



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΓΝΩΜΗ
Δ 20/ 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 **20^η Μαρτίου 2019**, ημέρα **Τετάρτη και ώρα 9:30 π.μ.**, και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 (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. Προεδρεύουσα: Χριστίνα Μπουσουλέγκα, Αντιπρόεδρος

2. Μέλη: Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης

Δημήτριος Σταθακόπουλος

Δημήτριος Λουρίκας (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Μαρία Στυλιανίδη

Ερωφίλη Χριστοβασίλη

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

Εισηγητής: Χρήστος Κανελλόπουλος, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό

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

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, επί αιτήματος του **Δήμου Λέσβου** περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με το άρθρο 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011 για την προμήθεια «Τροφίμων», προϋπολογισμού € 27.488,00 χωρίς Φ.Π.Α., οικονομικού έτους 2018, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.).

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ – ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

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

1.1 Με την αριθ. 25988/29-6-2018 Διακήρυξη (18PROC003356094 2018-07-02) του, ο Δήμος Λέσβου διενήργησε ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν.4412/2016, διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την προμήθεια «Τροφίμων», προϋπολογισθείσας δαπάνης € 382.575,95 χωρίς Φ.Π.Α. ή € 435.093,74 με Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης: **α)** το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης (πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής) επί της Μέσης Λιανικής Τιμής Πώλησης του Είδους, της Περιφερειακής Ενότητας Βορείου Αιγαίου για τα Είδη τα οποία εμπίπτουν στο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών και **β)** την χαμηλότερη τιμή για τα Είδη τα οποία δεν εμπίπτουν στο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών. Τα Τμήματα της Διακήρυξης ήταν εξήντα οκτώ (68):

ΤΜΗΜΑΤΑ	ΦΟΡΕΑΣ	ΕΙΔΟΣ	ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΣΕ € ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.
1	Δ.Ε ΜΥΤΙΛΗΝΗΣ	ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ	19.197,00
2		ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ	2.395,00
3		ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ	7.440,00
4		ΟΠΩΡΟΛΑΧΑΝΙΚΩΝ	18.433,85
5		ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	39.586,08
6		ΕΛΑΙΟΛΑΔΟ	7.500,00
7	Δ.Ε ΓΕΡΑΣ	ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ	3.613,00
8		ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ	436,00
9		ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ	1.344,00
10		ΟΠΩΡΟΛΑΧΑΝΙΚΩΝ	3.936,24
11		ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	9.664,76
12		ΕΛΑΙΟΛΑΔΟ	2.000,00
13	Δ.Ε. ΠΟΛΥΧΝΙΤΟΥ	ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ	1.965,50
14		ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ	292,00
15		ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ	672,00
16		ΟΠΩΡΟΛΑΧΑΝΙΚΩΝ	2.090,19
17		ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	4.971,38
18		ΕΛΑΙΟΛΑΔΟ	1.000,00
19	Δ.Ε. ΑΓΙΑΣΟΥ	ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ	1.965,50
20		ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ	292,00
21		ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ	672,00
22		ΟΠΩΡΟΛΑΧΑΝΙΚΩΝ	2.090,19
23		ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	4.971,38
24		ΕΛΑΙΟΛΑΔΟ	1.000,00
25	Δ.Ε ΠΛΩΜΑΡΙΟΥ	ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ	1.965,50
26		ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ	292,00
27		ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ	672,00

28		ΟΠΩΡΟΛΑΧΑΝΙΚΩΝ	2.090,19
29		ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	4.971,38
30		ΕΛΑΙΟΛΑΔΟ	1.000,00
31	Δ.Ε ΑΓΙΑΣ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗΣ	ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ	1.965,50
32		ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ	292,00
33		ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ	672,00
34		ΟΠΩΡΟΛΑΧΑΝΙΚΩΝ	2.090,19
35		ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	4.971,38
36		ΕΛΑΙΟΛΑΔΟ	1.000,00
37	Δ.Ε ΚΑΛΛΟΝΗΣ	ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ	1.965,50
38		ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ	292,00
39		ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ	672,00
40		ΟΠΩΡΟΛΑΧΑΝΙΚΩΝ	2.090,19
41		ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	4.971,38
42		ΕΛΑΙΟΛΑΔΟ	1.000,00
43	Δ.Ε ΠΕΤΡΑΣ	ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ	1.965,50
44		ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ	292,00
45		ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ	672,00
46		ΟΠΩΡΟΛΑΧΑΝΙΚΩΝ	2.090,19
47		ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	4.971,38
48		ΕΛΑΙΟΛΑΔΟ	1.000,00
49	Δ.Ε. ΕΡΕΣΟΥ - ΑΝΤΙΣΣΗΣ	ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ	1.965,50
50		ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ	292,00
51		ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ	672,00
52		ΟΠΩΡΟΛΑΧΑΝΙΚΩΝ	2.090,19
53		ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	4.971,38
54		ΕΛΑΙΟΛΑΔΟ	1.000,00
55	ΚΟΙΝΩΝΙΚΟ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟ	ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	19.656,70
56		ΕΛΑΙΟΛΑΔΟ	6.615,00
57	ΖΑΧΑΡΕΙΟΣ	ΟΠΩΡΟΛΑΧΑΝΙΚΩΝ	10.422,92
58		ΝΩΠΑ ΠΟΥΛΕΡΙΚΑ	2.232,00
59		ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ	10.316,00
60		ΕΛΑΙΟΛΑΔΟ	3.088,00

61		ΑΡΤΟΠΟΙΕΙΟΥ	5.180,00
62		ΙΧΘΥΟΠΩΛΕΙΟΥ	8.800,00
63		ΓΑΛΑΚΤΟΚΟΜΙΚΑ	8.150,00
64		ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟΥ	20.497,47
65		ΠΟΤΑ	180,00
66		ΑΥΓΑ	960,00
67	ΔΗΜΟΣ ΛΕΣΒΟΥ	ΓΑΛΑ	84.308,80
68	ΚΟΙΝΩΝΙΚΟ ΠΑΝΤΟΠΩΛΕΙΟ	ΓΑΛΑ	<u>9.684,84</u>
ΣΥΝΟΛΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α.			382.575,95

Ανάδοχος θα ανακηρυσσόταν ο οικονομικός φορέας που θα προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για κάθε Τμήμα, όπως προκύπτει από τις σελίδες 18 - 19 της Διακήρυξης όπου αναλυτικά αναφέρονται τα ποσά των Εγγυητικών Επιστολών Συμμετοχής. Η Σύμβαση είχε διάρκεια δώδεκα (12) μήνες. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στην διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr, ορίστηκε η 3^η Αυγούστου 2018, ώρα 15:00 μμ. Ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού ορίστηκε η 8^η Αυγούστου 2018 και ώρα 10:00 π.μ. Ο διαγωνισμός πήρε Αριθμό Συστήματος 61374,2 στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και αναρτήθηκε την 5^η Ιουλίου 2018.

1.2 Περίληψη της Διακήρυξης στάλθηκε, με ηλεκτρονικά μέσα την 27^η Ιουνίου 2018 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία και δημοσιεύτηκε την 30^η Ιουνίου 2018 (S 124 - 283534).

1.3 Περίληψη της Διακήρυξης δημοσιεύτηκε την 3^η Ιουλίου 2018 στις εφημερίδες «ΕΜΠΡΟΣ» και «ΝΕΑ ΤΗΣ ΛΕΣΒΟΥ».

1.4 Επιπρόσθετα, όλο το τεύχος της Διακήρυξης αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο www.mytilene.gr.

1.5 Με το από 13-9-2018 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και των Τεχνικών Προσφορών πρότεινε την αποδοχή των προσφορών και των εφτά (7) επιχειρήσεων:

ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ	ΤΜΗΜΑΤΑ
ΑΝΔΡΕΑΣ ΑΛ. ΣΚΟΥΡΙΑΣ	67, 68
ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΣΑΛΑΝΗΣ & ΣΙΑ Ο.Ε.	1, 5, 6
ΓΑΛΑΚΤΟΚΟΜΙΚΑ ΜΥΣΤΑΚΕΛΗ Ι.Κ.Ε.	63
ΖΟΥΜΠΟΥΛΑΚΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ Α.Ε.	67, 68
Ι. ΣΑΜΙΩΤΗΣ – Μ. ΣΑΜΙΩΤΗΣ Ο.Ε.	3
ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΤΑΡΑΝΗΣ	6, 12, 18, 22, 23, 24, 30, 55, 56, 60, 65, 67, 68
ΦΡΟΥΤΕΜΠΟΡΙΚΗ ΜΥΤΙΛΗΝΗΣ	4, 5, 6, 12, 18, 24, 30, 36, 42, 48, 55, 56, 57, 60, 63, 64, 65, 67, 68

διότι οι προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τους όρους του διαγωνισμού.

1.6 Με την αριθ. 776/15-10-2018 Απόφασή (ΑΔΑ: 6ΨΙΗΩΛΦ-Β07) της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε ομόφωνα το ανωτέρω Πρακτικό.

1.7 Με το από 6-11-2018 Πρακτικό (Ψηφιακά Υπογεγραμμένο) Αξιολόγησης των Οικονομικών Προσφορών, η Επιτροπή: **α)** πρότείνει την κατακύρωση των Τμημάτων στους Οικονομικούς φορείς που προσέφεραν την χαμηλότερη τιμή, όπως αυτοί (Οικονομικοί Φορείς εμφανίζονται στο εν λόγω Πρακτικό και **β)** έκρινε άγωνα τα Τμήματα 2, 7-11, 13-17, 19-21, 25-29, 31-54, 58-59, 61-62, 66 της Διακήρυξης, διότι δεν υποβλήθηκαν προσφορές.

1.8 Με την αριθ. 872/26-11-2018 απόφασή (ΑΔΑ: ΩΞ28ΩΛΦ-ΤΓΘ) της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε το ανωτέρω Πρακτικό. Η εν λόγω Απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 3^η Δεκεμβρίου 2018.

1.9 Με την από 7-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή (Ψηφιακά Υπογεγραμμένη) της ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, η επιχείρηση «ΑΝΔΡΕΑΣ ΑΛΕΞ. ΣΚΟΥΡΙΑΣ» προσέφυγε κατά των αριθ. 776/2018 & 872/2018 αποφάσεων της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, ζητώντας να απορριφθούν οι προσφορές των επιχειρήσεων «ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΤΑΡΑΝΗΣ», «ΖΟΥΜΠΟΥΛΑΚΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ Α.Ε.», «ΦΡΟΥΤΕΜΠΟΡΙΚΗ ΜΥΤΙΛΗΝΗΣ Α.Ε.» που αφορούσαν τα Τμήματα 67 & 68, της Διακήρυξης, για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή (Προσφυγή).

1.10 Με την αριθ. 125/15-1-2019 απόφασή της, η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών έκανε δεκτή την εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή, για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή (Απόφαση).

1.11 Με το αριθ. 29/11-2-2019 Πρακτικό (ΑΔΑ: 78ΔΨΩΛΦ-00Γ) της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου τροποποίησε μερικώς τις αριθ. 776/2018 και 872/2018 αποφάσεις, σύμφωνα με την αριθ. 125/2019 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών. Η εν λόγω απόφαση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 13^η Φεβρουαρίου 2019.

1.12 Με το αριθ. 8837/28-2-2019 έγγραφό του, ο Δήμος Λέσβου βεβαιώνει ότι δεν έχουν υποβληθεί, εκτός της Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας «ΑΝΔΡΕΑΣ ΑΛΕΞ. ΣΚΟΥΡΙΑΣ», άλλες Ενστάσεις, Προδικαστικές Προσφυγές ή Ένδικα Μέσα κατά του διαγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της Διακήρυξης.

1.13 Κατόπιν των ανωτέρω, ο Δήμος Λέσβου, 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, σύμφωνα με το άρθρο 32, παράγραφος 2, εδάφιο α΄, για την προμήθεια «Τροφίμων (Τμήματα 58, 59, 61, 62, 66 της Διακήρυξης)» προϋπολογισμού € 27,488,00 χωρίς Φ.Π.Α., χωρίς τροποποίηση των όρων της Σύμβασης.**

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

2 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. [...]».

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) αριθ. 2365/2017 της Επιτροπής τα κατώτατα όρια αναθεωρήθηκαν από € 135.000,00 σε € 144.000,00 και από € 209.000,00 σε € 221.000,00 και ισχύουν, από 1-1-2018 έως 31-12-2019.

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. 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, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...]».

5 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.[...]».

6 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 ουσιωδώς 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

7 Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Λέσβου, αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης 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.

8 Δεδομένου ότι, πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας προϋπολογισμού € 27.488,00 χωρίς Φ.Π.Α., σε συνέχεια ανοικτού άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016 διαγωνισμού προϋπολογισμού € 382.575,95 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.

Επισημαίνεται ότι, οι ουσιαστικές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση 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 ουσιώδης τροποποίηση των αρχικών όρων της Σύμβασης. 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).

9 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).

10 Στην προκείμενη περίπτωση, ο Δήμος Λέσβου επικαλείται ως νομική βάση θεμελίωσης του αιτήματός του, τις διατάξεις του άρθρου 32, παράγραφος 2, περίπτωση α' του Ν 4412/2016, ήτοι την

μη υποβολή προσφορών, κατόπιν διενέργειας ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμού.

11 Ειδικότερα δε, σχετικά με την υπό σημείο α) προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής διαδικασίας, παγίως έχει κριθεί ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2, περίπτωση 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).

Ός προς την προϋπόθεση προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής διαδικασίας, από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται ότι, ο Δήμος Λέσβου διενήργησε ανοικτό, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμό με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) για τη προμήθεια «Τροφίμων» προϋπολογισμού € 382.575,95 χωρίς Φ.Π.Α., για τις ανάγκες της, με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ειδικότερα, από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, προκύπτει ότι η εν λόγω Διακήρυξη, για την οποία τηρήθηκαν οι απαιτούμενες διατυπώσεις δημοσιότητας, δεν περιείχε όρους που θα απέτρεπαν Οικονομικό Φορέα από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, όσο αφορά τα Τμήματα 58, 59, 61, 62 και 66 της Διακήρυξης. Ωστόσο, αν και δε διαπιστώθηκαν ουσιώδεις πλημμέλειες, οι οποίες συνέχονται με το άγονο αποτέλεσμα του διαγωνισμού, αναφορικά με την υλοποίηση της διαγωνιστικής διαδικασίας ηλεκτρονικά, μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, κρίνεται σκόπιμο να επισημανθεί ότι η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να μεριμνά για την ορθή και συνεπή με τη διακήρυξη αποτύπωση των τμημάτων αυτής στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. ούτως ώστε να μην διαπιστώνεται διάσταση μεταξύ των τμημάτων της διακήρυξης και αυτών που εμφανίζονται κατά την υποβολή προσφοράς στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

12 Ός προς την προϋπόθεση της μη υποβολής προσφορών, από τα παραταθέν ιστορικό προκύπτει ότι, με σχέδιο Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, ο Δήμος θα προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τα Τμήματα 58, 59, 61 & 62, 66 της Διακήρυξης, τα οποία κρίθηκαν άγωνα σύμφωνα με το από 13-9-2018 Πρακτικό το οποίο εγκρίθηκε με την αριθ. 776/2018 Απόφασή της, διότι δεν υποβλήθηκαν προσφορές.

13 Ός προς την προϋπόθεση της μη ουσιώδους τροποποίησης των αρχικών όρων της σύμβασης, στο υποβληθέν σχέδιο Απόφασής του, ο Δήμος Λέσβου 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 Λέσβου, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την προμήθεια «Τροφίμων», προϋπολογισμού € 27.488,00 χωρίς Φ.Π.Α., έτους 2018, σε συνέχεια εν μέρει άγονου, ανοικτού, άνω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, διαγωνισμού με τη χρήση ηλεκτρονικής πλατφόρμας (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), σύμφωνα με την περίπτωση α' της παραγράφου 2 του

άρθρου 32 του ν. 4412/2016, , λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 20 Μαρτίου 2019

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Η Αντιπρόεδρος

Χριστίνα Μπουσουλέγκα