



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

ΓΝΩΜΗ

Δ 98 ΕΑΔΗΣΥ/2024

(του άρθρου 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 4 του ν. 4912/2022)

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ

της παρ. 5 του άρθρου 353 του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 10 του ν. 4912/2022

Στην Αθήνα σήμερα, 06/09/2024, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:30 π.μ., στα επί της οδού Δώρου 7-9 γραφεία της, συνήλθε η ως άνω ΕΠΙΤΡΟΠΗ της ΕΝΙΑΙΑΣ ΑΡΧΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ σε συνεδρίαση, μετά από σχετική πρόσκληση της Προέδρου, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα Μέλη της Επιτροπής.

Τα προσκληθέντα Μέλη της Επιτροπής παρέστησαν κατά τη συνεδρίαση ως εξής:

Προεδρεύουσα: Ευαγγελία Κουτούπα (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Σύμβουλος: Δημήτριος Χανής (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Μέλη: Χρυσάνθη Ζαράρη (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Βασιλική Σκαρτσούνη (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)
Νικολέτα Κοττά (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Η Πρόεδρος, κ. Ανδρονίκη Θεοδοκάτου, απουσίασε αιτιολογημένα.

Γραμματέας: Αθανάσιος Λαμπράκης, Π.Ε. Διοικητικού Οικονομικού.

Εισηγήτρια : Όλγα Αβαδέλου, Φαρμακοποιός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό ΕΑΔΗΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης, παρέστησαν, η εισηγήτρια, καθώς και η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου της ΕΑΔΗΣΥ, Μαριλένα Σιδέρη, οι οποίες αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας των Μελών της Επιτροπής και τη λήψη απόφασης.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής περί προσφυγής του Δήμου Ξάνθης στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης για έξι (6) ομάδες (Β,Γ,Δ,Ε,ΣΤ και Ζ), προϋπολογισμού 212.589,20€ προ ΦΠΑ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων, με αντικείμενο την "Προμήθεια τροφίμων, γάλακτος προσωπικού & γαλακτοκομικών

προϊόντων για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου Ξάνθης, για δύο (2) έτη”, συνολικού προϋπολογισμού 639.202,20€ προ ΦΠΑ.

Με το το υπ' αρ. πρωτ. 23675/7.8.24 (υπ' αρ. πρωτ. εισερχ. 8098/8.8.24 ΕΑΔΗΣΥ) αίτημά του προς την ΕΑΔΗΣΥ (εφεξής Αρχή), όπως αυτό συμπληρώθηκε με το υπ. αριθ. πρωτ. εισερχ. 8406/22.8.24, ο Δήμος Ξάνθης αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 347, παρ. 2, περ. γ υποπερ. γδ ν. 4412/2016 όπως ισχύει, προκειμένου να προσφύγει στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση της εν θέματι σύμβασης.

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

Στο κρινόμενο αίτημα εκτίθενται τα εξής:

1. Με την υπ. αρ. πρωτ. 12809/30.4.2024 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ:24PROC014712651/2.5.24) προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, άνω των ορίων, για την “Προμήθεια τροφίμων, γάλακτος προσωπικού & γαλακτοκομικών προϊόντων για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου Ξάνθης, για δύο (2) έτη”, συνολικού προϋπολογισμού 639.202,20€ προ ΦΠΑ.

2. Στο άρθρο 1.3 “**Συνοπτική περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης**” της εν λόγω διακήρυξης ορίζεται ότι:

“*Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια τροφίμων, γάλακτος προσωπικού και γαλακτοκομικών προϊόντων για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου Ξάνθης, για δύο (2) έτη από την υπογραφή της σύμβασης. Ειδικότερα, αφορά τις προμήθειες:*

- Φρέσκου γάλακτος, για το προσωπικό του Δήμου Ξάνθης,
- Προμήθεια γάλακτος, γαλακτοκομικών προϊόντων και τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών σίτισης των βρεφών και των νηπίων της Διεύθυνσης Προσχολικής Αγωγής του Δήμου Ξάνθης. ”

Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στις κάτωθι οκτώ (8) ομάδες:

Ομάδα	Περιγραφή	Προϋπολογισμός (χωρίς ΦΠΑ)
A	Γαλακτοκομικά προϊόντα για τη Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης	57.471,20
B	Είδη παντοπωλείου (Ελαιόλαδο extra παρθένο) για τη Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης	23.000,00
Γ	Είδη παντοπωλείου για τη Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης	64.677,20
Δ	Οπωρολαχανικά για τη Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης	40.416,00
E	Κρέατα για τη Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης	51.008,00
ΣΤ	Άρτος για τη Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης	19.972,00
Z	Ψάρια για τη Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης	13.516,00

H	Γάλα για το προσωπικό του Δήμου Ξάνθης	369.141,80
Σύνολο (χωρίς ΦΠΑ 13% και 24%)		639.202,20

Προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο των ειδών του προϋπολογισμού της κάθε ομάδας και μπορεί να υποβληθεί προσφορά για μία ή περισσότερες ή όλες τις ομάδες της με αριθ. Π-01/2024 Μελέτης της Διεύθυνσης Διοικητικών Υπηρεσιών του Δήμου Ξάνθης.

Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 639.202,20 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13% και 24 % κατά περίπτωση (εκτιμώμενη αξία συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ: 722.432,69 €)

➤ Η **διάρκεια της σύμβασης** ορίζεται σε **δύο (2) έτη**, από την υπογραφή της σύμβασης και ανάρτηση της στο ΚΗΜΔΗΣ ή μέχρι εξαντλήσεως των αποθεμάτων. Ο Δήμος Ξάνθης διατηρεί το δικαίωμα της μη εξάντλησης όλων των ποσοτήτων των ειδών και της αξίας της σύμβασης.

Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης δίδεται στα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ I και II της παρούσας διακήρυξης.

➤ **Κριτήριο ανάθεσης** της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής που θα προκύπτει από το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό επί της αναγραφόμενης τιμής ανά ομάδα [έκπτωση επί τοις εκατό, για κάθε ομάδα χωριστά (για μία ή και περισσότερες ομάδες) πάντα όμως για το σύνολο των προμηθειών της κάθε ομάδας] του Ενδεικτικού Προϋπολογισμού της με Αριθ. Π-01/2024 Μελέτης της Διεύθυνσης Διοικητικών Υπηρεσιών του Δήμου Ξάνθης.

(Διευκρίνιση: Το ενιαίο ποσοστό έκπτωσης αφορά το σύνολο των προμηθειών της κάθε ομάδας, δηλαδή μπορεί να προσφερθεί διαφορετικό ποσοστό έκπτωσης για κάθε ομάδα).

Η προσφορά θα υποβληθεί ως εξής:

A) Όσον αφορά το σκέλος των ειδών: ελαιόλαδο (Ομάδα Β), οπωρολαχανικά (Ομάδα Δ), κρέατα (Ομάδα Ε) και ψάρια-ψαρικά (Ομάδα Ζ), ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό, επί της νόμιμα διαμορφούμενης κάθε φορά Μέση Λιανική Τιμή πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσης, όπως προσδιορίζεται από το Τμήμα Εμπορίου της Διεύθυνσης Ανάπτυξης της Π.Ε. Ξάνθης της Περιφέρειας Ανατολικής Μακεδονίας - Θράκης.

B) Όσον αφορά το σκέλος των υπόλοιπων ειδών του διαγωνισμού (Ομάδες Α, Γ, ΣΤ και Η), το ποσοστό έκπτωσης αναφέρεται στις τιμές μονάδος του αντίστοιχου ενδεικτικού προϋπολογισμού της κάθε ομάδας.

➤ Ως προς τα “ **κριτήρια επιλογής** ” προβλέπονται τα εξής:

2.2.4 Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας

Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προμήθειας.

Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασής τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016.

Στην περίπτωση οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε κράτος μέλους του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ) ή σε τρίτες χώρες που έχουν προσχωρήσει στη ΣΔΣ, ή σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην προηγούμενη περίπτωση και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε αντίστοιχα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα.

Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού .

2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Δεν απαιτείται

2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Δεν απαιτείται.

➤ Στο άρθρο 6.7 “Αναπροσαρμογή τιμής” αναφέρονται τα εξής:

6.7.1 Προβλέπεται ρήτρα αναπροσαρμογής της τιμής, η οποία εφαρμόζεται μόνο αν, κατά τον χρόνο παράδοσης των αγαθών, συντρέχουν αθροιστικά οι εξής συνθήκες:

α) η σύμβαση έχει διάρκεια μεγαλύτερη των δώδεκα μηνών και έχουν παρέλθει δώδεκα (12) μήνες τουλάχιστον από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών,

β) ο δείκτης τιμών καταναλωτή (ΔΤΚ) είναι μικρότερος από μείον τρία τοις εκατό (-3%) και μεγαλύτερος από τρία τοις εκατό (3%),

γ) η αναθέτουσα αρχή διαθέτει τις απαραίτητες πιστώσεις για την εφαρμογή της αναπροσαρμογής της τιμής.

Σε περιπτώσεις τμηματικών παραδόσεων, η τιμή αναπροσαρμόζεται για τις ποσότητες που, σύμφωνα με τα έγγραφα της σύμβασης, προβλέπεται να παραδοθούν μετά την παρέλευση των δώδεκα (12) μηνών.

6.7.2 Για την αναπροσαρμογή της τιμής εφαρμόζεται ο τύπος:

$$T = \text{Τπροσφοράς } X (1 + \Delta\text{ΤΚ})$$

Όπου ΔΤΚ: ο δείκτης τιμών καταναλωτή της συγκεκριμένης κατηγορίας στην οποία υπάγονται τα αγαθά, όπως έχει ανακοινωθεί από την Ελληνική Στατιστική Αρχή (ΕΛ.ΣΤΑΤ.) για τον μήνα που προηγείται του χρόνου παράδοσης των αγαθών, σε σχέση με τον ίδιο μήνα του έτους κατά το οποίο υποβλήθηκε η προσφορά του οικονομικού φορέα, και ανακοινώνεται σε μηνιαία βάση από το Υπουργείο Ανάπτυξης και Επενδύσεων. *T* - προσφοράς: η τιμή της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα στον οποίο ανατίθεται η σύμβαση και *T*: η αναπροσαρμοσμένη τιμή.

4. Περίληψη της εν λόγω διακήρυξης, η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακηρύξεως του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά στις 30.4.2024 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε) και δημοσιεύθηκε στις 2.5.2024. Συνακόλουθα καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 2.5.24 και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ στις 3.5.24 όπου και έλαβε αριθμό συστήματος 349210, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του φορέα στις 2.5.24. Σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ήταν η 3.5.2024 και ώρα 9:00πμ, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 7.6.2024 και ώρα 15:00. Περίληψη της διακήρυξης δημοσιεύτηκε στις εφημερίδες: "ΤΟΛΜΗ ΤΗΣ ΘΡΑΚΗΣ" και "ΑΓΩΝΑΣ" στις 9.5.24 και "ΑΔΕΣΜΕΥΤΗ" στις 8.5.24.

5. Την 20.6.24 η Επιτροπή του διαγωνισμού προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών. Σύμφωνα με το σχετικό Πρακτικό της στον εν λόγω διαγωνισμό υποβλήθηκαν προσφορές από 3 οικονομικούς φορείς, οι εξής:

α) ΕΛΑ ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ, για την ομάδα Η

β) ΕΒΡΟΦΑΡΜΑ ΑΒΕΕ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΑ ΓΑΛΑΚΤΟΣ, για τις ομάδες Α και Η

γ) ΜΟΣΧΙΔΗΣ Π ΔΟΝΤΣΟΣ Χ ΚΑΙ ΣΙΑ ΟΕ, για τις ομάδες Α, Β και Γ

Μετά τον έλεγχο, η Επιτροπή διεπίστωσε ότι ο οικονομικός φορέας "ΜΟΣΧΙΔΗΣ Π ΔΟΝΤΣΟΣ Χ ΚΑΙ ΣΙΑ ΟΕ" δεν είχε καταθέσει το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9.1 της Διακήρυξης και ως εκ τούτου αποκλείστηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού και απορρίφθηκε η προσφορά που είχε υποβάλει για καθεμία από τις ομάδες Α, Β και Γ.

6. Εν συνεχεία, η Επιτροπή προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των Οικονομικών προσφορών. Σύμφωνα με το σχετικό Πρακτικό της η Επιτροπή διαπίστωσε ότι : "α) η μοναδική οικονομική προσφορά που αφορά την ΟΜΑΔΑ Α: «Γαλακτοκομικά προϊόντα για τη Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης», είναι του οικονομικού φορέα: «ΕΒΡΟΦΑΡΜΑ ΑΒΕΕ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΑ ΓΑΛΑΚΤΟΣ», με ποσοστό έκπτωσης 36,00% τριάντα έξι τοις εκατό επί του ενδεικτικού προϋπολογισμού (64.942,46 με το ΦΠΑ) καθώς και β) η χαμηλότερη οικονομική προσφορά που αφορά την ΟΜΑΔΑ Η: «Γάλα για το προσωπικό του Δήμου Ξάνθης», είναι του ιδίου οικονομικού φορέα με ποσοστό έκπτωσης 39,35% τριάντα εννέα κόμμα τριάντα πέντε τοις εκατό επί του ενδεικτικού προϋπολογισμού (417.130,23 με το ΦΠΑ)."

Στη συνέχεια, η Επιτροπή εισηγήθηκε προς την Δημοτική Επιτροπή : α) την ανάδειξη του ως άνω οικονομικού φορέα ως προσωρινού αναδόχου της προμήθειας που αφορά στις ΟΜΑΔΕΣ Α και Η και β) Την ανακήρυξη του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για τις ομάδες: Β: «Είδη παντοπωλείου (Ελαιόλαδο extra παρθένο) για τη Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης», Γ: «Είδη παντοπωλείου για τη Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης», Δ: «Οπωρολαχανικά για τη Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης», Ε: «Κρέατα για τη Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης», ΣΤ: «Άρτος για τη Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης» και Ζ: «Ψάρια για τη

Διεύθυνση Προσχολικής Αγωγής Δήμου Ξάνθης», ως άγονου με συνέπεια την ματαίωση της διαδικασίας για τις εν λόγω ομάδες, αφενός λόγω μη υποβολής καμίας προσφοράς για τις Ομάδες Δ, Ε, ΣΤ και Ζ και αφετέρου λόγω απόρριψης της προσφοράς -για τις ομάδες Β και Γ- του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ΜΟΣΧΙΔΗΣ Π ΔΟΝΤΣΟΣ Χ ΚΑΙ ΣΙΑ ΟΕ στο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής.

7. Ακολούθως, η Δημοτική Επιτροπή με την αρ. 227/24.7.24 απόφασή της, 1) ενέκρινε τα ανωτέρω πρακτικά, 2) ματαίωσε τη διαδικασία σύναψης σύμβασης για τις ανωτέρω ομάδες για τις οποίες η διαδικασία απέβη άγονη, κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα, 3) αποφάσισε να υποβληθεί αίτημα στην ΕΑΔΗΣΥ για την παροχή σύμφωνης γνώμης περί προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση κατά τα οριζόμενα στην παρ. 2α του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016 για τις ομάδες Β, Γ,Δ,Ε,ΣΤ και Ζ.

8. Με το υπ. αριθ. πρωτ. 23866/8.8.24 έγγραφο του Δήμου Ξάνθης βεβαιώνεται ότι δεν κατατέθηκε καμία προδικαστική προσφυγή ή άλλο ένδικο βοήθημα για τον συγκεκριμένο διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό.

9. Κατόπιν των ανωτέρω, με το υπό εξέταση αίτημα, ο Δήμος Ξάνθης, αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για τη σύναψη σύμβασης για 6 ομάδες (Β,Γ,Δ,Ε,ΣΤ και Ζ), αναφέροντας ότι η εν λόγω προσφυγή θα λάβει χώρα χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων του αρχικού διαγωνισμού.

II. Νομικό πλαίσιο

10. Στη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ότι:

"2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και δημόσιες συμβάσεις 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 μία 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.

Μη κατάλληλη θεωρείται μία αίτηση συμμετοχής όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 [...]".

III. Νομική Εκτίμηση

11. Το υπό εξέταση αίτημα του Δήμου Ξάνθης, ο οποίος αποτελεί αναθέτουσα αρχή κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 1(α) του ν. 4412/2016, 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 προμήθειας, προϋπολογισμού 212.589,20€ προ ΦΠΑ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου διαγωνισμού άνω των ορίων, συνολικού προϋπολογισμού 639.202,20€ προ ΦΠΑ, συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής κατ' άρθρο 347 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. γδ' του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης.

12. Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016 συνάγεται ότι η προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης επιτρέπεται υπό τη σωρευτική συνδρομή των ακόλουθων προϋποθέσεων: α) να έχει προηγηθεί νομίμως διεξαχθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, στο πλαίσιο της οποίας δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν κρίθηκε κατάλληλη και β) να μην τροποποιούνται ουσιασώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης. Σε περίπτωση δε σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να διαβιβάσει σχετική έκθεση.

Ειδικότερα, η προσφυγή στην ως άνω εξαιρετική διαδικασία 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. Το δε βάρος απόδειξης της συνδρομής των έκτακτων περιστάσεων που δικαιολογούν την εφαρμογή της το φέρει η αρχή που τις επικαλείται. Κατά τη ρητή, δε, διατύπωση του εν λόγω άρθρου «Μη κατάλληλη θεωρείται μία 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». Ειδικότερα, η μη καταλληλότητα των προσφορών αφορά σε περιπτώσεις πλημμελειών ουσίας και ελλείψεων των προσφορών που φανερώνουν ότι κατ' ουσίαν η αγορά δεν ανταποκρίθηκε στην προς ανάθεση σύμβαση κατά τον τρόπο που αυτή προδιαγράφηκε στα τεύχη του διαγωνισμού από την αναθέτουσα αρχή. Επισημαίνεται ότι μη κατάλληλες θεωρούνται γενικά οι προσφορές που δεν έχουν καμία σχέση με τη σύμβαση, δηλαδή το περιεχόμενό τους δεν εναρμονίζεται με τις απαιτήσεις της σύμβασης και είναι ασύμβατο με τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και, ως εκ τούτου, δεν μπορούν προδήλως και χωρίς να τροποποιηθούν ουσιασώς, να ικανοποιήσουν τις εν λόγω ανάγκες για τις οποίες προορίζονται (βλ. ενδεικτικά Δ2ΕΑΔΗΣΥ/2023).

13. Στην υπό κρίση περίπτωση, ως προς τη συνδρομή των προϋποθέσεων εφαρμογής των ανωτέρω διατάξεων, από τα στοιχεία του φακέλου, προκύπτουν τα ακόλουθα:

13.1 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. Επιπλέον από τα στοιχεία του υποβληθέντος φακέλου καθώς και τα στοιχεία της διαδικτυακής πύλης

του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων, ως προς την κατάρτιση των όρων της ως άνω διακήρυξης, την τήρηση των όρων δημοσιότητας και τη διενέργεια της διαδικασίας του διαγωνισμού, δεν διαπιστώθηκαν νομικές πλημμέλειες.

Ωστόσο, για τη βελτίωση των διαγωνιστικών διαδικασιών εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, επισημαίνεται το εξής:

Ενόψει των όρων της διακήρυξης κατά τους οποίους: “[...] Ο Δήμος Ξάνθης διατηρεί το δικαίωμα της μη εξάντλησης όλων των ποσοτήτων των ειδών και της αξίας της σύμβασης.[...]” επισημαίνεται ότι η γνωστή στην αναθέτουσα αρχή τεχνική δυσχέρεια της σύμβασης, η οποία σχετίζεται με τον δυσχερή εκ των προτέρων προσδιορισμό του ύψους των αναγκών της, θα μπορούσε να αντιμετωπιστεί αποτελεσματικά με την επιλογή της προκήρυξης κατάλληλης συμφωνίας – πλαίσιο, αντί της κλασικής δημόσιας σύμβασης. Και τούτο, καθόσον στην περίπτωση της συμφωνίας – πλαίσιο, ο σαφής προσδιορισμός των ποσοτήτων των προς προμήθεια αγαθών και των προς παροχή υπηρεσιών δεν αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της διακήρυξης. Η χρήση της συμφωνίας-πλαίσιο έχει επιτυχή εφαρμογή κυρίως για την προμήθεια ειδών, παροχή υπηρεσιών και εκτέλεση έργων που καλύπτουν πάγιες επαναλαμβανόμενες ανάγκες, η ακριβής ποσότητα των οποίων δεν είναι εκ των προτέρων γνωστή και τα οποία δεν αναμένεται να μεταβληθούν ουσιωδώς κατά τα τεχνικά τους χαρακτηριστικά στα έτη που θα καλύπτει η συμφωνία-πλαίσιο (βλ. ενδεικτικά Γνώμες της Αρχής Δ45, Δ111ΕΑΔΗΣΥ/2023, Δ1, Δ18/2021, Δ29, Δ53, Δ70/2020 και Δ99/2019).

13.2 Στον υπό κρίση διαγωνισμό για τις αιτούμενες ομάδες Δ,Ε,ΣΤ και Ζ δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά. Περαιτέρω, για τις αιτούμενες ομάδες Β, Γ υποβλήθηκαν προσφορές από τον ίδιο οικονομικό φορέα, οι οποίες ωστόσο απορρίφθηκαν (ΙΣΤΟΡΙΚΟ- σκέψεις 5,6), καθότι δεν είχε κατατεθεί το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), που αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής στο διαγωνισμό. Η υποβολή του ΕΕΕΣ απαιτείται υποχρεωτικά από την διακήρυξη σύμφωνα και με το ρητώς περιλαμβανόμενο σε αυτήν όρο (2.2.9.1 όρος της Διακήρυξης), η μη τήρηση του οποίου συνιστά ουσιαστική πλημμέλεια. Συνεπώς, οι εν λόγω προσφορές εμπίπτουν στην έννοια των μη κατάλληλων προσφορών και δύναται να εξομοιωθούν με «μη υποβληθείσες», καθόσον προδήλως δεν είναι ικανές, χωρίς ουσιώδεις αλλαγές, να ικανοποιήσουν τις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (C 376/21, σκέψεις 61 και 62).

13.3 Συναφώς, στο προσκομισθέν σχέδιο απόφασης αναφέρεται ότι, κατά τη διαδικασία προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του αρθ. 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, δεν θα τροποποιηθούν ουσιωδώς οι όροι που τέθηκαν με τη διακήρυξη του προηγθέντος ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης σχετικά με το αίτημα περί προσφυγής του Δήμου Ξάνθης στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης για έξι ομάδες (Β,Γ,Δ,Ε,ΣΤ και Ζ), προϋπολογισμού 212.589,20€ προ ΦΠΑ, σε συνέχεια εν μέρει άγονου ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων, με αντικείμενο την "Προμήθεια τροφίμων, γάλακτος προσωπικού & γαλακτοκομικών προϊόντων για τις ανάγκες των υπηρεσιών του Δήμου Ξάνθης, για δύο (2) έτη", συνολικού προϋπολογισμού 639.202,20€ προ ΦΠΑ, λόγω συνδρομής των οικείων προϋποθέσεων.

Αθήνα, 06 Σεπτεμβρίου 2024

Η Προεδρεύουσα Σύμβουλος

Ευαγγελία Κουτούπα