

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 17 Ιουλίου 2023 στην έδρα της με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 7.06.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 847/8.06.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...», εφεξής ο «προσφεύγων», που εδρεύει στη ... οδός ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία: «...», εφεξής η «αναθέτουσα αρχή», που εδρεύει στο ... οδός ... αρ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της με αριθμό ... σύμβασης, που συνήψε η αναθέτουσα αρχή με τον οικονομικό φορέα «...», με αντικείμενο τη ... Άλλως και σε περίπτωση μη ακυρώσεως της προσβαλλόμενης σύμβασης, ο προσφεύγων ζητά την επιβολή στην αναθέτουσα αρχή προστίμου ίσου με το 10% της αξίας της σύμβασης, το οποίο με την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ να περιέλθει στον προσφεύγοντα.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο ποσού 1.075 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 και με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δημοσίευσε την με αριθμό πρωτ. ... Πρόσκληση (με ΑΔΑ: ...) σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση κατ' άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ του ν. 4412/2016, για τη ..., με

κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης ορίστηκε στο ποσό των 215.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα την 7-06-2023, λαμβανομένου υπόψη ότι ο προσφεύγων έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης σύμβασης στις 29-05-2023, οπότε του κοινοποιήθηκε η απόφαση με αριθμό Α 527/2023 της ΕΑΔΗΣΥ επί αιτήματος προσωρινών μέτρων της εν λόγω εταιρείας και στην οποία αναφερόταν η προσβαλλόμενη σύμβαση. Σε κάθε περίπτωση, η εν λόγω σύμβαση υπογράφηκε στις 16-05-2023 και αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 18-05-2023 (βλ. άρθρο 369 παρ. 2 του ν.4412/2016)

4. Επειδή, στις 9-06-2023 η ΕΑΔΗΣΥ κοινοποίησε (κατ' άρθρο 365 παρ. 5 του ν.4412/2016) την ασκηθείσα προσφυγή στην έχουσα δικαίωμα να ασκήσει παρέμβαση, δηλαδή στην εταιρεία «...» με την οποία συνήφθη η προσβαλλόμενη σύμβαση. Εν συνεχεία στις 15-06-2023 και η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στον ως άνω οικονομικό φορέα την ασκηθείσα προσφυγή.

5. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 1038/2023 Πράξη της Προέδρου του Δου Κλιμακίου ορίστηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της, η οποία τις απέστειλε εμπρόθεσμα στην ΕΑΔΗΣΥ στις 21-06-2023, πλην όμως ουδέποτε τις κοινοποίησε στον προσφεύγοντα, γι' αυτό και δεν λαμβάνονται υπόψη κατά την εξέταση της προσφυγής.

6. Επειδή, κατ' ορθή επισκόπηση της προσφυγής, με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη σύμβαση πρέπει να ακυρωθεί, διότι συνήφθη κατά παράβαση της απαγόρευσης υπογραφής αυτής (της σύμβασης), αφού εν προκειμένω δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 32 παρ.2 περ. γ' του ν.4412/2016. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή, προβαίνοντας κατά παράβαση της νομοθεσίας στην υπογραφή της σύμβασης, τον εμπόδισε από την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής ή/και, μεταγενέστερα, αίτησης αναστολής κατά της τυχόν απορριπτικής, της προσφυγής του, απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, αφού, κατά τον χρόνο άσκησης αυτής, είχε ήδη υπογραφεί η προσβαλλόμενη

σύμβαση και επομένως η προσφυγή του κατά των παράνομων όρων της Πρόσκλησης (ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 744/2023) κατέστη άνευ αντικειμένου.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ... διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοιχτό διαγωνισμό για τη ... Δυνάμει της με αριθμ. ... απόφασης της αναθέτουσας αρχής, η ανωτέρω διαδικασία ματαιώθηκε λόγω της κήρυξης του διαγωνισμού ως άγονου, εξαιτίας της μη υποβολής καμίας προσφοράς. Εν συνεχεία, η αναθέτουσα αρχή στις 10-05-2023 δημοσίευσε την με αρ. πρωτ. ... Πρόσκληση σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση με το ίδιο ως άνω αντικείμενο. Όπως προκύπτει από το ίδιο το σώμα της εν λόγω Πρόσκλησης, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 15-05-2023. Την αμέσως επόμενη ημέρα, στις 16-05-2023, υπογράφηκε η προσβαλλόμενη σύμβαση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του οικονομικού φορέα ... Ο νυν προσφεύγων στις 21-05-2023, δηλαδή σε χρόνο μετά την υπογραφή της σύμβασης, κατέθεσε ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ την με (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 744/22.05.2023 προδικαστική προσφυγή για την ακύρωση των όρων της ανωτέρω Πρόσκλησης.

8. Επειδή, όπως ο προσφεύγων ισχυρίζεται με την προσφυγή του, δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό κρίση σύμβασης. Επομένως, η ... άπτεται του επιχειρηματικού του ενδιαφέροντος και των επιχειρηματικών του δυνατοτήτων (ΣΤΕ 1562/2022). Άλλωστε, η εν λόγω εταιρεία είχε έμπρακτα εκδηλώσει το ενδιαφέρον της να συμμετάσχει στη διαδικασία, στο πλαίσιο της οποίας εκδόθηκε η προσβαλλόμενη, γι'αυτό και υπέβαλε προδικαστική προσφυγή κατά των όρων της σχετικής Πρόσκλησης, τους οποίους θεωρεί παράνομους και ακυρωτέους. Προηγουμένως, μάλιστα, είχε έμπρακτα εκδηλώσει ενδιαφέρον συμμετοχής της στην με αριθμ. ... διακήρυξη της ίδιας αναθέτουσας αρχής για τη διενέργεια διαγωνισμού με το ίδιο περιεχόμενο, ο οποίος ωστόσο εν τέλει κηρύχθηκε άγονος, κάτι που οδήγησε την αναθέτουσα αρχή, κατά τους ισχυρισμούς της, στην έκδοση της ως άνω Πρόσκλησης (...) και τελικά στη σύναψη της προσβαλλομένης σύμβασης. Συνεπώς, ο προσφεύγων, έχοντας τη βούληση να συμμετάσχει στην υπό κρίση διαδικασία από την οποία ισχυρίζεται ότι αποκλείστηκε παράνομα, λόγω της επικαλούμενης παράνομης προσφυγής της αναθέτουσας αρχής στην διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης και χωρίς να

του δοθεί η δυνατότητα άσκησης αποτελεσματικής προσφυγής κατά των όρων της ανωτέρω Πρόσκλησης, με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή για την ακύρωση της συναφθείσας σύμβασης. Σημειώνεται ότι ο προσφεύγων με την υπό κρίση προσφυγή του, πέραν της επίκλησης της παραβίασης της υποχρέωσης αναστολής της σύμβασης, ειδικώς και εμπειριστατικώς αναλύει και εξειδικεύει τους ουσιαστικούς λόγους, τους οποίους ήδη προέβαλε με την ΓΑΚ (ΕΑΔΗΣΥ) 744/2023 Προσφυγή του κατά των όρων της Πρόσκλησης, εξαιτίας των οποίων η μη αναστολή της υπογραφής της σύμβασης είχε σαν αποτέλεσμα τον περιορισμό των πιθανοτήτων να του ανατεθεί η σύμβαση και οι οποίοι αποτελούν αντικείμενο της προαναφερόμενης Προσφυγής.

9. Επειδή στο άρθρο 32 παρ. 2, στοιχ. γ) του ν. 4412/2016 (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι: «[...] 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. [...]».

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 32^Α: «1. Εξαιρούνται της υποχρεωτικής εφαρμογής [...] του άρθρου 36, περί υποχρέωσης χρήσης και λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ[...] οι ακόλουθες περιπτώσεις του άρθρου 32, περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση:[...] β) όπου η ανάθεση έχει επείγοντα χαρακτήρα σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 2[...]».

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 368 ν.4412/2016: «Με την επιφύλαξη του άρθρου 370 και της παραγράφου 2 του άρθρου 371, η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης που έχει συναφθεί, εάν διαπιστώσει ότι:[...] (β) αν δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με τα άρθρο 364 [...]».

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του ν.4412/2016: «1. Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης, επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366. 2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις:[...]β) αν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι [...]».

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 369 ν.4412/2016: 1. Η ΑΕΠΠ αποφασίζει να κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 368 ύστερα από προδικαστική προσφυγή ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα η οποία ασκείται εντός των προθεσμιών της παρ. 2 του παρόντος άρθρου[...] 2. Η προσφυγή ασκείται μέσα σε προθεσμία τριάντα (30) ημερών, από την επομένη της δημοσίευσης της απόφασης κατά τα άρθρα 64, 65, 66, 122 ή 294, 295, 296 κατά περίπτωση, εφόσον στη δημοσίευση περιλαμβάνεται αιτιολογία για τη σύναψη της σύμβασης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης ή από την επομένη της ενημέρωσης των ενδιαφερομένων με άλλον τρόπο[...] »

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 371 ν.4412/2016: « 1. Αν η ΑΕΠΠ κηρύξει σύμβαση άκυρη, σύμφωνα με το άρθρο 368, η ακυρότητα έχει αναδρομική ισχύ με την επιφύλαξη εφαρμογής της παρ. 2. Οι αξιώσεις των μερών διέπονται από τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού και οι σχετικές διαφορές εκδικάζονται από το αρμόδιο δικαστήριο, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις. Αν ο ανάδοχος γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει την ακυρότητα της σύμβασης, δεν γεννάται έναντι της Διοίκησης αξίωσή του, κατά τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού ή η εν λόγω αξίωσή του ικανοποιείται μόνο εν μέρει. 2. Η ΑΕΠΠ εκτιμώντας το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, τη σοβαρότητα της παράβασης και τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής, μπορεί να κηρύξει την ακυρότητα μόνο του ανεκτέλεστου τμήματος της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή, η ΑΕΠΠ, λαμβάνοντας υπόψη τη σοβαρότητα της παράβασης, τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής και τη διάρκεια της σύμβασης επιβάλλει πρόστιμο στην αναθέτουσα αρχή, το ύψος του οποίου καθορίζεται στη σχετική απόφαση και δεν μπορεί να υπερβαίνει το

10% της αξίας της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Με ειδική απόφαση της ΑΕΠΠ, το πρόστιμο περιέρχεται στον αιτούντα».

15. Επειδή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 364 παρ.1 του ν.4412/2016 η προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της καθώς και η προθεσμία για την άσκηση προσωρινών μέτρων κωλύουν την σύναψη της σύμβασης με εξαίρεση τις περιπτώσεις, που προβλέπονται στο άρθρο 364 παρ.2 του ν.4412/2016, μεταξύ των οποίων και η περίπτωση της έκδοσης πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος χωρίς τη δημοσίευση προκήρυξης. Περαιτέρω, στο άρθρο 368 του ίδιου νόμου προβλέπονται οι λόγοι για τους οποίους μπορεί να κηρυχθεί η ακυρότητα υπογραφείσας σύμβασης, οι οποίοι απαριθμούνται περιοριστικά. Μεταξύ αυτών περιλαμβάνεται και η παραβίαση της υποχρέωσης αναστολής της σύναψης συμβάσεως σύμφωνα με το άρθρο 364 του ανωτέρω νόμου. Ειδικότερα, όπως συνάγεται από τις παραπάνω διατάξεις, η παραβίαση της υποχρέωσης αναστολής της σύναψης συμβάσεως, που συνεπάγεται η προθεσμία και η άσκηση της προσφυγής και της αίτησης αναστολής, αφενός μεν συνιστά λόγο ακυρότητας της συναφθείσας σύμβασης, εφόσον ο ενδιαφερόμενος στερήθηκε με την ως άνω παραβίαση τη δυνατότητα ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή ή αίτηση αναστολής αφετέρου δε η διαδικαστική αυτή παραβίαση συνδέεται με παραβίαση της ουσιαστικής νομοθεσίας που διέπει τη διαδικασία ανάθεσης, που είχε σαν αποτέλεσμα να επηρεασθούν οι πιθανότητες του ενδιαφερόμενου να του ανατεθεί η σύμβαση (ΔΕΦΠειρΝ6/2021, ΕΑ ΣΤΕ 17/2018).

16. Επειδή, περαιτέρω, όπως γίνεται παγίως δεκτό, διαδικασία με διαπραγμάτευση μπορεί να κινείται μόνο στις περιπτώσεις που απαριθμούνται περιοριστικά στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18 (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον), ενώ η διαδικασία αυτή έχει εξαιρετικό χαρακτήρα σε σχέση με την ανοικτή και με την κλειστή διαδικασία (Απόφαση της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA, C-19/13, EU:C:2014:2194, σκ. 49 και απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-292/07, EU:C:2009:246, σκέψη 106 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Συνεπώς, κατά την έννοια του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24 για τη σύναψη συμβάσεων, που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό

πεδίο της Οδηγίας (και κατ' επέκταση του Ν. 4412/2016), θα πρέπει κατά κανόνα να διενεργείται ανοιχτός ή κλειστός διαγωνισμός (ΕΛΣυν 88/2007, 15/2008, 74/2008 και 77/2008 Πράξεις VI Τμ.), ενώ η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, όταν έκτακτη και φανερά κατεπείγουσα ανάγκη καθιστά αδύνατη τη διενέργεια διαγωνισμού, εισάγει αναμφίβολα εξαίρεση από την κανονική διαδικασία ανάθεσης και πρέπει να ερμηνεύεται στενά, καθ' όσον με την εφαρμογή της υφίσταται παρέκκλιση από τη διαφανή διαγωνιστική διαδικασία, η οποία αποτελεί κατά την πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη τον κανόνα και προάγει τον ανταγωνισμό στο πλαίσιο της αρχής της διαφάνειας, της αποφυγής των διακρίσεων, της καταπολέμησης της διαφθοράς και της ισότητας των φυσικών και νομικών προσώπων έναντι του νόμου (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 1 και 90 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι κατά το άρθρο 28 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 22 του π.δ. 60/2007 και πλέον άρθρο 26 του ν. 4412/2016 και άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές είναι υποχρεωμένες να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους κάνοντας χρήση είτε της ανοικτής ή της κλειστής διαδικασίας είτε, σε ιδιαίτερες περιπτώσεις τις οποίες προβλέπει ρητώς το άρθρο 29 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 30 του ν. 4412/2016 και άρθρο 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), του ανταγωνιστικού διαλόγου είτε ακόμη σε ειδικές περιπτώσεις, οι οποίες ορίζονται ρητώς στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας αυτής (άρθρο 32 του ν. 4412/2016 και άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), της διαδικασίας με διαπραγμάτευση. Η Οδηγία αυτή δεν επιτρέπει τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων με άλλες διαδικασίες (Απόφαση της 10ης Δεκεμβρίου 2009, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, C-299/08, ΕΥ:C:2009:769, σκ. 29). Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αιτιολογεί την επιλογή του εξαιρετικού αυτού νομικού πλαισίου, η εισαγωγή του οποίου στην έννομη τάξη δικαιολογείται ως ειδική επιλογή, που αποκλίνει από τον κανόνα, προκειμένου να υπηρετηθεί σε ορισμένη χρονική και χωρική συγκυρία το δημόσιο συμφέρον, όταν εξαιτίας έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης, η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαγωνιστική διαδικασία θα έθετε σε κίνδυνο υπέρτερα δημόσια αγαθά, όπως ιδίως η δημόσια υγεία, η δημόσια ή

Αριθμός απόφασης: 1225/2023

εθνική ασφάλεια κλπ. (βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 193/2010). Εξάλλου, έχει κριθεί, (ενδεικτικά ΕλΣυν 1227/2016 VI Τμ., ΔΕΦΑΘ (Ασφ) 247/2013) ότι για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, ως τέτοιου νοουμένου εκείνου που προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ζωής, β) η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, γ) η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης, δ) η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη (όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και η γενικότερη αβελτηρία της, βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010) και τέλος, ε) η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο (ΣΤΕ 1987 /2021, ΕλΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕλΣυν 247, 249/2010 Πράξεις του VI Τμ.). Ο έλεγχος της αιτιολόγησης της επιλογής της εξαιρετικής, κατ' απόκλιση από τον γενικό κανόνα, διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, όταν η τελευταία ερείδεται στη συνδρομή της έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης του άρθρου 32 παρ. 2 γ), ενεργείται υπό την προαναφερθείσα παραδοχή ότι η ανάγκη αυτή δημιουργείται ως συνέπεια επείγοντος γεγονότος. Ως τέτοιο νοείται αιφνίδιο πραγματικό γεγονός, το οποίο αντικειμενικά (κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και σύμφωνα με τους κανόνες επιμελούς διαχείρισης των υποθέσεων του μέσου συνετού κοινωνού) δεν θα ήταν δυνατό να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί με μέτρα πρόληψης και αποφυγής του έγκαιρα και λυσιτελώς. Συνεπώς, εάν το πραγματικό γεγονός, στο οποίο κατά την αναθέτουσα αρχή ερείδεται η επιλογή της μη κανονικής, εξαιρετικής εκτός διαγωνισμού διαδικασίας δεν είναι αιφνίδιο ή/και μπορούσε να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί έγκαιρα, καθώς και εάν η αντιμετώπισή του οφείλεται σε ίδιο ππαίσμα της αναθέτουσας αρχής, η παρέκκλιση από τον κανόνα της διενέργειας διαγωνισμού είναι μη νόμιμη (Γνμδ. ΝΣΚ 125/2006, 223/2008, ΕλΣυν Πράξη 1/2008 VI Τμ.).

17. Επειδή, στη συγκεκριμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή με την με αριθμό πρωτ. ... απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής της, αφού έλαβε υπόψη: «[...]7. Την Διακήρυξη υπ' αριθμ. ... (Αρ. πρωτ...) Ανοικτού Μειοδοτικού Διαγωνισμού μέσω ΕΣΗΔΗΣ Για την ... (ΑΔΑΜ ...)[...] 9. Το υπ' αριθμ. ... Πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης Προσφορών 10. Την υπ' αριθμ ... Απόφαση της ... περί Κήρυξη ανοικτού μειοδοτικού διαγωνισμού ως άγονου (ΑΔΑ...)ΑΔΑ: ... [...] 12. Το γεγονός ότι δεν υπεβλήθη καμία προσφορά[...]13. Το άρθρο 32 παρ. 2 εδαφ. α' περί «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» και το άρθρο 269 παρ. α' του Ν. 4412/2016 περί «Χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση». 14. Την αναγκαιότητα περί απόφαση έγκρισης διεξαγωγής της διαδικασίας σε διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση[...]» και την εισήγηση του Προέδρου, σύμφωνα με την οποία: «Α. Την παρούσα στιγμή κρίνεται απολύτως απαραίτητη η διενέργεια της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης (Άρθρο 32, παρ. 2, περ. γ') ώστε να παρασχεθούν άμεσα οι εν λόγω υπηρεσίες οφειλόμενης στο γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορούσε να προβλέψει ότι δεν θα υποβαλλόταν καμία προσφορά στον αρχικό διαγωνισμό, γεγονός μη σύνηθες Η κατεπείγουσα ανάγκη προκύπτει από το γεγονός ότι η αναθέτουσα θα πρέπει να ενημερώσει τα Ως εκ τούτου οι προθεσμίες είναι εξαιρετικά πιεστικές, καθώς σύντομα τα ..., ενέκρινε τη διεξαγωγή της διαδικασίας σε διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σχετικά με τη ...

Σε συνέχεια της ανωτέρω απόφασης, εκδόθηκε η Πρόσκληση ... για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, με το ως άνω αντικείμενο. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε τη διεξαγωγή της διαδικασίας χωρίς την χρήση του ΕΣΗΔΗΣ, επικαλούμενη την εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32^Α παρ. 1 περ.β', δηλαδή λόγω του επείγοντα χαρακτήρα αυτής και ανήρτησε την Πρόσκληση στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ ...

18. Επειδή από την ανωτέρω αιτιολογία, που διέλαβε η αναθέτουσα αρχή για την προσφυγή της στην ανωτέρω εξαιρετική διαδικασία, δεν προκύπτει, καταρχήν, η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος. Ως τέτοιο γεγονός άλλωστε δεν νοείται η μη υποβολή προσφοράς στον αρχικό

διαγωνισμό. Και τούτο, διότι, όπως έχει κριθεί, η μη υποβολή προσφορών και η κήρυξη ενός διαγωνισμού ως άγονου ή η ματαίωση αυτού ή/και οι όποιες καθυστερήσεις προκύπτουν για διάφορους λόγους στους διαγωνισμούς (λ.χ λόγω της άσκησης προσφυγών κλπ) δεν συνιστά απρόβλεπτη περίσταση, δηλαδή έκτακτο και ασυνήθιστο γεγονός, που αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθεί σύμφωνα με τους κανόνες της ανθρώπινης πείρας και λογικής κατά τον προγραμματισμό των σχετικών προμηθειών, αλλά εξέλιξη πιθανή και συνήθη. Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι η τήρηση χρονοβόρων, ενδεχομένως, διαδικασιών διενέργειας διαγωνισμών ανάθεσης υπηρεσιών δεν συνιστά απρόβλεπτη περίσταση, η οποία καθιστά επείγουσα την ανάγκη απευθείας ανάθεσης των σχετικών υπηρεσιών μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης (βλ. ενδεικτικά ΕΛΣυν πράξεις VI Τμ. 91/2007). Πολύ περισσότερο που στην υπό κρίση περίπτωση προκύπτει πταίσμα της αναθέτουσας αρχής αναφορικά με την απρόβλεπτη, όπως επικαλείται, κατάσταση της μη υποβολής προσφορών. Ειδικότερα, όπως με σαφήνεια προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σχετικά με τον διαγωνισμό, που εκκίνησε με την ... διακήρυξη ανοικτού διαγωνισμού για την σχετική ... (αρ. ΕΔΗΔΗΣ...), στις 19-04-2023 η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ την από 7-04-2023 απόφασή της για την παράταση της υποβολής προσφορών, από την 7-04-2023, που ήταν η (αρχική) καταληκτική προθεσμία υποβολής των προσφορών, έως την 13-04-2023 και ώρα 23:59:59. Συνεπώς, οι ενδιαφερόμενοι να υποβάλλουν προσφορά δεν ενημερώθηκαν έγκαιρα για την παράταση της διαδικασίας, αλλά σε χρόνο μετά την καταληκτική προθεσμία υποβολής των προσφορών, ώστε εν τοις πράγμασι δεν είχαν την δυνατότητα να υποβάλλουν προσφορά. Συναφώς έχει κριθεί ότι παραλείψεις ή καθυστερήσεις της αναθέτουσας αρχής να προγραμματίσει και να προβεί έγκαιρα στις απαιτούμενες ενέργειες σύναψης της σύμβασης (π.χ. καθυστέρηση στην εκκίνηση ή στην διενέργεια της διαδικασίας), παρά τη διαπίστωση της ανάγκης, δεν μπορούν να στοιχειοθετήσουν κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε απρόβλεπτο γεγονός (ΔΕΚ C-394/02 σκ. 44, C-275/08, σκ. 72 και Υπόθεση 194/88 R La Spezia). Περαιτέρω, ούτε η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης, μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, μπορεί να

υποστηριχθεί ότι συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι η αναθέτουσα αρχή κατά το χρονικό διάστημα από την κήρυξη ως άγονης της αρχικής διαδικασίας, που εκκίνησε δυνάμει της ... διακήρυξης στις 13-04-2023 (βλ. την υπ' αριθμ. ... απόφασή της) μέχρι την έκδοση της υπό κρίση Πρόσκλησης στις 10-5-2023, δηλαδή κατά τη διάρκεια ενός σχεδόν μηνός, είχε τη δυνατότητα να κάνει χρήση άλλων δυνατοτήτων, όπως της δυνατότητας σύντμησης της προθεσμίας για την ανοιχτή διαδικασία, σύμφωνα με το άρθρο 121 παρ. 1 α) του ν. 4412/2016, εξασφαλίζοντας τη βραχύχρονη προθεσμία των δέκα (10) ημερών από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. και έτσι κατ' αποτέλεσμα, να επιτύχει καλύτερους χρόνους διεξαγωγής της διαδικασίας, από τους αντίστοιχα απαιτούμενους για τη διαπραγμάτευση του άρθρου 32 παρ. 2 γ), χωρίς να χρειαστεί ο περιορισμός των εν δυνάμει υποψηφίων συμμετεχόντων. Σε αυτή τη διαδικασία μπορεί η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή να προσφύγει σε περιπτώσεις κατεπείγουσας κατάστασης, σε αντίθεση με την, όλως εξαιρετική, περιοριστική σε μεγάλο βαθμό του ανταγωνισμού και με σημαντική περιστολή των διαδικασιών δημοσιότητας και διαφάνειας, διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, η εφαρμογή της οποίας είναι επιτρεπτή μόνο υπό τις αυστηρές και περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις των συγκεκριμένων διατάξεων, οι οποίες την προβλέπουν (πρβλ. ΔΕΕ C- 352/12, σκ. 52, C-126/03, σκ. 23, C-24/91 σκ. 14 και C-107/92 σκ. 13). Ενόψει της ως άνω παραδοχής, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν απέδειξε με πλήρη βεβαιότητα, την αδυναμία τήρησης εκ μέρους της των σχετικών προθεσμιών εξασφαλίζοντας μια πιο ανταγωνιστική διαδικασία. Πολύ περισσότερο, που στη συγκεκριμένη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει να θεμελιώσει τον κατεπείγοντα χαρακτήρα της διαδικασίας στην επικείμενη λήξη της ... η οποία σημειωτέον θα ελάμβανε χώρα 8 ημέρες μετά την δημοσίευση της Πρόσκλησης (10-05-2023) και 2 ημέρες πριν την υπογραφή της σύμβασης (16-05-2023), ενώ, όπως όλως αντιφατικά προκύπτει από την ίδια την Πρόσκληση, οι ... θα πραγματοποιούνταν ανεξαρτήτως της ... και πάντως μετά τη λήξη αυτής, ως ακολούθως: ... (βλ. σελ. 17 της Πρόσκλησης).

19. Επειδή, ακόμη εν προκειμένω δεν τυγχάνει εφαρμογής η διάταξη της περ. β' της παρ. 2 του άρθρου 364 του ν.4412/2016, δηλαδή της

εξαίρεσης από την υποχρεωτική αναστολή των περιπτώσεων υποβολής μόνο μίας προσφοράς στον διαγωνισμό, καθώς αυτή, όπως προκύπτει από τη ... της διάταξης, αφορά τις πράξεις αξιολόγησης των προσφορών και των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι την προθεσμία προσβολής της Πρόσκλησης και κάθε εκτελεστής πράξης που δεν προϋποθέτει την υποβολή προσφοράς.

20.Επειδή, από τα ανωτέρω εκτεθέντα προκύπτει ότι δεν συντρέχουν εν προκειμένω οι αυστηρές και περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2 γ) του ν. 4412/2016 για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της ανάθεσης σύμβασης με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, η προσβαλλόμενη σύμβαση είναι ακυρωτέα λόγω μη τήρησης της υποχρέωσης αναστολής σύναψης της σύμβασης, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή και να ακυρωθεί η με αριθμ. ... σύμβαση, που συνήψε η αναθέτουσα αρχή με τον οικονομικό φορέα ... , με αντικείμενο τη ... 22. Επειδή, συνεπώς η προσφυγή γίνεται δεκτή κατά το κύριο αίτημά της, απορριπτομένου του επικουρικού λόγου αυτής, αφού άλλωστε δεν προκύπτουν επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος, οι οποίοι επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης (βλ. άρθρο 370 παρ. 1 του ν.4412/2016). Επιπλέον, ενόψει της υποχρεωτικής εκ του νόμου αναστολής εκτέλεσης της σύμβασης (βλ. άρθρο 369 παρ. 4 του ν.4412/2016) από την ημερομηνία άσκησης της προσφυγής κατ'αυτής την 1-06-2023, προκύπτει ότι η σύμβαση δεν έχει εκτελεστεί κατά το κύριο μέρος της και, επομένως, δεν συντρέχει περίπτωση ακύρωσης μόνο του ανεκτέλεστου υπολοίπου και επιβολής προστίμου στην αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με το άρθρο 371 παρ. 2του ν.4412/2016.

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 1225/2023

Ακυρώνει την με αριθμ. ... σύμβαση, που συνήψε η αναθέτουσα αρχή με τον οικονομικό φορέα ... με αντικείμενο τη ... Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17-07-2023 και εκδόθηκε στις 5-09-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ