



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΓΝΩΜΗ
Δ111 / 2019**

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

ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 11^η Νοεμβρίου του έτους δύο χιλιάδες δεκαεννέα (2019) ημέρα Δευτέρα και ώρα 9:30 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45, 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:

- | | |
|-------------------------|---|
| 1. Πρόεδρος: | Καταπόδης Γεώργιος |
| 2. Αντιπρόεδρος: | Αδάμ Καραγλάνης |
| 3. Μέλη: | Βαρδακαστάνης Κωνσταντίνος |
| | Λουρίκας Δημήτριος (μέσω τηλεδιάσκεψης) |
| | Σταθακόπουλος Δημήτριος |
| | Στυλιανίδου Μαρία (μέσω τηλεδιάσκεψης) |

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

Εισηγητής: Δρ Δημήτριος Θεοδωράς, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης παρέστησαν ο εισηγητής του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης, Δρ. Δημήτριος Θεοδωράς και η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης, κ. Αικατερίνη Θεοδωροπούλου, οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν 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 ανάθεση προμήθειας «Τροφίμων», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 175.011,46 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Ρεθύμνης.

1. Με το αριθμ. 30153/9-10-2019 έγγραφο του Δήμου Ρεθύμνης (αριθμ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 5392/14-10-2019 και 5762/4-11-2019 ορθή επανάληψη), 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 ανάθεση προμήθειας «Τροφίμων», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 175.011,46 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Ρεθύμνης, 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. 21367/19-7-2019 Διακήρυξή του (ΑΔΑΜ: 19PROC005303706 2019-07-19), ο Δήμος Ρεθύμνης διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας «Τροφίμων», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 904.983,54 χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η Σύμβαση είχε διάρκεια 24 μήνες από υπογραφή της. Ως ημερομηνία έναρξης ορίστηκε η 19η Ιουλίου 2019 και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr, ορίστηκε η 18η Αυγούστου 2019 και ώρα 15:30. Ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών του διαγωνισμού ορίστηκε η 23η Αυγούστου 2019 και ώρα 9:30. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 77368 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 19η Ιουλίου 2019. Οι πίνακες ανά είδος προμήθειας αναφέρονται αναλυτικά στο παράρτημα της διακήρυξης του διαγωνισμού. Στον παρακάτω πίνακα συνοψίζεται το αντικείμενο του διαγωνισμού που περιλαμβάνει τριάντα (30) τμήματα.

ΦΟΡΕΑΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ	ΟΜΑΔΑ ΠΡΟΜΗΘΕΥΟΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ		ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ	ΦΠΑ	ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΜΕ ΦΠΑ
ΔΗΜΟΣ ΡΕΘΥΜΝΗΣ	1	Γάλα για το Εργατοτεχνικό Προσωπικό του Δήμου	198.950,40	25.863,55	224.813,95
	2	Σίτιση Μαθητών Μουσικού Σχολείου Ρεθύμνου	178.024,00	23.143,12	201.167,12
ΣΥΝΟΛΟ ΔΗΜΟΥ ΡΕΘΥΜΝΗΣ (ΟΜΑΔΕΣ 1 -2)			376.974,40	49.006,67	425.981,07
Ν.Π.Δ.Δ.	3	Είδη Παντοπωλείου (με ΦΠΑ 13%)	37.086,33	4.821,22	41.907,55
	4	Ελαιόλαδο (με ΦΠΑ 13%)	17.155,00	2.230,15	19.385,15
	5	Είδη Αρτοποιείου	19.560,00	2.542,80	22.102,80
	6	Είδη Ζαχαροπλαστείου	8.446,00	1.097,98	9.543,98
	7	Είδη Κρεοπωλείου Νωπά	45.000,00	5.850,00	50.850,00
	8	Είδη Ιχθυοπωλείου Κατεψυγμένα	19.920,00	2.589,60	22.509,60
	9	Είδη Λαχανικών Κατεψυγμένα	2.860,00	371,80	3.231,80
	10	Είδη Αρτοποιασκευής Κατεψυγμένα	552,00	71,76	623,76
	11	Είδη Γαλακτοπωλείου	35.668,00	4.636,84	40.304,84
	12	Γάλα για το Προσωπικό του ΝΠΔΔ	22.809,60	2.965,25	25.774,85
	13	Είδη Οπωρολαχανοπωλείου	53.437,76	6.946,91	60.384,67
ΣΥΝΟΛΟ Ν.Π.Δ.Δ. "Κοινωνική Πολιτική & Μουσική Παιδεία" ΟΜΑΔΕΣ 3-			262.494,69	34.124,31	296.619,00
Κ.Ε.ΔΗ. Ρεθύμνης	14	Είδη Παντοπωλείου (με ΦΠΑ 13%)	31.440,00	4.087,20	35.527,20
	15	Είδη Παντοπωλείου (με ΦΠΑ 24%)	2.718,45	652,43	3.370,88
	16	Ελαιόλαδο (με ΦΠΑ 13%)	8.225,00	1.069,25	9.294,25
	17	Είδη Αρτοποιείου (με ΦΠΑ 13%)	11.522,60	1.497,94	13.020,54
	18	Είδη Ζαχαροπλαστείου	1.876,00	243,88	2.119,88
	19	Είδη Κρεοπωλείου Νωπά	14.963,50	1.945,26	16.908,76
	20	Είδη Ιχθυοπωλείου Κατεψυγμένα	5.286,40	687,23	5.973,63
	21	Είδη Λαχανικών Κατεψυγμένα	1.701,30	221,17	1.922,47
	22	Είδη Αρτοποιασκευής Κατεψυγμένα	1.537,00	199,81	1.736,81
	23	Είδη Γαλακτοπωλείου	8.799,20	1.143,90	9.943,10
	24	Είδη Οπωρολαχανοπωλείου	16.698,00	2.170,74	18.868,74
ΣΥΝΟΛΟ Κ.Ε.ΔΗ. Ρεθύμνης (ΟΜΑΔΕΣ 14 ΕΩΣ 24)			104.767,45	13.918,80	118.686,25
Κοινωνικό Παντοπωλείο	25	Είδη Παντοπωλείου (με ΦΠΑ 13%)	79.917,00	10.389,21	90.306,21
	26	Ελαιόλαδο (με ΦΠΑ 13%)	44.062,50	5.728,13	49.790,63
	27	Είδη Κρεοπωλείου Νωπά	8.837,00	1.148,81	9.985,81
	28	Είδη Λαχανικών Κατεψυγμένα	4.218,50	548,41	4.766,91
ΣΥΝΟΛΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΟΥ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ (ΟΜΑΔΕΣ 25 ΕΩΣ 28)			137.035,00	17.814,55	154.849,55
Πρωτοβάθμια Σχολική Επιτροπή	29	Γάλα για το Προσωπικό της Πρωτοβάθμιας Σχολικής Επιτροπής	15.576,00	2.024,88	17.600,88
Δευτεροβάθμια Σχολική Επιτροπή	30	Γάλα για το Προσωπικό της Δευτεροβάθμιας Σχολικής Επιτροπής	8.136,00	1.057,68	9.193,68
ΓΕΝΙΚΟ ΣΥΝΟΛΟ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ (ΟΜΑΔΕΣ 1 - 30)			904.983,54	117.946,89	1.022.930,43

- 2.2** Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 18η Ιουλίου 2019 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 23η Ιουλίου 2019 (S 140–344191).
- 2.3** Περίληψη της Διακήρυξης (ΑΔΑ: ΩΙΠΗΩ1Ψ-ΠΣΘ) δημοσιεύτηκε την 20/7/2019 στις εφημερίδες «Ο ΛΟΓΟΣ», «ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ & ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ», «ΚΡΗΤΙΚΗ ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗ» και «ΡΕΘΕΜΝΟΣ».
- 2.4** Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.rethymno.gr και στο ΚΗΜΔΗΣ την 19η Ιουλίου 2019.
- 2.5** Με το αριθμ. 1/23-8-2019 Πρακτικό, η Επιτροπή του Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι έλαβε προφορές στο σύστημα από τις εταιρίες ΑΠΟΣΤΟΛΑΚΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ, ΓΕΥΣΙΝΟΥΣ ΕΠΕ, ΚΑΚΑΒΟΣ ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ, ΝΙΚΟΛΑΚΑΚΗΣ ΙΚΕ, ΣΤΑΜΑΤΟΠΟΥΛΟΣ ΣΤΑΜΑΤΗΣ & ΣΙΑ ΕΕ ΑΛΕΞΑΚΗΣ ΝΙΚΟΛΑΟΣ, ΑΦΟΙ ΒΑΡΔΑΛΑΧΑΚΗ ΕΠΕ, ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΠΟΝΤΙΚΑΣ & ΣΙΑ ΕΕ.

- 2.6 Με το αριθμ. 2/10-9-2019 Πρακτικό, η Επιτροπή του Διαγωνισμού α) έκανε αποδεκτές τις προσφορές (Δικαιολογητικά συμμετοχής - Τεχνική προσφορά) των εταιριών ΑΠΟΣΤΟΛΑΚΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ, ΓΕΥΣΙΝΟΥΣ ΕΠΕ, ΚΑΚΑΒΟΣ ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ, ΝΙΚΟΛΑΚΑΚΗΣ ΙΚΕ, ΣΤΑΜΑΤΟΠΟΥΛΟΣ ΣΤΑΜΑΤΗΣ & ΣΙΑ ΕΕ διότι ήταν σύμφωνες με τους όρους της Διακήρυξης και β) απέρριψε τις προσφορές (Δικαιολογητικά συμμετοχής - Τεχνική προσφορά) των εταιριών ΑΛΕΞΑΚΗΣ ΝΙΚΟΛΑΟΣ, ΑΦΟΙ ΒΑΡΔΑΛΑΧΑΚΗ ΕΠΕ, ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΠΟΝΤΙΚΑΣ & ΣΙΑ ΕΕ καθότι οι προσφορές τους παρουσίαζαν ελλείψεις και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές και αναλυτικότερα σύμφωνα με την εκτενή αιτιολόγηση που υπάρχει στο εν λόγω πρακτικό της επιτροπής.
- 2.7 Με το αριθμ. 3/11-9-2019 Πρακτικό της, η Επιτροπή του Διαγωνισμού α) ανέδειξε προσωρινούς αναδόχους τις εταιρίες ΑΠΟΣΤΟΛΑΚΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ για τα τμήματα 5,6,17,18, ΓΕΥΣΙΝΟΥΣ ΕΠΕ για το τμήμα 2, ΚΑΚΑΒΟΣ ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ για τα τμήματα 25,26, ΣΤΑΜΑΤΟΠΟΥΛΟΣ ΣΤΑΜΑΤΗΣ & ΣΙΑ ΕΕ για τα τμήματα 1,12,29,30 β) διαπίστωσε ότι για τα τμήματα **7,8,9,10,13,19,20,21,22,24,27,28** δεν υπήρξε καμία συμμετοχή, έκρινε άγονη τη διαδικασία και πρότεινε την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης.
- 2.8 Με την αριθμ. 272/24-9-2019 Απόφασή (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη) της, η οικονομική επιτροπή του Δήμου Ρεθύμνης ενέκρινε τα ανωτέρω Πρακτικά. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 26-9-2019.
- 2.9 Με τη με γενικό αριθμό κατάθεσης ΑΕΠΠ 1214/7-10-2019 προδικαστική προσφυγή η εταιρία ΚΑΚΑΒΟΣ ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΤΟΥ ΙΩΑΝΝΗ, στρέφεται κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ΡΕΘΥΜΝΟΥ» και κατά της με αριθμ. 272/2019 απόφαση της οικονομικής επιτροπής, σύμφωνα με την οποία έγινε δεκτή η συμμετοχή της εταιρίας «ΣΤΑΜΑΤΟΠΟΥΛΟΣ ΣΤΑΜΑΤΙΟΣ» με την ανάδειξη του ως προσωρινού αναδόχου για τις ομάδες/τμήματα 1,12,29 και 30 ενώ η προσφορά του προσφεύγοντος κατατάχθηκε 2^η σε σειρά μειοδοσίας.
- 2.10 Με το αριθμ. 30147/9-10-2019 έγγραφό του, ο Δήμος Ρεθύμνης βεβαιώνει ότι δεν εκκρεμούν Ενστάσεις, Προσφυγές ή Ένδικα Μέσα κατά του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της Διακήρυξης πλην της Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρίας ΚΑΚΑΒΟΣ ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΤΟΥ ΙΩΑΝΝΗ (βλ. σημείο 2.9).
- 2.11 Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Ρεθύμνης 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 τα τμήματα 7,8,9,10,13,19,20,21,22,24,27,28 που δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά, προϋπολογισθείσας δαπάνης € 175.011,46 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Ρεθύμνης, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.**

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 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 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 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 συντημήσει 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 32, του Ν. 4412/2016 (Α' 147), το οποίο ενσωματώνει τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζει ότι: «1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. 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 ουσιαδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημά της. Μη κατάλληλη θεωρείται μια προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. [...]

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

8. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Ρεθύμνης αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης βάσει της παραγράφου 2, περίπτωση α' του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016, οι οποίες ενσωματώνουν τις αντίστοιχες του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.
9. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας προϋπολογισμού € 175.011,46 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων προϋπολογισθείσας δαπάνης € 904.983,54 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. Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 32, παράγραφος 2, περ. α', προκειμένου να προσφύγει μία Αναθέτουσα Αρχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, ήτοι στην εξεταζόμενη περίπτωση, είναι: **α)** η νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή διαδικασία και **β)** η μη υποβολή προσφοράς, **γ)** η μη ουσιαστικής τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης.
11. 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 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, 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).

12. 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 παραγράφου 2, εδάφιο α' του άρθρου 32, 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).
13. Ως προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται ότι ο Δήμος Ρεθύμνης διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάθεση προμήθειας «Τροφίμων», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 904.983,54 χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την 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.

14. Ως προς την προϋπόθεση της μη υποβολής προσφορών, από το παραταθέν ιστορικό προκύπτει ότι με την αριθμ. 272/2019 Απόφασή της, η οικονομική επιτροπή του Δήμου Ρεθύμνης ενέκρινε τα σχετικά Πρακτικά και κήρυξε άγονο τον διαγωνισμό προϋπολογισμού € 175.011,46 χωρίς Φ.Π.Α. ως προς τα τμήματα **7,8,9,10,13,19,20,21,22,24,27,28** για τα οποία δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά και ως εκ τούτου ζητά την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης.
15. Ως προς την προϋπόθεση της μη ουσιώδους τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης, στο υποβληθέν σχέδιο Απόφασής του, ο Δήμος Ρεθύμνης ζητά την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προκειμένου να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής Σύμβασης.

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 Ρεθύμνης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση επί ανάθεσης **προμήθειας «Τροφίμων»**, προϋπολογισθείσας δαπάνης € 175.011,46 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες του Δήμου Ρεθύμνης, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 11 Νοεμβρίου 2019

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Καταπόδης Γεώργιος