



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΓΝΩΜΗ
Δ98 / 2018**

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

ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την **13η Σεπτεμβρίου 2018, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 πμ**, και επί της οδού Κεφαλληνίας 45, 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. Πρόεδρος** : Καταπόδης Γεώργιος
- 2. Αντιπρόεδρος** : Μπουσουλέγκα Χριστίνα
- 3. Μέλη** : Βαρδακαστάνης Κωνσταντίνος
Σταθακόπουλος Δημήτριος
Στυλιανίδου Μαρία
Χριστοβασίλη Ερωφίλη

Το έβδομο τακτικό μέλος, καίτοι προσκληθέν, δεν προσήλθε, λόγω δικαιολογημένου κωλύματος, ενώ δεν γεννήθηκε λόγος ελεύσεως αναπληρωματικών μελών λόγω καταφανούς απαρτίας των παρευρισκομένων τακτικών μελών.

Γραμματέας: Μαρία Αντωνοπούλου, ΠΕ Διοικητικού-Οικονομικού

Εισηγητής: Δρ. Δημήτριος Θεοδωράς, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστη ο εισηγητής του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων, Δρ. Θεοδωράς ο οποίος αποδεσμεύτηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας από τα Μέλη του Συμβουλίου 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 για την «Προμήθεια ειδών τροφίμων για τη λειτουργία του Δήμου & των Νομικών του Προσώπων & Γάλακτος» προϋπολογισμού € 102.554,10 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Χίου.**

1. Με το αριθμ. 25891/17-8-2018 έγγραφο του Δήμου Χίου (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 4333/20-8-2018), ζητείται η 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 «Προμήθεια ειδών τροφίμων για τη λειτουργία του Δήμου & των Νομικών του Προσώπων & Γάλακτος» προϋπολογισμού € 102.554,10 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Χίου, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).**

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

2. Από τη μελέτη των στοιχείων και εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα:
 - 2.1 Με την αριθμ. 16994/31-5-2018 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: 18PROC003201208 2018-06-04) της, ο Δήμος Χίου διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την «Προμήθεια ειδών τροφίμων για τη λειτουργία του Δήμου & των Νομικών του Προσώπων & Γάλακτος», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 353.845,40 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 404.541,77 με Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Τα Τμήματα της Διακήρυξης ήταν επτά (7) και συνοψίζονται στον παρακάτω πίνακα. Οι πίνακες ανά είδος προμήθειας αναφέρονται αναλυτικά στο παράρτημα της διακήρυξης του διαγωνισμού.

ΤΜΗΜΑΤΑ	ΔΑΠΑΝΗ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ	ΔΑΠΑΝΗ ΜΕ ΦΠΑ
ΟΜΑΔΑ Α: ΕΙΔΗ ΤΡΟΦΙΜΩΝ	144.971,51	167.828,97
ΟΜΑΔΑ Β: ΕΙΔΗ ΖΑΧΑΡΟΠΛΑΣΤΕΙΟΥ	12.605,00	14.928,95
ΟΜΑΔΑ Γ: ΕΙΔΗ ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ	28519,30	32.226,81
ΟΜΑΔΑ Δ: ΕΙΔΗ ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟΥ	34.259,26	38.712,96
ΟΜΑΔΑ Ε: ΕΙΔΗ ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ	24.486,24	27.669,45
ΟΜΑΔΑ ΣΤ: ΕΜΦΙΑΛΩΜΕΝΟ ΝΕΡΟ	6.450,00	7.288,50

ΟΜΑΔΑ Ζ: ΦΡΕΣΚΟ ΓΑΛΑ	102.554,10	115.886,13
ΓΕΝΙΚΟ ΣΥΝΟΛΟ	353.845,40	404.541,77

- 2.2** Ανάδοχος θα ανακηρυσσόταν ο οικονομικός φορέας που θα προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για κάθε Τμήμα. Η διάρκεια της σύμβασης ορίστηκε σε 12 μήνες από την υπογραφή της. Ως ημερομηνία έναρξης ορίστηκε η 10η Ιουνίου 2018 και ώρα 7:00 και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr, ορίστηκε η 2η Ιουλίου 2018 και ώρα 17:00. Ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών του διαγωνισμού ορίστηκε η 6η Ιουλίου 2018 και ώρα 10:30. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 58294,1 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 4η Ιουνίου 2018.
- 2.3** Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 31η Μαΐου 2018 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 2η Ιουνίου 2018 (S 104 - 238435).
- 2.4** Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ: ΩΠΗΑΩΗΗΝ-ΤΛ4) δημοσιεύτηκε την 7η Ιουνίου 2018 στην εφημερίδα «Χιώτικη Διαφάνεια».
- 2.5** Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.chioscity.gr την 6η Ιουνίου 2018.
- 2.6** Με το από 6/7/2018 Πρακτικό Διενέργειας/Αξιολόγησης Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, η Επιτροπή Διενέργειας/Αξιολόγησης του διαγωνισμού, διαπίστωσε ότι κατατέθηκαν έξι (6) προσφορές εκ των οποίων έκανε αποδεκτές τις πέντε (5) προσφορές και απέρριψε μία (1) προσφορά του “ΜΟΝΙΟΥΚΑ ΜΙΧΑΗΛ” διότι δεν είχαν κατατεθεί τα δικαιολογητικά συμμετοχής.
- 2.7** Με το από 20/7/2018 Πρακτικό Αξιολόγησης Οικονομικών Προσφορών, η Επιτροπή Διενέργειας/Αξιολόγησης του διαγωνισμού απέρριψε την προσφορά της “ΧΑΡΑ ΑΕ” για το τμήμα Ζ Φρέσκο Γάλα (μοναδική προσφορά για το εν λόγω τμήμα) λόγω υπέρβασης του προϋπολογισμού και πρότεινε την προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση.
- 2.8** Με την αριθμ. 605/2018 Απόφασή (ΑΔΑ:ΩΜΑΙΩΗΗΝ-ΤΥ6) της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου Χίου ενέκρινε τα από 6/7/2018 και 20/7/2018 Πρακτικά και πρότεινε την προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση για το Τμήμα Ζ – Φρέσκο Γάλα για τα οποία δεν έγιναν δεκτές οι προσφορές. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 31-7-2018.
- 2.9** Με το αριθμ. 25887/17-8-2018 έγγραφό του, ο Δήμος Χίου βεβαιώνει ότι δεν ασκήθηκαν Ενστάσεις, Προσφυγές ή Ένδικα Μέσα κατά του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της Διακήρυξης.
- 2.10** Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Χίου, με το προαναφερόμενο έγγραφό του, στο οποίο επισυνάπτεται σχέδιο Απόφασης, ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., προκειμένου να προσφύγει στην **ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση για την «Προμήθεια ειδών τροφίμων για τη λειτουργία του Δήμου & των Νομικών του Προσώπων & Γάλακτος (Τμήμα Ζ Φρέσκο Γάλα)»**,

προϋπολογισμού € 102.554,10 χωρίς Φ.Π.Α., για το οποίο δεν έγινε δεκτή η υποβληθείσα προσφορά.

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

3. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, ορίζει ότι: «2.α. Οι αποφάσεις των αναθέτουσών 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 εμπίπτουν, 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. [...]».

4. 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. 2365/2017 της Επιτροπής τα κατώτατα όρια αναθεωρήθηκαν από 135.000 σε 144.000 και από 209.000 σε 221.000 και ισχύουν, από 1/1/2018.

5. Το άρθρο 6 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. Αν η αναθέτουσα αρχή προβλέπει απονομή βραβείων ή καταβολή χρηματικών ποσών για τους υποψήφιους ή προσφέροντες, λαμβάνει υπόψη της τα ποσά αυτά κατά τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 2. Όταν 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 μία 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. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας και Ανάπτυξης και Οικονομικών εξειδικεύονται οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρούσας παραγράφου. Με διαπιστωτική πράξη του καθ' ύλην αρμόδιου Υπουργού ή του Διοικητή ή του Προέδρου για τις Ανεξάρτητες Διοικητικές Αρχές ορίζονται οι ανεξάρτητες επιχειρησιακές μονάδες των φορέων της Γενικής Κυβέρνησης που πληρούν τα κριτήρια, τους όρους και τις προϋποθέσεις του παρόντος άρθρου 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. [...].».

6. 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. (...).».
- Ακολουθώντας, 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».
7. 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.[...]».

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

8. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Χίου αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης ανάθεσης προμήθειας κατά την έννοια της περ. 8της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016 μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης βάσει της παραγράφου 2,

περίπτωση β' του άρθρου 26 του Ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη περίπτωση β της παρ. 2 του άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

9. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας προϋπολογισμού € 102.554,10 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων προϋπολογισθείσας δαπάνης € 353.845,40 χωρίς Φ.Π.Α., 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, όπως ισχύει.
10. Η αναθέτουσα αρχή επικαλείται, με το υπό κρίση αίτημά της, τη διάταξη του άρθρου 26 παρ. 2 περ. β' του ν. 4412/2016, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας τροφίμων (γάλακτος) που αφορά σε τμήμα του προηγηθέντος διαγωνισμού για το οποίο υποβλήθηκε μία προσφορά η οποία δεν έγινε αποδεκτή, λόγω υπέρβασης του προϋπολογισμού του τμήματος της διακήρυξης.
11. Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 26 παράγραφος 2, περίπτωση β' του Ν. 4412/2016, προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση (Τμήμα Ζ Φρέσκο Γάλα), 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 26 και 32 του ν. 4412/2016 περιπτώσεις με τα οποία μεταφέρθηκαν στο εσωτερικό δίκαιο τα άρθρα 26 και 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αντίστοιχα (πρβλ. άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, αντίστοιχα, και βλ. σχετικώς ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56, της 23ης Απριλίου 2009, C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου, EU:C:2009:246, σκέψεις 105-106, της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, C-19/13, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA και Telecom Italia SpA, EU:C:2014:2194, σκέψη 49, της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, C -549/14, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, EU:C:2016:634, σκέψη 35). 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 αναγνωριζόμενων 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, το δε βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει αυτός που τις επικαλείται (βλ. υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, 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, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33, της 8ης Απριλίου 2008, C- 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173,

σκέψεις 57-58, της 27ης Οκτωβρίου 2011, C - 601/10, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλ. 2011, I-00163, σκέψη 32).

13. 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, περίπτωση β' του άρθρου 26 και της παραγράφου 2, εδάφιο α' του άρθρου 32, συνέχεται άμεσα με τον προηγθέντα 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).
14. Ως προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται ότι ο Δήμος Χίου διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την «Προμήθεια ειδών τροφίμων για τη λειτουργία του Δήμου & των Νομικών του Προσώπων & Γάλακτος», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 353.845,40 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 404.541,77 με Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. 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 και τηρήθηκε η ελάχιστη προθεσμία υποβολής προσφορών του αρ. 27 ν. 4412/2016.
15. Ως προς την προϋπόθεση της υποβολής μη κανονικών προσφορών ή υποβολής προσφορών που είναι απαράδεκτες, από τα παραταθέν ιστορικό προκύπτει ότι, με την αριθμ. 605/2018 Απόφασή της, η Οικονομική Επιτροπή Δήμου Χίου ενέκρινε τα από 6/7/2018 και 20/7/2018 Πρακτικά και απέρριψε την προσφορά (απαράδεκτη σύμφωνα με τα πρακτικά) της "ΧΑΡΑ ΑΕ" λόγω υπέρβασης του προϋπολογισμού και ως εκ τούτου ζητά την προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση για το Τμήμα Ζ Φρέσκο Γάλα προϋπολογισμού € 102.554,10 χωρίς Φ.Π.Α.

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. **ομόφωνα** αποφασίζει:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του υπ' αριθμ. 25891/17-8-2018 εγγράφου του Δήμου Χίου (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 4333/20-8-2018), με το οποίο ζητείται η 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 «Προμήθεια ειδών τροφίμων για τη λειτουργία του Δήμου & των Νομικών του Προσώπων & Γάλακτος» προϋπολογισμού € 102.554,10 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Χίου, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού διαγωνισμού άνω

των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), λόγω συνδρομής των υπό του νόμου οριζομένων.

Αθήνα, 13 Σεπτεμβρίου 2018

Θεωρήθηκε

Ο Πρόεδρος

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΑΤΑΠΟΔΗΣ