



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΓΝΩΜΗ

Δ27/2018

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

Στην Αθήνα σήμερα την 20η Μαρτίου 2018, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00 π.μ., και επί της οδού 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 τη συνεδρίαση τα ακόλουθα:

Πρόεδρος	Γεώργιος Καταπόδης
Αντιπρόεδρος	Χριστίνα Μπουσουλέγκα
Μέλη	Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης
	Δημήτριος Λουρίκας
	Δημήτριος Σταθακόπουλος
	Μαρία Στυλιανίδου
	Ερωφίλη Χριστοβασίλη

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

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

Εισηγητής: Χρήστος Κανελλόπουλος, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν, ο εισηγητής, Χρήστος Κανελλόπουλος και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών, Μίνα Καλογρίδου, οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας από τα Μέλη της Αρχής.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011 (Α'204) για τη προμήθεια «Γάλακτος Εβαπορέ» προϋπολογισμού € 66.220,00 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του

Δήμου Αγρινίου, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση γ' του Ν. 4412/2016 (Α' 147).

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

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

1.1 Με την αριθμ. 7098/2-2-2017 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: 17PROC005757993 2017-02-02) του, ο Δήμος Αγρινίου διενήργησε ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν.4412/2016, διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για τη προμήθεια «Ειδών Σίτισης», προϋπολογισμού € 401.258,00 χωρίς Φ.Π.Α., ή € 457.539,65 με Φ.Π.Α., οικονομικών ετών 2016 - 2017, με κριτήριο κατακύρωσης: α) το μεγαλύτερο ενιαίο ποσοστό έκπτωσης (πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής) επί της Τιμής Πώλησης της Περιφερειακής Ενότητας Αιτωλοακαρνανίας, για τα είδη τα οποία εμπίπτουν στο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών της Περιφερειακής Ενότητας Αιτωλοακαρνανίας και β) τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για τα είδη τα οποία δεν εμπίπτουν στο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών. Τα Τμήματα της Διακήρυξης ήταν δεκαέξι (16). 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 μήνες από την υπογραφή της Σύμβασης. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 3η Φεβρουαρίου 2017, και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr, ορίστηκε η 28η Φεβρουαρίου 2017 και ώρα 17:00 μμ.

1.2 Με την αριθμ. 73236/23-10-2017 Σύμβαση, η επιχείρηση «ΚΡΥΣΤΑΛΛΗΣ ΑΝΑΣΤΑΣΙΑΔΗΣ» ανέλαβε την προμήθεια 142.000 κουτιών «Γάλακτος Εβαπορέ 400 – 410 gr Frisian Cow» Συμβατικής Αξίας € 90.880,00 χωρίς Φ.Π.Α., για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου Αγρινίου μέχρι και την 22η Οκτωβρίου 2018.

1.3 Με το από 27-11-2017 ηλεκτρονικό μήνυμα της, η Αναθέτουσα Αρχή αποστέλλει την 1η παραγγελία στον Ανάδοχο για την προμήθεια 40.922 κουτιών Γάλακτος.

1.4 Με το από 4-12-2017 ηλεκτρονικό μήνυμα του, ο Ανάδοχος ενημερώνει το Δήμο Αγρινίου ότι η εταιρεία που τον προμηθεύει το εν λόγω είδος, αποφάσισε να καταργήσει τον κωδικό Frisian Cow και ως εκ τούτου βρίσκεται σε αντικειμενική αδυναμία παράδοσης του και ζητάει από την Αναθέτουσα Αρχή όπως το αντικαταστήσει με άλλο ίδιας ποιότητας.

1.5 Με το από 5-12-2017 ηλεκτρονικό μήνυμα της, η Αναθέτουσα Αρχή ζητάει από τον Ανάδοχο να της αποστείλει της τεχνικές προδιαγραφές του Γάλακτος Εβαπορέ που πρόκειται να αντικαταστήσει το συμβατικό είδος.

1.6 Με το αριθμ. 89130/12-12-2017 έγγραφό του, ο Δήμος Αγρινίου ορίζει προθεσμία παράδοσης 5 ημερών από την κοινοποίηση του εν λόγω εγγράφου της ποσότητας των 40.922 κουτιών Γάλακτος ή εντός 24 ωρών να γνωστοποιήσει ο Ανάδοχος τις τεχνικές προδιαγραφές του Γάλακτος που θα αντικαταστήσει το συμβατικό, προκειμένου να τροποποιηθεί η Σύμβαση.

1.7 Με το από 12-12-2017 ηλεκτρονικό μήνυμα, ο Ανάδοχος αποστέλλει τις τεχνικές προδιαγραφές του Γάλακτος.

1.8 Με το από 2-1-2018 ηλεκτρονικό μήνυμα του, ο Δήμος Αγρινίου αποστέλλει την αριθμ. 424/2017 Απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου με την οποία τροποποιήθηκε η Σύμβαση.

1.9 Με το από 16-1-2018 ηλεκτρονικό μήνυμα της, η Αναθέτουσα Αρχή ενημερώνει τον Ανάδοχο ότι δεν έχει παραδώσει τη σχετική ποσότητα Γάλακτος και του ζητά να επικοινωνήσει μαζί της άμεσα, αφού δεν απαντά στις αλληπάλληλες τηλεφωνικές κλήσεις.

1.10 Με το από 24-1-2018 έγγραφό του, ο Δήμος Αγρινίου, ζητά εξηγήσεις από τον Ανάδοχο για ποιο λόγο δεν ανταποκρίθηκε στην από 2-1-2018 παραγγελία του Τμήματος Προμηθειών του Δήμου Αγρινίου για την προμήθεια 40.922 κουτιών «Γάλακτος Εβαπορέ Leader 410 gr», σε εκτέλεση της ανωτέρω Σύμβασης.

1.11 Με το από 26-1-2018 ηλεκτρονικό του μήνυμα, ο Ανάδοχος ενημέρωσε την Αναθέτουσα Αρχή ότι σφραγίστηκαν επιταγές της επιχείρησης το Δεκέμβριο 2017 και αναγκάστηκε να κλείσει τα λογιστικά της βιβλία εντός του ίδιου μήνα.

1.12 Με την αριθμ. 3/29-1-2018 Απόφασή του, το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου Αγρινίου κήρυξε έκπτωτο τον Ανάδοχο και επέβαλε σε αυτόν την ολική κατάπτωση της Εγγυητικής Επιστολής Καλής Εκτέλεσης.

1.13 Με το αριθμ.12818/27-2-2018 έγγραφό του, ο Δήμος Αγρινίου ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης για τη προμήθεια 94.600 κουτιών «Γάλακτος Εβαπορέ» για τους 252 υπαλλήλους του Δήμου και για διάστημα από 1-5-2017 μέχρι την 31-8-2018 που αναμένεται να ολοκληρωθεί η διαδικασία του διαγωνισμού που πρόκειται να προκηρυχθεί εντός του τρέχοντος μηνός.

1.14 Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Αγρινίου, 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 χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για τη προμήθεια 94.600 κουτιών «Γάλακτος Εβαπορέ 400 – 410 gr» προϋπολογισμού € 66.220,00 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 74.828,60 με Φ.Π.Α., για διάστημα από 1-5-2017 έως και 31-8-2018, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση γ' του Ν. 4412/2016.

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

2. 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 εμπíπτουν, 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 προαιρέσεως 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 25 Δικαιούμενοι συμμετοχής - Προϋποθέσεις που σχετίζονται με τη ΣΔΣ και άλλες διεθνείς συμφωνίες (άρθρο 25 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζει ότι: «1. Υποψήφιοι ή προσφέροντες και, σε περίπτωση ενώσεων, τα μέλη αυτών μπορούν να είναι φυσικά ή νομικά πρόσωπα εγκατεστημένα σε: α) σε κράτος-μέλος της Ένωσης, β) σε κράτος-μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), γ) σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση δημόσια σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω Συμφωνίας, καθώς και δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπíπτουν στην περίπτωση γ' της παρούσας παραγράφου και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. 2. Στο βαθμό που καλύπτονται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ΣΔΣ, καθώς και τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ένωση, οι αναθέτουσες αρχές επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης».

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. [...]. 3. Σε περίπτωση που επείγουσα κατάσταση δεόντως τεκμηριωμένη από την αναθέτουσα αρχή καθιστά αδύνατη την τήρηση της ελάχιστης προθεσμίας που προβλέπεται στο δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ελάχιστη προθεσμία που δεν είναι μικρότερη των 15 ημερών από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης της σύμβασης. 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. Στο άρθρο 32, παράγραφος 2, περίπτωση γ' του Ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παράγραφος 2, περίπτωση γ' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι: «2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: [...] γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη».

8. Το άρθρο 97, παράγραφος 1 και 2 του Ν. 4483/2017 (Α' 107) ορίζει ότι: *“1. Τα Μέσα Ατομικής Προστασίας (Μ.Α.Π.) και το γάλα των ετών 2012, 2013, 2014, 2015 και 2016, που προβλέπονται στην 53361/11.10.2006 κοινή απόφαση των Υπουργών Εσωτερικών, Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης, Οικονομίας και Οικονομικών καθώς και Απασχόλησης και Κοινωνικής Προστασίας (Β'1503) και δεν έχουν χορηγηθεί μέχρι την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, αποτιμώνται σε χρήμα, σύμφωνα με την τιμή διαγωνισμού που προκηρύχθηκε ή άλλου διαγωνισμού προγενέστερων ετών που είχε λάβει χώρα για την προμήθεια των ίδων ειδών[...]*2. Από την έναρξη ισχύος του παρόντος, δεν επιτρέπεται η αποτίμηση σε χρήμα των Μέσων Ατομικής Προστασίας (Μ.Α.Π.) και του γάλακτος που προβλέπονται στην κοινή υπουργική απόφαση της παραγράφου 1”.

9. Στην υπ' αριθ. 53361/2006 (Β'1503) κοινή απόφαση των Υπουργών Εσωτερικών, Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης, Οικονομίας και Οικονομικών καθώς και Απασχόλησης και Κοινωνικής Προστασίας (“Παροχή μέσων ατομικής προστασίας σε υπαλλήλους των ΟΤΑ και μέτρα προληπτικής ιατρικής”) προβλέπεται ότι: *“[...]*B. Επίσης παρέχεται: Ένα (1) λίτρο φρέσκο γάλα σε ημερήσια βάση στους εργαζόμενους στους οποίους παρέχονται τα μέσα ατομικής προστασίας. Η διανομή πραγματοποιείται στους χώρους εργασίας.[...]Στην περίπτωση αντικειμενικής αδυναμίας των ΟΤΑ α' βαθμού να χορηγήσουν 1 λίτρο φρέσκο γάλα, κατά τον ανωτέρω χρόνο, χορηγείται ίση ποσότητα γάλακτος μακράς διάρκειας ή τύπου εβαπορέ με ειδική σήμανση επί του κιτίου, ώστε να μην είναι εφικτή η περαιτέρω διάθεση. Στην περίπτωση αντικειμενικής αδυναμίας των ΟΤΑ α' βαθμού να χορηγήσουν ένα (1) λίτρο φρέσκο γάλα, ή μακράς διάρκειας ή τύπου εβαπορέ, ύστερα από απόφαση του οικείου Συμβουλίου θα καταβάλλεται η αξία αυτού σε χρήμα, με βάση την ισχύουσα, κάθε φορά, λιανική τιμή πώλησής του, στους δικαιούχους”.

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

10. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Αγρινίου αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 2, περίπτωση γ' του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας ανάθεσης προμήθειας προϋπολογισμού € 66.220,00 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια ανοικτού άνω των ορίων διαγωνισμού, προϋπολογισμού € 401.258,00 συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή γνώμης σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011.

11. Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση γ', προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση είναι, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την Αναθέτουσα Αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι Αναθέτουσες Αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη.

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 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).

13. Καταρχήν, πρέπει να διερευνηθεί εάν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του επικαλούμενου στο αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση γ' του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, ως προς την εφαρμογή του εν λόγω άρθρου και μάλιστα για την εξαίρεση του κατεπείγοντος, η εφαρμογή της τελευταίας εξαρτάται από τη συνδρομή πέντε σωρευτικών προϋποθέσεων.

14. (α) Συγκεκριμένα, προϋποθέτει:

i) την ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες,

ii) την ύπαρξη απρόβλεπτης περίπτωσης,

iii) την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της απρόβλεπτης περίπτωσης και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει,

iv) οι περιστάσεις που επικαλούνται οι Αναθέτουσες Αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη, και τέλος,

v) την ανάθεση της εν λόγω σύμβασης στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο.

(β) Ως απρόβλεπτες περιστάσεις 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.

(γ) Γίνεται περαιτέρω δεκτό, σύμφωνα με τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ότι, κατά την έννοια της διάταξης της υποπερίπτωσης γ' της περίπτωσης 1 του άρθρου 25 του Π.Δ. 60/2007 και πλέον άρθρο 32, παράγραφος 2, περίπτωση γ' του Ν. 4412/2016, 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, 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).

15. Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης αν δεν πληρούται μία από τις προαναφερθείσες προϋποθέσεις ως προς το κατεπείγον, δεν δικαιολογείται η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης (βλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 12, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκέψη 14).

16. Εν προκειμένω, ο Δήμος Αγρινίου αιτείται την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, προκειμένου να καλυφθεί η ανάγκη για την προμήθεια «Γάλακτος Εβαπορέ»,

συνολικού προϋπολογισμού € 66.220,00 χωρίς Φ.Π.Α., για διάστημα από 1-5-2017 έως και 31-8-2018, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, όπως ρητώς μνημονεύεται στο σχετικό αίτημα.

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

Σύμφωνα με την αριθμ. 53361/11-10-2006 κοινή υπουργική απόφαση, η παροχή γάλακτος είναι υποχρεωτική για τον εργοδότη σε ημερήσια βάση στους εργαζόμενους στους οποίους παρέχονται τα μέσα ατομικής προστασίας και η διανομή του πραγματοποιείται στους χώρους εργασίας. Σκοπός της ρύθμισης αυτής είναι η προστασία της υγείας αυτών των εργαζομένων με την καθημερινή κατανάλωση γάλακτος κατά τη διάρκεια του έτους. Σε κάθε περίπτωση, η χορήγηση του γάλακτος δεν επιτρέπεται να γίνεται μαζικά ως προς τις αναλογούσες για κάθε εργαζόμενο ποσότητες, σε χρονικό διάστημα μεταγενέστερο του επιβαλλομένου (βλ. πράξη ΕΣ 80/2017).

Με το υπό εξέταση αίτημα, ο Δήμος Αγρινίου αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης προκειμένου να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για να καλύψει ανάγκες προγενέστερης του αιτήματος περιόδου και δη από 1-5-2017 έως 31-8-2018. Η Αρχή, ωστόσο, στο πλαίσιο της αξιολόγησης της συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής των ανωτέρω διατάξεων υπεισέρχεται στην εξέταση αυτών από την ημερομηνία υποβολής τους σχετικού αιτήματος και ως εκ τούτου, κατά το μέρος που το σχετικό αίτημα αφορά σε διάστημα προγενέστερο αυτής, ήτοι πριν από τις 27-2-2018 πρέπει να απορριφθεί.

Κατά το μέρος, όμως, που αφορά στο διάστημα από την υποβολή του αιτήματος, 27-2-2018, έως και 31-8-2018, δέον να αξιολογηθεί η συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής των ανωτέρω διατάξεων και ειδικότερα:

(i) Ως προς την ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες:

Με το αριθμ. 12815/26-2-2018 έγγραφό του, ο Δήμος Αγρινίου κρίνει επιβεβλημένη την προμήθεια γάλακτος καθώς εντάσσεται στην παροχή μέσων ατομικής προστασίας στους εργαζομένους των ΟΤΑ. Όπως δε προαναφέρθηκε, με την αριθμ. 53361/11-10-2006 κοινή υπουργική απόφαση, η παροχή γάλακτος είναι υποχρεωτική για τον εργοδότη σε ημερήσια βάση στους εργαζόμενους στους οποίους παρέχονται τα μέσα ατομικής προστασίας και η διανομή του πραγματοποιείται στους χώρους εργασίας. Σκοπός δε της ρύθμισης αυτής είναι η προστασία της υγείας αυτών των εργαζομένων με την καθημερινή κατανάλωση γάλακτος κατά τη διάρκεια του έτους και ως εκ τούτου θεμελιώνεται η ύπαρξη της κατεπείγουσας ανάγκης προκειμένου να παρασχεθούν άμεσα στους εργαζόμενους οι απαιτούμενες ποσότητες γάλακτος.

(ii) Ως προς την ύπαρξη απρόβλεπτης περιστασης:

Με την αριθμ. 3/29-1-2018 Απόφασή του, το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου Αγρινίου κήρυξε έκπτωτο τον Ανάδοχο και επέβαλε σε αυτόν ολική κατάπτωση της Εγγυητικής Επιστολής Καλής Εκτέλεσης. Όπως δε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο Ανάδοχος ήδη από τον Δεκέμβριο του έτους 2017 είχε κλείσει τα λογιστικά βιβλία της επιχείρησής του. Λαμβάνοντας δε υπόψη ότι η Αναθέτουσα Αρχή έλαβε σχετική γνώση μόλις στις 26-1-2018 κρίνεται ότι εν προκειμένω συντρέχει η σχετική προϋπόθεση της ύπαρξης απρόβλεπτης περιστασης.

(iii) Ως προς την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της απρόβλεπτης περιστασης και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει:

Για τη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής της εφαρμοστέας διάταξης του άρθρου 32 παράγραφος 2, περίπτωση γ' του Ν. 4412/2016, θα πρέπει οι κατεπείγουσες ανάγκες που επικαλείται η Αναθέτουσα Αρχή να οφείλονται σε αυταπόδεικτα απρόβλεπτες περιστάσεις, με τις οποίες να τελούν σε αιτιώδη συνάφεια.

Όπως προκύπτει δε από τα στοιχεία του φακέλου, ο Δήμος Αγρινίου προχώρησε στις 23-10-2017 στη σύναψη της με αριθμ. 73236 Σύμβασης, τήρησε την προβλεπόμενη διαδικασία και μόλις στις 26-1-2018 πληροφορήθηκε σχετικά με την αδυναμία του αναδόχου να εκτελέσει τις συμβατικές του

υποχρεώσεις. Η αδυναμία δε αυτή του αναδόχου που οδήγησε την κήρυξή του ως έκπτωτος, τελεί σε αιτιώδη συνάφεια με την αδυναμία του Δήμου Αγρινίου να προμηθεύσει στους εργαζομένους του τις από το νόμο επιβαλλόμενες ποσότητες γάλακτος για την προστασία της υγείας του. Ως εκ τούτου, συνάγεται ότι και αυτή η προϋπόθεση του νόμου πληρούται.

(iv) Ως προς το ότι, οι περιστάσεις που επικαλούνται οι Αναθέτουσες Αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη:

Όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω, το αίτημα του Δήμου Αγρινίου για το διάστημα από 1-5-2017 μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, έχει κριθεί απορριπτό.

Κατόπιν τούτου, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η Αναθέτουσα Αρχή, εκκίνησε εγκαίρως τη διαγωνιστική διαδικασία για την προμήθεια γάλακτος για το διάστημα από 23-10-2017 έως και 31-8-2018, συνήψε την με αριθμό 73236/2017 σύμβαση με τον ήδη έκπτωτο ανάδοχο και ως εκ τούτου από κανένα στοιχείο δεν συνάγεται ότι η επικαλούμενη κατεπείγουσα ανάγκη απορρέει από δική της ευθύνη. Τουναντίον, αμέσως μόλις έλαβε γνώση της οικονομικής του αδυναμίας, τον κήρυξε έκπτωτο και προχώρησε στην εκπλήρωση των συμβατικών της δικαιωμάτων. Συνεπώς, από τα προσκομισθέντα στοιχεία προκύπτει ότι στοιχειοθετείται και αυτή η προϋπόθεση της σχετικής νομικής βάσης.

(v) Ως προς την ανάθεση της σύμβασης στο απολύτως απαραίτητο μέτρο:

Σύμφωνα με το αριθμ. 12815/26-2-2018 έγγραφο του Δήμου Αγρινίου, η παροχή γάλακτος είναι υποχρεωτική για τον εργοδότη σε ημερήσια βάση στους εργαζόμενους στους οποίους παρέχονται τα μέσα ατομικής προστασίας και η διανομή πραγματοποιείται στους χώρους εργασίας, βάσει της αριθμ. 53361/11-10-2006 ΚΥΑ, όπως έχει τροποποιηθεί και ως εκ τούτου η παροχή γάλακτος για το διάστημα από την σύναψη της σύμβασης έως και την 31-8-2018 και για τις εργάσιμες ημέρες για το σύνολο των 252 υπαλλήλων δύναται να θεωρηθεί ως η μόνη αναγκαία έως την ολοκλήρωση του 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, επί του αιτήματος του Δήμου Αγρινίου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, για την προμήθεια γάλακτος για το διάστημα από την σύναψη της σύμβασης έως και 31-8-2018, για τις ανάγκες του Δήμου Αγρινίου, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση γ' του Ν. 4412/2016, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 20 Μαρτίου 2018
ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος
Γεώργιος Καταπόδης