-2016). Περαιτέρω, η διακήρυξη αναρτήθηκε με αποδεικτικό τοιχοκόλλησης στο Δημαρχιακό Μέγαρο στις 30-12-2016 ενώ την ίδια ημερομηνία αναρτήθηκε και

στην ιστοσελίδα του Δήμου Αγρινίου [www.kifissia.gr](http://www.kifissia.gr) και στη διαδικτυακή πύλη [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr) του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) επίσης την 30-12-2016. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο ΕΣΗΔΗΣ ορίστηκε η 30-01-2017 και ώρα 15:00:00, ενώ ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στο σύστημα ορίστηκε η 30-12-2016 και ώρα 11:00:00. Ως ημερομηνία ανοίγματος των προσφορών ορίστηκε η 03-02-2017.

**2.** Στις 03-02-2017 η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών και διαπίστωσε ότι υπήρξαν τέσσερις (4) ενδιαφερόμενοι ήτοι οι: ('ΣΚΟΥΡΙΑΣ ΑΛ. ΑΝΔΡΕΑΣ', 'ΑΜΑΝΤΑ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΗ & ΕΞΑΓΩΓΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ', 'ΑΠΟΣΤΟΛΟΠΟΥΛΟΣ Γ. ΓΕΡΑΣΙΜΟΣ', 'ΚΙΑΜΟΣ ΑΝΑΣΤΑΣΙΟΣ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟ'). Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, η Επιτροπή συνέταξε το Πρακτικό Νο 1 γνωμοδοτώντας μεταξύ άλλων υπέρ του αποκλεισμού του συμμετέχοντα 'ΚΙΑΜΟΣ ΑΝΑΣΤΑΣΙΟΣ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟ' και τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας για τους άλλους τρεις συμμετέχοντες ενώ κατέγραψε πως: *'...στο διαγωνισμό δεν προσήλθε καμία εταιρεία για την Ομάδα Ε...'*.

**2.1** Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Κηφισιάς με την υπ' αρ. 90/2017 απόφαση (ΑΔΑ: ΩΥΗ9ΩΕΜ-ΟΡ7) αποφάσισε ομόφωνα την Έγκριση του Πρακτικού Νο 1 ως συντάχθηκε.

**2.2** Στις 16-03-2017 η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των τριών εναπομείναντων υποψήφιων αναδόχων και συνέταξε το Πρακτικό Νο 2. Στο εν λόγω Πρακτικό αναφέρεται ρητά πως: *'.....Όσον αφορά τα είδη αρτοποιείου-ζαχαροπλαστείου (ομάδα Ε) η επιτροπή βεβαιώνει ότι δεν υπεβλήθησαν προσφορές και ζητά να κηρυχθεί ο διαγωνισμός άγονος....'*

**2.3** Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Κηφισιάς με την υπ' αρ. 159/2017 απόφαση (ΑΔΑ: 7Μ35ΩΕΜ-ΩΨΟ) αποφάσισε ομόφωνα την έγκριση του Πρακτικού Νο 2 ως συντάχθηκε.

**2.4** Στις 26-04-2017 η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στην αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης και συνέταξε το Πρακτικό Νο 3. Στο εν λόγω Πρακτικό εισηγείται μεταξύ άλλων προς την Οικονομική Επιτροπή του οικείου Δήμου: *'.....να κηρυχθεί ο διαγωνισμός όσον αφορά τα είδη αρτοποιείου-ζαχαροπλαστείου (ομάδα Ε) άγονος...'*

**2.5** Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Κηφισιάς με την υπ' αρ. 264/2017 απόφαση (ΑΔΑ: 7ΩΞ43ΩΕΜ-ΛΞΞ) αποφάσισε ομόφωνα την έγκριση του Πρακτικού Νο 3 ως συντάχθηκε και την κήρυξη του διαγωνισμού, αναφορικά με την Ομάδα: Ε 'Προμήθεια ειδών αρτοποιείου-ζαχαροπλαστείου' ως: *'...άγονου....'*. Η νομιμότητα της εν λόγω απόφασης ελέγχθηκε με την υπ' αρ. Πρωτ. 43999/16338/20-06-2017 απόφαση της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Αττικής.

**3.** Η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. Πρωτ. 25455/31-05-2017 Βεβαίωση προς το Ελεγκτικό Συνέδριο βεβαιώνει ότι: *'...κατά του κύρους της διαδικασίας του ελεγχόμενου διαγωνισμού.....(υπ' αρ. 57843/22-12-2016 διακήρυξη διαγωνισμού) δεν εκκρεμούν προσφυγές, ασφαλιστικά μέτρα και άλλα ένδικα μέσα, μέχρι και σήμερα....'*

**3.1** Με την υπ' αρ. 8/2017 Πράξη του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στο Δήμο Αμαρουσίου, που αφορά τον προσυμβατικό έλεγχο του εν θέματι διαγωνισμού δηλώνεται ότι: *'....δεν κωλύεται η υπογραφή των σχεδίων συμβάσεων*

*καθ' έκαστον μεταξύ του Δήμου Κηφισιάς και των εταιρειών.....για τις ανάγκες των παιδικών-βρεφονηπιακών σταθμών και των ΚΑΠΗ του Δήμου Κηφισιάς....'.*

4. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Κηφισιάς με το υπ' αρ. Πρωτ. 4860/27-07-2017 έγγραφο – αίτημά του και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα υπέβαλε στην Αρχή σχέδιο απόφασης προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης και αιτείται τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016, άρθρο 32 παρ.2α για την Ομάδα Ε: 'Προμήθεια ειδών αρτοποιείου-ζαχαροπλαστικού' προϋπολογιζόμενης αξίας 26.015,50 € πλέον ΦΠΑ. Στο σχέδιο απόφασης που συνοδεύει το εν λόγω αίτημα αναγράφεται πως η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης θα πραγματοποιηθεί μετά από τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής, χωρίς τροποποίηση των όρων της υπ' αρ. 57843/22-12-2016 διακήρυξης του διαγωνισμού που προηγήθηκε.

## **II. Νομικό πλαίσιο**

5. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης, ορίζει τα ακόλουθα: «δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α147) εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/EK και 2014/25/EK, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου [...]».

6. Η διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 του ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ορίζει:

“Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 2 έως 221) [...]Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού”.

7. Το άρθρο 3 παρ. 1 και 2 του ίδιου νόμου ορίζει τα παρακάτω: “1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που πραγματοποιούνται από αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας αυτών, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο παρόν άρθρο.2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης ή σύμβαση κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου είναι η απόκτηση, μέσω δημόσιας σύμβασης, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές, έργων, αγαθών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από τις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος”.

**8.** Σύμφωνα με το άρθρο 5 του ιδίου νόμου: “Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: [...]γ) 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. Το κατώτατο όριο αυτό εφαρμόζεται επίσης στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αυτές αφορούν προϊόντα που δεν εμπίπτουν στο Παράρτημα ΙΙΙ του Προσαρτήματος Α”.

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

**10.** Η διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016, ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και στην οποία ορίζεται: “2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: α) εάν, ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία είτε δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής δεν είναι κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημα της”.

### **ΙΙΙ. Νομική Εκτίμηση**

**11.** Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Κηφισιάς, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας με την έννοια της διάταξης του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 8 του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 8 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, προϋπολογισθείσας αξίας 26.015,50 € € χωρίς Φ.Π.Α., που αποτελεί τμήμα σύμβασης προϋπολογισμού 262.852,00 € πλέον ΦΠΑ., συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής κατ' άρθρο 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ' υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης.

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

**13.** Με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ.2 περ. α' του ν. 4412/2016, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να συνάπτουν συμβάσεις με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, με την προϋπόθεση: α) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, β) να μην έχει υποβληθεί κατά την ανωτέρω νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές να μην κρίνεται κατάλληλη ή να μην υπάρχει κανείς υποψήφιος και γ) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση. δ) Επιπλέον, προϋποθέτει ότι σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής εκθέσεως. (ΕΑΑΔΗΣΥ-Αποφ. 121, 153, 346, 409, 498, 499/2013 και 5, 26, 44, 65, 79/2014, ΕΣ-Πράξη 215/2012-Ζ'Κλιμάκιο, ΕΣ-Αποφ. VI Τμ. 1249/2011, 466/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

**14.** Στην προκείμενη περίπτωση, ο Δήμος Κηφισιάς επικαλείται ρητά ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός της τις διατάξεις περιλαμβάνει του άρθρου 32, παράγραφος 2 εδάφιο α' του Ν. 4412/2016.

Σημειώνεται, ότι οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των προαναφερθέντων διατάξεων, προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση, είναι: α) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, β) να μην έχει υποβληθεί κατά την ανωτέρω νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές να μην κρίνεται κατάλληλη ή να μην υπάρχει κανείς υποψήφιος και γ) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση. δ) Επιπλέον, προϋποθέτει ότι σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής εκθέσεως. (ΕΑΑΔΗΣΥ-Αποφ. 121, 153, 346, 409, 498, 499/2013 και 5, 26, 44, 65, 79/2014, ΕΣ-Πράξη 215/2012-Ζ'Κλιμάκιο, ΕΣ-Αποφ. VI Τμ. 1249/2011, 466/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

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

**15.1** Ως προς την προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας:

Ο Δήμος Κηφισιάς, με την υπ' αρ. 57843/22-12-2016 διακήρυξη διενήργησε διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό, συνολικού προϋπολογισμού 262.852,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας ειδών διατροφής για τις ανάγκες των παιδικών-βρεφονηπιακών σταθμών και των ΚΑΠΗ (μόνο για είδη παντοπωλείου) του Δήμου. Η προμήθεια αφορούσε σε πέντε (5) Ομάδες. Για τις τέσσερις εξ' αυτών υπήρξαν προσωρινοί ανάδοχοι ενώ μία (1) μόνον Ομάδα, ήτοι αυτή που αφορούσε στην προμήθεια ειδών αρτοποιείου-ζαχαροπλαστείου, δεν υπήρξε προσφορά.

Η ως άνω Διακήρυξη δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή του στο σχετικό διαγωνισμό, όπως προκύπτει από το προπαρατεθέν Ιστορικό.

**15.2.** Ως προς τη μη υποβολή προσφοράς ή τη μη ύπαρξη κατάλληλης προσφοράς ή τη μη ύπαρξη υποψηφίου:

Στο Πρακτικό 1 η σύνταξη του οποίου ολοκληρώθηκε στις 03-02-2017 και εγκρίθηκε με την υπ' αρ. 90/2017 απόφαση της οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κηφισιάς αναφέρεται ρητά ότι: *'.....στο διαγωνισμό δεν προσήλθε καμία εταιρεία για την Ομάδα Ε...'*.

**15.3.** Ως προς τη μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης:

Από την εξέταση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης, ήτοι από το υποβληθέν αίτημα της αναθέτουσας αρχής καθώς και από το υποβληθέν σχέδιο απόφασης του Δήμου Κηφισιάς, αναφέρεται σαφώς ότι η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης θα γίνει σύμφωνα με τους όρους της υπ' αρ. Πρωτ. 57843/22-12-2016 (ΑΔΑΜ 17PROC005624591) διακήρυξης του προηγθέντος, εν μέρει άγονου, διεθνούς διαγωνισμού.

#### **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 παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής επί του αιτήματος του Δήμου Κηφισιάς, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ', υποπεριπτ. δδ' του ν. 4013/2011, για την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν.4412/2016, για προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν.4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας ειδών αρτοποιείου – ζαχαροπλαστείου για τις ανάγκες των παιδικών-βρεφονηπιακών σταθμών του Δήμου, συνολικού προϋπολογισμού 12.165,00 € μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

**Αθήνα, 24 Αυγούστου 2017**

**ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ**

**Ο Αναπληρωτής Πρόεδρος**

**Μιχαήλ Εκατομμάτης**



