

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.09.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1433/22.09.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» και δη κατά της με αριθ. 14/18.09.2023 απόφασης και της με αριθ. πρωτ. «...» πρόσκλησης της ως άνω αναθέτουσας αρχής προς τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» για την υποβολή οικονομικής προσφοράς και δικαιολογητικών κατακύρωσης, στο πλαίσιο προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση, κατ' άρθρο 32 παρ. 2 γ' του ν. 4412/2016, με σκοπό τη σύναψη σύμβασης υπηρεσιών «...», για χρονικό διάστημα δύο (2) μηνών, από 01.10.2023 έως 30.11.2023, ποσού 190.000€ πλέον ΦΠΑ 24%.

Της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην «...», η οποία άσκησε την από 29.09.2023 παρέμβασή της, επί σκοπώ απόρριψης της προσφυγής και διατήρησης ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο ποσό παραβόλου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ύψους 950,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και

Αριθμός απόφασης: 1668/2023

την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, η προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώως. Επέκεινα, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώως, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 7 του π.δ. 39/2017 και του άρθρου 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016, ασκεί την παρέμβαση της η ανωτέρω ατομική επιχείρηση, δοθέντος ότι προσκλήθηκε από την αναθέτουσα αρχή προς σύναψη σύμβασης, στο πλαίσιο προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση, κατ' άρθρο 32 παρ. 2 υποπερ. γ' του ν.4412/2016, και ευλόγως επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος αυτής. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή διά του με αριθμ. πρωτ. 12816/04.10.2023 εγγράφου της, διατυπώνει τις απόψεις της επί της υπό κρίση προσφυγής, η δε προσφεύγουσα, υποβάλλει το υπόμνημά της επί των ως άνω απόψεων και της ασκηθείσας παρέμβασης.

4. Επειδή, με την με αριθμ. πρωτ. «...» πρόσκληση με θέμα «Διαπραγμάτευση βάσει του άρθρου 32 Α του 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει για την «...» με Πρόσκληση στην εταιρεία «...» και δ.τ. («...») για το χρονικό διάστημα από 01.10.2023 έως 30.11.2023» κλήθηκε προς υποβολή προσφοράς ο οικονομικός φορέας «...» με τον διακριτικό τίτλο «...», για την παροχή υπηρεσιών «...», εκτιμώμενου προϋπολογισμού 190.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και για χρονικό διάστημα δύο μηνών, από 01.10.2023 έως 30.11.2023. Από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή, διά της με αριθ. «...» διακήρυξης της είχε προκηρύξει ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων, για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών «...», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) μηνών, εκτιμώμενου

Αριθμός απόφασης: 1668/2023

προϋπολογισμού 618.967,74 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν, μεταξύ άλλων, οι ώδε προσφεύγουσα και ώδε παρεμβαίνουσα εταιρείες. Δυνάμει της με αριθ. 14/24.02.2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η προσφεύγουσα εταιρεία, ως έχουσα προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή, με επόμενους κατά τη σειρά μειοδοσίας, τους εξής οικονομικούς φορείς: «...», «...», «...», «...» και «...». Κατά της ως άνω απόφασης της αναθέτουσας αρχής ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ και, εν συνεχεία, κατά της εκδοθείσας απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, αιτήσεις αναστολής και ακυρώσεως ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου «...», ενώ, ομοίως, εναντίον επόμενης πράξης της Διοίκησης ασκήθηκε εκ νέου προδικαστική προσφυγή και ακολούθως αίτηση ακυρώσεως κατά της αντίστοιχης απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ. Η σχετική με την υπό ανάθεση σύμβαση αντιδικία περατώθηκε με την υπ' αριθ. 184/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου «...», δυνάμει της οποίας οριστικοποιήθηκε η ανάδειξη της ώδε προσφεύγουσας εταιρίας ως προσωρινής αναδόχου. Κατόπιν της ως άνω απόφασης του Διοικητικού Εφετείου, εκδόθηκε η με αριθ. 31/15.09.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, διά της οποίας αναδείχθηκε η ώδε προσφεύγουσα εταιρεία οριστική ανάδοχος. Μετά την ολοκλήρωση δε, του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο υπογράφηκε η με αριθ. «...» σύμβαση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της προσφεύγουσας εταιρίας, όπου ορίζεται ότι θα είναι διάρκειας ενός (1) έτους, με χρόνο έναρξης ισχύος την υπογραφή τροποποιητικής σύμβασης για την αναπροσαρμογή του εργατικού κόστους βάσει της ισχύουσας νομοθεσίας για τα κατώτατα όρια αποδοχών, σύμφωνα με τη σχετική απόφαση του Δ.Σ. του «...» και κατόπιν έγκρισης του σχεδίου της τροποποίησης από το Ελεγκτικό Συνέδριο. Μετά την υποβολή του σχεδίου της τροποποιητικής σύμβασης στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ωστόσο, εκδόθηκε η υπ' αριθ. 29/2023 πράξη της Επιτρόπου του Ε.Σ., με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος σχεδίου τροποποιητικής σύμβασης, πράξη η οποία κοινοποιήθηκε στις 18.07.2023 στην αναθέτουσα αρχή. Εν συνεχεία, διά της με αριθμ. πρωτ. «...» πρόσκλησής της, η αναθέτουσα αρχή, ύστερα από την με αριθμ. 14/18.09.2023 σχετική απόφαση της, προέβη στην κλήση της ώδε παρεμβαίνουσας προς διαπραγμάτευση

Αριθμός απόφασης: 1668/2023

βάσει του άρθρου 32Α του ν. 4412/2016, για τη σύναψη σύμβασης υπηρεσιών «...», για δύο (2) μήνες, ήτοι έως την 30.11.2023. Προσέτι, η ώδε προσφεύγουσα, ως δραστηριοποιούμενη στην οικεία αγορά, έχοντας αναδειχθεί οριστική ανάδοχος στο πλαίσιο της με αρ. «...» διακήρυξης για την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία και έχοντας συνεπώς πρόδηλο ενδιαφέρον για την ανάληψη των υπό ανάθεση υπηρεσιών, μετ' εννόμου συμφέροντος, ασκεί τη προσφυγή της κατά της ως άνω προσβαλλομένης, καθ' ο μέρος αφορά στην πρόσκληση της ώδε παρεμβαίνουσας και μόνο, κατά κακή ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, ισχυριζόμενη ειδικότερα ότι δεν συνέτρεχαν οι προβλεπόμενες από το άρθρο 32 παρ. 2 γ' του ν. 4412/2016 προϋποθέσεις προκειμένου για την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

5. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 32 του ν. 4412/2016" Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) ΦΕΚ Α' 200/24.10.16" με τίτλο «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» προβλέπεται: «1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση 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' [...] β) εάν τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για οποιονδήποτε από τους κατωτέρω λόγους: αα) ..., ββ) ..., γγ) ... Οι εξαιρέσεις που ορίζονται στις υποπεριπτώσεις ββ' και γγ' εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή

Αριθμός απόφασης: 1668/2023

υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης· 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.» Περαιτέρω, στο άρθρο 32Α του ίδιου ως άνω νόμου με τίτλο «Ρύθμιση ζητημάτων προσφυγής σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» ορίζεται: «1. Εξαιρούνται της υποχρεωτικής εφαρμογής της παρ. 1 του άρθρου 22, περί κανόνων που εφαρμόζονται στις επικοινωνίες, του άρθρου 36, περί υποχρέωσης χρήσης και λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, της παρ. 1 του άρθρου 72, περί εγγυήσεων, και των παρ. 1 έως 4 του άρθρου 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, οι ακόλουθες περιπτώσεις του άρθρου 32, περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση: α) όπου η δυνατότητα ανάθεσης περιορίζεται σε έναν προκαθορισμένο συμμετέχοντα, σύμφωνα με την περ. β' της παρ. 2, την παρ. 3, την περ. β' της παρ. 4 και την παρ. 6, β) όπου η ανάθεση έχει επείγοντα χαρακτήρα σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 2, ή γ) όπου η συναλλαγή αφορά σε προμήθεια αγαθών που είναι εισηγμένα και αγοράζονται σε χρηματιστήριο εμπορευμάτων σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 4. 2. Στις περιπτώσεις του άρθρου 32, περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, η διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης διεξάγεται σύμφωνα με όσα ορίζονται στους όρους της πρόσκλησης, όπου υπάρχει, και η αξιολόγηση των προσφορών μπορεί να γίνεται σε ενιαίο στάδιο με την ανάθεση της σύμβασης. Η διαδικασία της διαπραγμάτευσης γίνεται από γνωμοδοτικό όργανο, το οποίο συγκροτείται από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 221, περί οργάνων διενέργειας ανάθεσης και εκτέλεσης δημόσιων συμβάσεων, και εισηγείται προς το αποφαινόμενο όργανο για κάθε θέμα που ανακύπτει κατά την ανάθεση της σύμβασης. Ειδικά στην περίπτωση που συντρέχουν οι περιστάσεις της περ. β' της παρ. 1 ως γνωμοδοτικό όργανο μπορεί να

Αριθμός απόφασης: 1668/2023

ορίζεται και η αρμόδια υπηρεσία της αναθέτουσας αρχής. 3. Στην περ. γ' της παρ. 1 δεν απαιτείται προηγούμενη πρόσκληση και η διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης διεξάγεται με βάση τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της συναλλαγής.»

6. Επειδή, εξάλλου, ως γίνεται δεκτό, η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στο νόμο περιπτώσεις (βλ. σχετικώς ΔΕΕ, απόφαση της 8ης Απριλίου 2008, C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56). Οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από την βασική ρύθμιση, ήτοι 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 συσταλτικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η οδηγία 2004/18/ΕΚ να μην απολέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ενδεικτικά Δ.Ε.Ε., αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C57/94, 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, σκέψη 13 και της 13ης Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48). Το βάρος δε, αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών (βλ. υπό το πνεύμα αυτό Δ.Ε.Ε., αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, C-57/94, σκέψη 23, C-318/94, σκέψη 14, 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

Αριθμός απόφασης: 1668/2023

Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2 ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33). Ειδικότερα ως προς την εφαρμογή του άρθρου 32 περ. 2 υποπερ. γ' του ν. 4412/2016 πρέπει να πληρούνται οι ακόλουθες σωρευτικές προϋποθέσεις: (i) ύπαρξη απροβλέπτου γεγονότος, (ii) ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες και (iii) ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του απροβλέπτου γεγονότος και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει. Ως απρόβλεπτες περιστάσεις νοούνται γεγονότα που υπερβαίνουν κατά πολύ τον συνήθη ρου του οικονομικού και κοινωνικού βίου, όπως λ.χ. οι θεομηνίες (πλημμύρες, σεισμοί κλπ.), οι οποίες καθιστούν κατεπειγόντως απαραίτητη την παράδοση διαφόρων προμηθειών στους πληγέντες (βλ. Ευ. Κουτούπα - Ρεγκάκου, Δημόσιες Συμβάσεις και Κοινωνικό Δίκαιο, Εκδ. Σάκουλα 1995, σ. 82-83). Σημειωτέον ότι η προσφυγή στη διαδικασία αυτή νομιμοποιείται μόνο για τις ποσότητες εκείνες και για το χρονικό εκείνο διάστημα που είναι πράγματι αναγκαίο για την άμεση αντιμετώπιση της έκτακτης περίπτωσης. Γίνεται περαιτέρω δεκτό, σύμφωνα με τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ότι, η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία. Περαιτέρω, νομολογιακώς γίνεται δεκτό, ότι απρόβλεπτες περιστάσεις είναι τα γεγονότα που δεν μπορούν αντικειμενικά με βάση τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής να προβλεφθούν, είναι δε ανεξάρτητα της βούλησης της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να απορρέουν από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας αυτής (βλ. ενδεικτικά ΕΣ Τμ. VI 91, 105, 171, 191, 200, 205 και 214/2007, 15 και 74/2008). Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι δεν θεωρούνται απρόβλεπτα γεγονότα, εκτός της σφαιράς της αναθέτουσας αρχής, οι διαφορές που αναφύονται κατά τη διαγωνιστική διαδικασία, που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων και οι οποίες επιλύονται με την τήρηση της εκ του νόμου προβλεπόμενης ενδικοφανούς και ένδικης διαδικασίας, στα πλαίσια της προάσπισης των σχετικών συμφερόντων των διαγωνιζομένων. Ως εκ τούτου, η τήρηση χρονοβόρων, ενδεχομένως, διαδικασιών διενέργειας διαγωνισμών, εξαιτίας της υποβολής προσφυγών και αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων εκ

Αριθμός απόφασης: 1668/2023

μέρους των συμμετεχόντων σε διαγωνισμό, δε συνιστά απρόβλεπτη περίσταση καθιστάμενης ούτως επείγουσας της ανάγκης προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης. Συναφώς ούτε γεγονότα, όπως η προσεχή λήξη ισχύος των συμβάσεων των υπό ανάθεση υπηρεσιών, ούτε η ανάγκη παροχής των σχετικών υπηρεσιών για την εύρυθμη λειτουργία του φορέα μπορούν να χαρακτηριστούν απρόβλεπτες περιστάσεις (βλ. ΕΣ Τμ. VI 93/2011, 91/2007, Κλ. Ζ 264/2010, Κλ. ΣΤ 205/2007, Τμ. VI 19/2009). Επίσης, λόγος κατεπείγοντος δεν στοιχειοθετείται, αν λόγω παραλείψεων ή ελλείψεων προγραμματισμού και επιμέλειας της αναθέτουσας αρχής καθυστέρησε η έναρξη της διαδικασίας διαγωνισμού. Ομοίως δε, δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί απρόβλεπτο γεγονός η πλήρωση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής αν από καιρού γνώριζε τη λήξη προηγούμενων συμβάσεων και υπήρχε η δυνατότητα έγκαιρης διενέργειας διαγωνισμού. Τονίζεται επιπλέον ότι οι παρεκκλίσεις από την κανονική διαδικασία δεν μπορούν να ισχύσουν όταν οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν επαρκή χρόνο για την τήρηση της ταχείας κλειστής διαδικασίας (Δ.Ε.Ε. C-107/92, σκέψεις 9 και 13, όπου κρίθηκε ότι δεν συνέτρεχε κατεπείγον γιατί μεσολάβησαν τρεις μήνες από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή).

7. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της προκείμενης υπόθεσης σε συνδυαστική εφαρμογή με το εφαρμοσθέν νομοθετικό πλαίσιο, ως παρατέθηκε στις προηγούμενες σκέψεις της παρούσας, συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή, προέβη διά του με αριθμ. πρωτ. «...» εγγράφου της, σε πρόσκληση της ώδε παρεμβαίνουσας, σε διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την παροχή υπηρεσιών «...» για το χρονικό διάστημα από 1.10.2023 έως 30.11.2023, στο ποσό των 190.000 € πλέον ΦΠΑ 24%, κατ' εφαρμογή του άρθρου 32 παρ. 2 γ' του ν. 4412/2016, ισχυριζόμενη, διά της συμπληρωματικής της αιτιολογίας, ως αποτυπώνεται στο έγγραφο των απόψεων της, ότι συντρέχει περίπτωση κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή. Εντούτοις, από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η ως άνω πρόσκληση καθώς και η από 18.09.2023 απόφαση της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: 1668/2023

αρχής προς προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση εντάσσεται στο πλαίσιο της προκήρυξης των απαιτούμενων υπηρεσιών «...» της αναθέτουσας αρχής ήδη διά της με αρ. «...» σχετικής διακήρυξης. Ως δε προελέχθη και έχει κριθεί, απρόβλεπτα γεγονότα, εκτός της σφαίρας επιρροής και ευθύνης της αναθέτουσας αρχής, δεν θεωρούνται οι διαφορές που αναφύονται κατά τη διαγωνιστική διαδικασία, που προηγείται της σύναψης συμβάσης, οι οποίες επιλύονται με την τήρηση της εκ του νόμου προβλεπόμενης ενδικοφανούς και ένδικης διαδικασίας, στο πλαίσιο της προάσπισης των σχετικών συμφερόντων των διαγωνιζομένων, ούτε όμως και η τήρηση χρονοβόρων διαδικασιών διενέργειας διαγωνισμών, εξαιτίας της υποβολής προσφυγών και αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων εκ μέρους των συμμετεχόντων σε διαγωνισμό, συνιστά απρόβλεπτη περίσταση καθιστάμενης ούτως, επείγουσας της ανάγκης προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης. Εν προκειμένω και όπως συνάγεται από το ιστορικό της υπόθεσης ως παρατίθεται στη σκέψη 4 της παρούσας, εμφανίζεται ότι από την 25.01.2023 είχε συναφθεί σύμβαση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της προσφεύγουσας εταιρίας και αναμενόταν η έγκριση του σχεδίου της τροποποίησης για την αναπροσαρμογή του εργατικού κόστους βάσει της ισχύουσας νομοθεσίας για τα κατώτατα όρια αποδοχών από το Ελεγκτικό Συνέδριο. Εντούτοις, στις 18.07.2023 και διά της με αρ. 29/2023 πράξης της Επιτρόπου του ΕΣ γνωστοποιήθηκε στα μέρη ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος σχεδίου τροποποιητικής σύμβασης. Στην εν λόγω πράξη διατυπώνονται, μεταξύ άλλων, ρητώς, τα εξής: «...α) η ανάγκη τροποποίησης δεν προέκυψε λόγω περιστάσεων που ήταν αδύνατον να προβλεφθούν από μία επιμελή αναθέτουσα αρχή, καθώς η αύξηση του εργατικού κόστους ήταν ήδη γνωστή από το 2019 (αριθμ. οικ. 4241/127/30.1.2019 Απόφαση του Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης ΦΕΚ 173 Β') , αλλά και από το 2022 (αριθμ. οικ. 38866/21.4.2022 Απόφαση του Υπουργού Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων ΦΕΚ 2030 Β), ενώ η αρχική σύμβαση υπεγράφη στις 25.1.2023, δηλαδή πολύ μεταγενέστερα των παραπάνω αναπροσαρμογών του εργατικού κόστους. Επομένως, επρόκειτο για γεγονότα γνωστά και όχι απρόβλεπτα, τα οποία η Διοίκηση όσο και η

Αριθμός απόφασης: 1668/2023

ανάδοχος εταιρεία γνώριζαν, αλλά δεν ακολουθήθηκε η προβλεπόμενη από το Νόμο διαδικασία (επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού με προσαρμογή των τιμών στα νέα δεδομένα.). Μάλιστα, στο τέλος του άρθρου 1ου, στη σελίδα 30 της σύμβασης (και αντίστοιχα σελ.87 της Διακήρυξης), κάτω από τον Πίνακα αμοιβής της αναδόχου εταιρείας, βάσει της οικονομικής προσφοράς της, αναφέρεται ότι: «3. Το μηνιαίο-ετήσιο τίμημα παροχής της Υπηρεσίας «...» παραμένει σταθερό μέχρι τη λήξη της σύμβασης.... Και δεν υπόκειται σε καμία αναπροσαρμογή ή αύξηση, λόγω ανατίμησης στην αγορά, η για οποιοδήποτε λόγο ή αιτία ... εκτός ειδικών και έκτακτων περιπτώσεων (όπως π.χ. αλλαγή των κατώτατων νόμιμων βασικών αποδοχών, είτε αύξηση είτε μείωση αυτών » και τέλος αμέσως παρακάτω (σελ. 31 της σύμβασης και αντίστοιχα σελ. 88 της Διακήρυξης) ορίστηκε ότι «6. Οποιαδήποτε μεταβολή στην ισχύουσα νομοθεσία που διέπει την παρούσα σύμβαση αφενός είναι δεσμευτική για τον ανάδοχο, ο οποίος οφείλει να την εφαρμόσει άμεσα, αφετέρου δεν δύναται σε καμία περίπτωση η μεταβολή αυτή να προκαλέσει οποιαδήποτε πρόσθετη οικονομική επιβάρυνση για το «...». Επομένως, το «...» δεν δύναται να επιβαρυνθεί με το επιπλέον εργατικό κόστος, καθόσον δεν επρόκειτο για ένα έκτακτο ή ειδικό γεγονός αλλά ήταν κάτι γνωστό εκ των προτέρων (βλ. σελ. 15 της αριθμ, Α184/15.4.2022 Απόφαση Διοικητικού Εφετείου «...») και η Διοίκηση όφειλε να προβεί στις προβλεπόμενες από τη νομοθεσία ενέργειες. Το «...» γνώριζε την επικείμενη αύξηση του εργατικού κόστους, η οποία έλαβε χώρα από το 2019 (ΦΕΚ 173 Β') αλλά και από το 2022 (ΦΕΚ 2030 Β1). Όφειλε δε εκ του γεγονότος αυτού, να προβεί εγκαίρως στις ενέργειες εκείνες που θα επέτρεπαν τη διενέργεια του διαγωνισμού με επικαιροποιημένα τα δεδομένα του εργατικού κόστους, καθόσον οι υποβληθείσες προσφορές ήταν ανεπίκαιρες και ανεφάρμοστες, κι επομένως η επιλογή μειοδότη ήταν μη νόμιμη.»

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, προκύπτει ότι διά της από 13.07.2023 πράξης της Επιτρόπου του ΕΣ απεφασίσθη ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος από την αναθέτουσα αρχή σχεδίου σύμβασης διότι, ως διατυπώνεται στο σκεπτικό της πράξης, μεταξύ άλλων, η ανάγκη τροποποίησης δεν προέκυψε λόγω περιστάσεων που ήταν αδύνατον να προβλεφθούν από μία επιμελή αναθέτουσα αρχή. Σημειωτέον, επιπλέον, ότι η

Αριθμός απόφασης: 1668/2023

αναθέτουσα αρχή γνώριζε ότι επίκειται η λήξη της σύμβασης με την ώδε προσφεύγουσα στις 30.09.2023, το γεγονός δε ότι κατέφυγε στη διαδικασία με διαπραγμάτευση άνευ προηγούμενης δημοσίευσης στις 19.09.2023, ήτοι δύο μήνες μετά την γνωστοποίηση της πράξης της επιτρόπου, δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι ερείδεται σε απρόβλεπτο γεγονός καθώς και σε κατεπείγουσα ανάγκη που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες, κατά τα εκ του νόμου αξιωθέντα, προκειμένου να καταφύγει στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την πλήρωση των αναγκών της και τούτο διότι, ως προελέχθη, από καιρού γνώριζε τη λήξη προηγούμενων συμβάσεων και υπήρχε η δυνατότητα έγκαιρης διενέργειας του διαγωνισμού. Ενόψει των ανωτέρω, συνάγεται ότι στην προκείμενη περίπτωση δεν στοιχειοθετούνται και μάλιστα σωρευτικά οι προβλεπόμενες από το νόμο προϋποθέσεις για την προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στην επίμαχη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, ως έπραξε, δεδομένου, αφενός, ότι δεν έχει μεσολαβήσει κανένα απρόβλεπτο γεγονός, το οποίο δεν θα μπορούσε αντικειμενικά, με βάση τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής να προγνώσει η αναθέτουσα αρχή, και δη να μην απορρέει από την έλλειψη προγραμματισμού και την προσήκουσα επιμέλεια της ίδιας, αφετέρου δεν έχει συντρέξει σωρευτικά με τα ανωτέρω γενόμενα δεκτά κατεπείγουσα ανάγκη, η οποία θα καθιστούσε αντικειμενικά αδύνατη την τήρηση των προθεσμιών της ταχείας έστω κατά το νόμο διαδικασίας για την προκήρυξη της υπό ανάθεση σύμβαση. Τούτων δοθέντων, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι, απορριπτομένων των όσων περί αντιθέτου προβάλλουν αμφότερες η παρεμβαίνουσα και η αναθέτουσα αρχή.

9. Επειδή, έτι περαιτέρω, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η προεπιλογή αναδόχου στη προσβαλλόμενη πρόσκληση προς διαπραγμάτευση έγινε καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, δοθέντος επιπλέον ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης παρίσταται μη επαρκής και επομένως μη νόμιμη. Ως γίνεται δεκτό και είναι γνωστό, αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές

Αριθμός απόφασης: 1668/2023

καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης, κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, της διαπίστωσης της συνδρομής και της εκτίμησης των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα δε, με τις διατάξεις του άρθρου 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Επομένως, τα στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Ενόψει τούτων, στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ανατιολόγητη ή δεν έχει νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η εκδ., Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 516-518). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (βλ. Α. Τάχος, Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, Εκδόσεις Σάκκουλα) ενώ παράλληλα παρέχεται στους ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους και στον δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, Τ-461/08, ΕΥ:Τ:2011:494, σκ. 122). Στην εξεταζόμενη υπόθεση, από τα στοιχεία του φακέλου και δη τη συμπληρωματική αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής, συνάγεται εν προκειμένω ότι τα κριτήρια βάσει των οποίων, η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την επιλογή του πιο πάνω οικονομικού φορέα ως υποψηφίου αναδόχου, συνίστανται στο ότι καταρχάς στην προσφεύγουσα εταιρία είχαν ήδη γίνει αναθέσεις συμβάσεων κατά τη διάρκεια της πανδημίας Covid-19, βάσει των εξαιρετικών διατάξεων που είχαν θεσπιστεί για την αντιμετώπιση και τον περιορισμό της διάδοσης της νόσου, κατά δεύτερον, στη διάρκεια των προηγούμενων ετών είχαν ήδη γίνει «απευθείας αναθέσεις» συμβάσεων

Αριθμός απόφασης: 1668/2023

υπηρεσιών «...» στην ώδε προσφεύγουσα εταιρία και στην εταιρεία «...», που ήταν αντίστοιχα η πρώτη και η δεύτερη μειοδότη, ενώ δεν είχε συναφθεί κάποια σύμβαση με τον οικονομικό φορέα «...» που κατετάγη τρίτος στη σειρά μειοδοσίας. Ωστόσο τα ανωτέρω δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι αποτελούν επαρκή ερείσματα προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση άνευ πρότερης δημοσίευσης, διά της πρόσκλησης ενός και μόνο εκ των συμμετεχόντων στην επίμαχη από το 2018 διαγωνιστική διαδικασία, ούτε όμως σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία κατά τα εκ του νόμου αξιωθέντα, που ερείδει την εξαιρετική ως προελέχθη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, αφού αντιθέτως η δυνατότητα ανάθεσης κατά τη διαδικασίας της διαπραγμάτευσης περιορίζεται σε έναν προκαθορισμένο συμμετέχοντα, κατά τα επιτασσόμενα και ειδικώς ορισθέντα στην περ. β' της παρ. 2, την παρ. 3, την περ. β' της παρ. 4 και την παρ. 6 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, όπερ εν προκειμένω δεν συντρέχει. Επομένως, ανεξάρτητα από τη βασιμότητα των ισχυρισμών της ώδε προσφεύγουσας περί μη χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης ή έλλειψης αμεροληψίας και διαφάνειας από την αναθέτουσα αρχή, συνάγεται ότι η προσβαλλομένη έχει εκδοθεί καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, χωρίς νόμιμη αιτιολογία και κατά τούτο οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί.

10. Επειδή, γενόμενων δεκτών των προβαλλομένων διά του δεύτερου και του τρίτου λόγων της προσφυγής ισχυρισμών της προσφεύγουσας, η τελευταία αλυσιτελώς προβάλλει διά του πρώτου λόγου της προσφυγής της ότι συντρέχει παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας κατά την έκδοση της με αριθ. 14/18.09.2023 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, η οποία, άλλωστε, συμπροσβάλλεται και αποτελεί το αιτιολογικό έρεισμα της με αριθμ. πρωτ. «...» πρόσκλησης. Και τούτο διότι και αληθείς υποτεθεί οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, καμία βλάβη της δεν στοιχειοθετείται εξ αυτού, επομένως άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλονται και είναι απορριπτέοι.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και συνεπώς η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί, αντιστοίχως

Αριθμός απόφασης: 1668/2023

δε, η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί. Τέλος, το κατατεθέν παράβολο πρέπει να επιστραφεί στη προσφεύγουσα, κατά το άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τη προσφυγή.

Απορρίπτει τη παρέμβαση.

Ακυρώνει τη προσβαλλόμενη με αριθμ. πρωτ. «...» πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 14 Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ
Α/Α ΜΙΧΑΗΛ ΣΟΦΙΑΝΟΣ**