

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**7<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:  
Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και  
Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 01.11.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό  
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1334/04.11.2019 της Ανώνυμης Εταιρείας με  
την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στον Δήμο  
....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του .....(εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να  
ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 6499/398/30.10.2019 Απόφαση του Διοικητικού  
Συμβουλίου του ..... (ΑΔΑ: .....), η οποία εκδόθηκε κατ' εφαρμογή του  
άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ) «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση  
χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και 32Α  
του Ν. 4412/2016 και με την οποία αποφασίστηκε η «Έγκριση Σύναψης  
Σύμβασης με τη Διαδικασία της Διαπραγμάτευσης χωρίς Προηγούμενη  
Δημοσίευση για την παροχή «ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ .....» με  
προϋπολογισθείσα αξία εκατόν δεκαεννέα χιλιάδων εξακοσίων ευρώ  
(119.600,00 €) μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. για το χρονικό διάστημα  
από 01/11/2019 έως και 31/01/2020» και η εν συνεχεία εκδοθείσα υπ' αριθμ.  
6502/399/01.11.2019 κατακυρωτική απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του  
..... (ΑΔΑ: .....), με την οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος της  
σύμβασης η προσφέρουσα με την επωνυμία «.....», με τιμή τριάντα εννέα  
χιλιάδες ευρώ (39.000,00 €) ανά μήνα πλέον Φ.Π.Α.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, το .....(.....) ως Αναθέτουσα Αρχή, δυνάμει της υπ' αριθμ. 6499/398/30.10.2019 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του (ΑΔΑ: .....), η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 31.10.2019, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ....., προσέφυγε στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ) και 32Α του Ν. 4412/2016, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει της τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή «ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ .....» (CPV .....), συνολικού προϋπολογισμού εκατόν δεκαεννέα χιλιάδων εξακοσίων ευρώ (119.600,00 €) μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. για το χρονικό διάστημα από 01.11.2019 έως και 31.01.2020. Η προσφεύγουσα εταιρεία δεν προσκλήθηκε να συμμετάσχει στην ανωτέρω διαδικασία με διαπραγμάτευση και πλέον με την υπό κρίση Προσφυγή της, στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 6499/398/30.10.2019 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..... (ΑΔΑ: .....) και της εν συνεχεία εκδοθείσας υπ' αριθμ. 6502/399/01.11.2019 κατακυρωτικής απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..... (ΑΔΑ: .....), η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την 01.11.2019, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ....., αμφοτέρων των οποίων, έλαβε πλήρη γνώση τους αυθημερόν η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε την 01.11.2019 την υπό κρίση Προσφυγή της μέσω ηλεκτρονικού μηνύματος (email) στην Α.Ε.Π.Π.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι είναι παράνομη η προσφυγή στη διαδικασία με Διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, καθώς και ότι είναι παράνομος ο αποκλεισμός της

## Αριθμός Απόφασης: 1414/2019

από τη συμμετοχή στην εν λόγω διαδικασία, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση Προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 6499/398/30.10.2019 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ..... (ΑΔΑ: .....), η οποία εκδόθηκε κατ' εφαρμογή του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ) «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και 32Α του Ν. 4412/2016 και με την οποία αποφασίστηκε η «Έγκριση Σύναψης Σύμβασης με τη Διαδικασία της Διαπραγμάτευσης χωρίς Προηγούμενη Δημοσίευση για την παροχή «ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ .....» με προϋπολογισθείσα αξία εκατόν δεκαεννέα χιλιάδων εξακοσίων ευρώ (119.600,00 €) μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. για το χρονικό διάστημα από 01/11/2019 έως και 31/01/2020» και η εν συνεχεία εκδοθείσα υπ' αριθμ. 6502/399/01.11.2019 κατακυρωτική απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ..... (ΑΔΑ: .....), με την οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος της σύμβασης η προσφέρουσα με την επωνυμία «.....», με τιμή τριάντα εννέα χιλιάδες ευρώ (39.000,00 €) ανά μήνα πλέον Φ.Π.Α., καθώς και κάθε άλλη συναφής και αναγκαίως συνεχόμενη με αυτές πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου .....), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 01.11.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας ....., ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

## Αριθμός Απόφασης: 1414/2019

6. Επειδή, η επίμαχη διαδικασία διαπραγμάτευσης, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου της και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της εν λόγω Πρόσκλησης, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1691/04.11.2019 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής & Εισηγητή – Κλήση περί Απόψεων επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 04.11.2019 και υπέβαλε, εντός της οριζόμενης προθεσμίας και συγκεκριμένα στις 07.11.2019 στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

11. Επειδή, στην κρινόμενη Προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 6499/398/30.10.2019 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..... (ΑΔΑ: .....), η οποία εκδόθηκε κατ' εφαρμογή του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ) «Προσφυγή στη

## Αριθμός Απόφασης: 1414/2019

διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και 32Α του Ν. 4412/2016 και με την οποία αποφασίστηκε η «Έγκριση Σύναψης Σύμβασης με τη Διαδικασία της Διαπραγμάτευσης χωρίς Προηγούμενη Δημοσίευση για την παροχή «ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ .....» με προϋπολογισθείσα αξία εκατόν δεκαεννέα χιλιάδων εξακοσίων ευρώ (119.600,00 €) μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. για το χρονικό διάστημα από 01/11/2019 έως και 31/01/2020» και της εν συνεχεία εκδοθείσας υπ' αριθμ. 6502/399/01.11.2019 κατακυρωτικής απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..... (ΑΔΑ: .....), με την οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος της σύμβασης η προσφέρουσα με την επωνυμία «.....», με τιμή τριάντα εννέα χιλιάδες ευρώ (39.000,00 €) ανά μήνα πλέον Φ.Π.Α., δεδομένου ότι δεν συμπεριλήφθηκε στον κατάλογο των εταιρειών που θα συμμετείχαν στη σχετική διαδικασία, όπως αυτός καταρτίστηκε από την Αναθέτουσα Αρχή.

Νομίμως και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

12.Επειδή στο άρθρο 26 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν:

- α) στις ανοικτές ή κλειστές διαδικασίες των άρθρων 27 και 28 αντίστοιχα ή
- β) στις συμπράξεις καινοτομίας του άρθρου 31.

2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στον ανταγωνιστικό διάλογο, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

α) όσον αφορά έργα, αγαθά ή υπηρεσίες, που πληρούν ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα κριτήρια:

αα) αν οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής δεν είναι δυνατόν να ικανοποιηθούν χωρίς προσαρμογή των άμεσα διαθέσιμων λύσεων,

ββ) αν περιλαμβάνουν σχεδιασμό ή καινοτόμες λύσεις,

γγ) αν η σύμβαση δεν είναι δυνατόν να ανατεθεί χωρίς προηγούμενες διαπραγματεύσεις λόγω ειδικών περιστάσεων που σχετίζονται με τη φύση, την

πολυπλοκότητα ή τη νομική ή χρηματοοικονομική οργάνωση ή λόγω των κινδύνων που συνδέονται με τους ανωτέρω παράγοντες,

δδ) αν οι τεχνικές προδιαγραφές δεν είναι δυνατόν να προκαθοριστούν με επαρκή ακρίβεια από την αναθέτουσα αρχή με αναφορά σε πρότυπο, ευρωπαϊκή τεχνική αξιολόγηση, κοινή τεχνική προδιαγραφή ή τεχνικό πλαίσιο αναφοράς κατά την έννοια των παραγράφων 2 έως 5 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄,

β) όσον αφορά έργα, αγαθά ή υπηρεσίες για τα οποία, έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υποβάλλονται μόνο μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές.

Στις περιπτώσεις αυτές, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτείται να δημοσιεύουν προκήρυξη σύμβασης, εφόσον στη διαδικασία περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες οι οποίοι πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 73 έως 83 και οι οποίοι, κατά την προηγούμενη ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, και μόνον αυτούς.

3. Μη κανονικές προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα:

α) όσες δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης,

β) όσες παρελήφθησαν εκπρόθεσμα,

γ) όταν υπάρχουν αποδεικτικά στοιχεία αθέμιτης πρακτικής, όπως συμπαιγνίας ή διαφθοράς,

δ) όσες κρίνονται από την αναθέτουσα αρχή ασυνήθιστα χαμηλές.

4. Απαράδεκτες προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα:

α) όσες υποβάλλονται από προσφέροντες οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα και

β) όσων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως καθορίσθηκε και τεκμηριώθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης.

5. Ο διαγωνισμός προκηρύσσεται μέσω προκήρυξης σύμβασης, κατ' εφαρμογή των άρθρων 63 και 122 κατά περίπτωση. Όταν η σύμβαση ανατίθεται με κλειστή διαδικασία ή ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, παρά τα

προβλεπόμενα στο πρώτο εδάφιο, οι μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές μπορούν να προκηρύσσουν διαγωνισμό μέσω προκαταρκτικής προκήρυξης, σύμφωνα με τηνπαρ. 2 του άρθρου 62. Στην περίπτωση αυτή, οι οικονομικοί φορείς που έχουν εκδηλώσει το ενδιαφέρον τους μετά τη δημοσίευση της προκαταρκτικής προκήρυξης προσκαλούνται στη συνέχεια να επιβεβαιώσουν το ενδιαφέρον τους γραπτώς, μέσω «πρόσκλησης επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος», σύμφωνα με το άρθρο 69.

6. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που αναφέρονται ρητά στοάρθρο 32, οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να προσφεύγουν σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ή διαγωνισμό.».

13.Επειδή το άρθρο 32 παρ. 2, στοιχ. γ) του Ν. 4412/2016 (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) που είναι εφαρμοστέος στον υπό κρίση διαγωνισμό ορίζει 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. [...].».

14.Επειδή, όπως προέκυψε από την έρευνα του φακέλου της υπόθεσης και των πραγματικών περιστατικών που τέθηκαν υπόψη του κρίνοντος Κλιμακίου, το .....(.....) ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Δημόσιο Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης .....και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ....., η οποία δημοσιεύτηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης με κωδικό αριθμό ....., ενώ αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 13.06.2019, με μοναδικό κωδικό-

## Αριθμός Απόφασης: 1414/2019

Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ....., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή «ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ .....» (CPV .....), συνολικού προϋπολογισμού τετρακοσίων τριάντα χιλιάδων ευρώ (430.000,00 €) μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας δώδεκα (12) μηνών (366 ημερών), αρχομένης από την 01.10.2019 και λήγουσας στις 30.09.2020, ενώ σε περίπτωση υπογραφής της σύμβασης σε ημερομηνία μεταγενέστερη της 01.10.2019, μετατίθεται αυτόματα και η λήξη έως της συμπλήρωση 366 ημερών από την ημερομηνία υπογραφής της, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 16<sup>η</sup> Ιουλίου 2019, ημέρα Τρίτη και ώρα 17:00 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 23<sup>η</sup> Ιουλίου 2019, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 23.07.2019 και ώρα 16:33:35 μ.μ. την υπ' αριθμ. 141917 προσφορά της στον ανωτέρω Διαγωνισμό και με την από 11.10.2019 προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1244/14.10.2019, στράφηκε κατά της υπ' αριθμ. 6414/390/30.09.2019 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..... (ΑΔΑ: .....), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 01.10.2019, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η εν λόγω προσφυγή χρεώθηκε στις 14 Οκτωβρίου 2019 στο 7<sup>ο</sup> Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π., ενώ με την υπ' αριθμ. 1569/14.10.2019 Πράξη του Προέδρου του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου ορίστηκε σαν ημερομηνία διάσκεψης η 18<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2019. Στην ίδια υπόθεση, άσκησε παρέμβαση η Ανώνυμη Εταιρεία με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....». Επί της ως άνω προδικαστικής προσφυγής της νυν προσφεύγουσας εταιρείας, εκδόθηκε στις 23 Οκτωβρίου 2019, η υπ' αριθμ. Α487/2019 Απόφαση Αναστολής της Α.Ε.Π.Π., δυνάμει της οποίας έγινε δεκτό το αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων και ανεστάλη η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και η εκτέλεση της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. 6414/390/30.09.2019 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..... (ΑΔΑ: .....), μέχρι και την έκδοση οριστικής απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής. Ακολούθως, στις 9 Δεκεμβρίου 2019, εκδόθηκε η



υπ' αριθμ. 1363/2019 οριστική απόφαση της Α.Ε.Π.Π. επί της ως άνω προσφυγής, δυνάμει της οποίας απορρίφθηκε αυτή στο σύνολό της και ως εκ τούτου, κρίθηκε από το οικείο Κλιμάκιο, ως σύννομη η υπ' αριθμ. 6414/390/30.09.2019 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..... (ΑΔΑ: .....) κατά το μέρος που έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και ήδη παρεμβαίνουσας στην ανωτέρω υπόθεση, μετ' αξιολογήσεως με τελικό βαθμό 112,55 έναντι του τελικού βαθμού 109,55 που έλαβε η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας.

15. Επειδή, με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, όπως αναλύεται στις σελ. 6-11 της υπό κρίση προσφυγής, υπό «Β. Λόγοι προσφυγής», 1.α.-3., η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, βάσει της οποίας διενεργήθηκε η επίμαχη διαδικασία διαπραγμάτευσης, δεν βρίσκει έρεισμα στις διατάξεις του νόμου και για τον λόγο αυτό πρέπει να ακυρωθεί. Επί του ανωτέρω προβαλλόμενου λόγου της προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των από 07.11.2019 Απόψεών της, επικαλείται τα εξής: «[...]. **Οι προσβαλλόμενες πράξεις μας είναι καθόλα νόμιμες, πλήρως και ειδικώς αιτιολογημένες για τους κάτωθι λόγους:** α) η προηγούμενη σύμβαση με την προσφεύγουσα έληγε την 1-10-2019 και επομένως υπήρχε επιτακτική ανάγκη φύλαξης των άνω εγκαταστάσεων, ιδίως αν ληφθούν υπ' όψη οι ιδιαίτερες συνθήκες που επικρατούν στις φοιτητικές εστίες εν γένει β) η άσκηση εκ μέρους της άνω εταιρείας της από 11-10-2019 και με αριθμό κατάθεσης ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1244/14-10-2019 προδικαστικής προσφυγής γ) η έκδοση της υπ' αρ. Α487/2019 απόφαση του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, με την οποία ανεστάλη η πρόοδος της άνω διαγωνιστικής διαδικασίας και η εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης έως την έκδοση απόφασης επί της άνω προσφυγής, η οποία προσφυγή εξετάζεται την 18-11-2019, ημέρα Δευτέρα και ώρα 9:00 π.μ. ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ δυνάμει της υπ' αρ. 1569/14-10-2019 Πράξης του Προέδρου του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης δ) το γεγονός ότι η επιλογή για τη διενέργεια διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ανήκει στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας

αρχή, την οποία κρίναμε ως την πιο ταχεία και πιο αποτελεσματική προκειμένου να μην μείνουν αφύλακτες έως τη λήξη της διαδικασίας ενώπιον της ΑΕΠΠ και τυχόν μεταγενέστερων δικαστικών διαδικασιών οι .....ε) το γεγονός ότι είναι απολύτως απαραίτητη η επιλογή για τη διενέργεια διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση λόγω κατεπείγοντος χωρίς να είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση, ενώ οι περιστάσεις που επικαλούμαστε για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν απορρέουν από δική μας ευθύνη, ιδίως αν ληφθεί υπ' όψη ότι οι προσβαλλόμενες με την από 11-10-2019 και με αριθμό κατάθεσης ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1244/14-10-2019 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας «.....» είναι καθόλα νόμιμες, πλήρως και ειδικώς αιτιολογημένες, όπως αναλυτικά σας εκθέτουμε και στις από 24-10-2019 άνω Απόψεις μας και ως εκ τούτου δεν απορρέει από δική μας ευθύνη η αναστολή της άνω διαγωνιστικής διαδικασίας και η συνακόλουθη επιτακτική ανάγκη φύλαξης των άνω εγκαταστάσεων στ) το γεγονός ότι δεν κάναμε κακή χρήση της διακριτικής αυτή ευχέρειας, αλλά για λόγους δημοσίου συμφέροντος και με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής για την επιλογή αναδόχου, εκδώσαμε τις προσβαλλόμενες πράξεις μας.

Αξίζει δε να σημειωθεί ότι κατά τη λήψη της υπ' αρ. 6499/398/30-10-2019 απόφασής μας ελήφθησαν υπ' όψη η με αρ. κατάθεσης ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1244/14-10-2019 προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας «.....», η υπ' αρ. 1569/14-10-2019 Πράξη του Προέδρου του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης και η υπ' αρ. Α487/2019 απόφαση του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ περί αποδοχής του αιτήματος χορήγησης αναστολής-χορήγησης προσωρινών μέτρων και αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Από όλα τα ανωτέρω αποδεικνύεται ότι οι προσβαλλόμενες πράξεις μας είναι καθόλα νόμιμες, πλήρως και ειδικών αιτιολογημένες και πρέπει ως εκ τούτου να απορριφθεί στο σύνολό της η άνω προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «.....» και να επικυρωθούν, διατηρώντας την ισχύ τους, οι ανωτέρω πράξεις μας. [...].».

16. Επειδή, σχετικά με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, που αφορά στη μη σύννομη προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 γ) του Ν. 4412/2016, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Όπως γίνεται παγίως δεκτό και από τη νομολογία του ΔΕΕ, 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 11<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2014, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA, C-19/13, EU:C:2014:2194, σκ. 49 και απόφαση της 23<sup>ης</sup> 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 ΠΔ 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 10<sup>ης</sup> 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 αποκκλίνει 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 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 (ΕΛΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕΛΣυν 247, 249/2010 Πράξεις του VI Τμ.). Άλλωστε, οι διατάξεις αυτές αποβλέπουν πρωτίστως στη διαφύλαξη του υγιούς ανταγωνισμού, στην καταπολέμηση της αδιαφάνειας και της διαφθοράς και στην

προαγωγή της ισονομίας και της ισότητας στην ευχέρεια πρόσβασης κάθε φυσικού ή νομικού προσώπου στη δημόσια οικονομική ζωή, με τη διασφάλιση προεχόντως της ακώλυτης άσκησης του δικαιώματός του να μετέχει στην οικονομική ζωή, μέσω της εν δυνάμει παρουσίας του σε κάθε διαγωνιστική διαδικασία ως υποψήφιος ανάδοχος. Ο έλεγχος της αιτιολόγησης της επιλογής της εξαιρετικής, κατ' απόκλιση από τον γενικό κανόνα, διαδικασίας της διαπραγματεύσεως, 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 πταίσμα 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, η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει δε να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία, επιβάλλεται οι ειδικότεροι αυτοί λόγοι να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου (πρβλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΑ ΣτΕ 515/2008, 1059/2008, ΕλΣυν 91/2007 Πράξη του VI Τμ., ΕλΣυν 15/2008 Πράξη του VI Τμ.), ενώ η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής των ανωτέρω περιστάσεων υπόκειται, ως νομική, σε πλήρη έλεγχο ορθής εκτιμήσεως και χαρακτηρισμού από το Δικαστήριο (εν προκειμένω την Α.Ε.Π.Π.) (πρβλ. ενδεικτικά ΕλΣυν 280/2010 VI Τμ., ΕλΣυν 206/2007, 41, 102/2008 Πράξεις του IV Τμ. Και ΕλΣυν

168/2012 Πράξη του Ζ΄ Κλιμακίου). Αν δεν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η διαδικασία ανάθεσης και η συναπτόμενη κατά τη διαδικασία αυτή σύμβαση δεν είναι νόμιμη (βλ. ΕΛΣυν 4/2006 και 114/2005 Πράξεις του VI Τμ., ΕΛΣυν 58/2004 Πράξη του VI Τμ. και ΔΕΕ αποφάσεις της 2<sup>ας</sup> Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, σκέψη 12, της 28<sup>ης</sup> Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 14 και της 2<sup>ας</sup> Ιουνίου 2005, C-68/04, Επιτροπή κατά Ελλάδας, EU:C:2005:347, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 40). Κατά συνέπεια, εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση και μάλιστα χωρίς να προηγηθεί δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, αποτελεί εξαιρετική διαδικασία, η προσφυγή στην οποία επιτρέπεται μόνον στις περιοριστικώς αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις. Κατά δε τη νομολογία του ΔΕΕ, οι εξαιρέσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο στενής ερμηνείας (βλ. ΔΕΕ αποφάσεις της 18<sup>ης</sup> Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1995:150, Συλλογή 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28<sup>ης</sup> Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλογή 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 17<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2011, Επιτροπή κατά Ελλάδος, C-601/2010, σκ. 32). Με τον κίνδυνο να στερηθεί η εν λόγω Οδηγία της πρακτικής αποτελεσματικότητάς της, τα κράτη μέλη δεν μπορούν, επομένως, να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στην διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την Οδηγία 2004/18/EK (Οδηγία 2014/24/ΕΕ πλέον) 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. ΔΕΕ υπόθεση C-84/2003, Επιτροπή κατά Ισπανικής Δημοκρατίας, απόφαση της 13<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2005, 47-49 και πρβλ. ΔΕΚ υπόθεση, C-481/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ελλάδος, απόφαση της 18<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2007, σκ. 11-17 και C-157/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, απόφαση της 2<sup>ας</sup>

Οκτωβρίου 2008, σκ. 23). Περαιτέρω, μία από τις εξαιρετικές περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκηρύξεως συνιστά η περίπτωση κατά την οποία λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτες περιστάσεις, δεν είναι δυνατή η τήρηση των νομίμων προθεσμιών για τη διενέργεια τακτικού (ανοικτού ή κλειστού) διαγωνισμού, ως απρόβλεπτες δε περιστάσεις νοούνται εκείνα τα αιφνίδια πραγματικά γεγονότα, τα οποία, ακριβώς επειδή δεν ήταν γνωστά στην αναθέτουσα αρχή, ούτε ανάγονται στη σφαίρα της ευθύνης της, καθιστούσαν ανέφικτο τον έγκαιρο προγραμματισμό και τη λήψη των αναγκαίων για την αντιμετώπισή τους μέτρων (βλ. σχετ. ΕλΣυν 7/2007, 184/2007, 199/2007, 35/2008 Πράξεις του IV Τμ., ΕλΣυν 91/2007, 105/2007, 171/2007 Πράξεις του VI Τμ.). Ομοίως, όσον αφορά τον αντικειμενικώς απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων έργων τα οποία δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο δημοσίας συμβάσεως, σύμφωνα με το άρθρο 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/EE), οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάψουν σύμβαση με διαπραγμάτευση, ήτοι διαπραγματευόμενες τους όρους της συμβάσεως με οικονομικό φορέα επιλεγέντα χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, σε διάφορες περιπτώσεις μεταξύ των οποίων αρκετές χαρακτηρίζονται από τον απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων περιστάσεων. Εντούτοις, όπως προκύπτει από το γράμμα της τελευταίας περιόδου του άρθρου 28, δεύτερο εδάφιο, της Οδηγίας αυτής, τούτο μπορεί να εφαρμοστεί μόνο στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται ρητώς στο άρθρο 31, όπερ σημαίνει ότι η απαρίθμηση των οικείων εξαιρέσεων πρέπει να εκληφθεί ως περιοριστική (Απόφαση της 7<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2016, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, C-549/14, EU:C:2016:634, σκ. 35). Τονίζεται δε 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 (απόφαση 2<sup>ας</sup> Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, 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).

18. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι οι διατάξεις του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον) καθ' όσον εισάγουν παρεκκλίσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικής ασκήσεως των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται από τη Συνθήκη ΛΕΕ στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικά, το δε βάρος αποδείξεως σχετικά με τη συνδρομή των έκτακτων περιστάσεων που δικαιολογούν την παρέκκλιση από τους εν λόγω κανόνες φέρει ο διάδικος που τις επικαλείται (βλ. αποφάσεις της 10<sup>ης</sup> Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2003, σ. I-3609, σκέψη 58, της 18<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2004, C-126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2004, σ. I-11197, σκέψη 23, της 11<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 46, καθώς και της 8<sup>ης</sup> Απριλίου 2008, C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I-2173, σκέψεις 57 και 58). Ως εκ τούτου, το βάρος απόδειξης, περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών (βλ. ενδεικτικά, υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΕ, αποφάσεις της 10<sup>ης</sup> Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18<sup>ης</sup> Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28<sup>ης</sup> Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949 και της 2<sup>ας</sup> Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33).

19. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να αποδείξει πέραν πάσης αμφιβολίας τη σωρευτική συνδρομή των προϋποθέσεων που την οδήγησαν στην προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 γ), όφειλε να προβεί στην πλήρη, ειδική, σαφή και εμπειριστατωμένη αιτιολόγηση των λόγων εκείνων, για τους οποίους επέλεξε την κατ' εξαίρεση διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη



δημοσίευση προκήρυξης, με την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης προς τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, αποκλείοντας το άνοιγμα της εν λόγω σύμβασης, σε ευρύτερο ανταγωνισμό. Ταυτόχρονα, η διαπίστωση των ανωτέρω λόγων, θα έπρεπε να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου με πλήρη σαφήνεια και πληρότητα. Ωστόσο, από την επισκόπηση των στοιχείων που τέθηκαν ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. δεν προέκυψε η κάλυψη σωρευτικώς του συνόλου των απαιτούμενων προϋποθέσεων, ώστε να δικαιολογείται η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης μέσω της διαδικασίας με διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης. Συγκεκριμένα, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, δεν επιτρέπεται η προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία αν η αναθέτουσα αρχή είχε τη δυνατότητα να προβλέψει τις προς κάλυψη ανάγκες της σε αγαθά και υπηρεσίες και να ενεργήσει αναλόγως (βλ. ΔΕΚ C-107/92). Επί παραδείγματι, αν η σχετική απαίτηση έχει ήδη διατυπωθεί ρητά σε προηγούμενες διακηρύξεις και συμβάσεις της αναθέτουσας αρχής, είναι δηλαδή γνωστή σε αυτή, και η ανάγκη σύναψης σχετικών συμβάσεων είναι διαρκής και επαναλαμβανόμενη, ανακύπτει δε σε ετήσια βάση, η ανάγκη προμήθειας των σχετικών προϊόντων αποτελεί προβλέσιμο στοιχείο της διαδικασίας, το οποίο γνώριζε εκ των προτέρων και όφειλε να συνεκτιμήσει με τη δέουσα επιμέλεια η αναθέτουσα αρχή για τον έγκαιρο προγραμματισμό και διενέργεια των αναγκαίων διαδικασιών για τη σύναψη των οικείων συμβάσεων, σύμφωνα με τις κοινές περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων διατάξεις. Ομοίως, εν προκειμένω, όπως ήδη ειπώθηκε και ανωτέρω στη σκέψη 15 της παρούσας, επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας στα πλαίσια διεξαγωγής του Δημόσιου Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, με Αριθμό Διακήρυξης .....και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ....., έχει ήδη εκδοθεί η υπ' αριθμ. 1363/2019 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία απορρίφθηκε στο σύνολό της η ως άνω προσφυγή και συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να εξακολουθήσει τη διαγωνιστική διαδικασία προς ανάθεση της εν λόγω σύμβασης, χωρίς περαιτέρω καθυστερήσεις και άρα χωρίς να συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη για

προσφυγή στη διεξαγωγή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης. Εξάλλου, όπως βάσιμα ισχυρίζεται και η προσφεύγουσα, δεν επιτρέπεται προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τον λόγο ότι ο ανοικτός διαγωνισμός στον οποίο συμπεριλαμβάνονται τα υπό προμήθεια είδη ή οι προς συμβασιοποίηση υπηρεσίες δεν έχει ακόμη ολοκληρωθεί. Και τούτο διότι το γεγονός αυτό δε συνιστά απρόβλεπτη περίσταση, ήτοι 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 αντιθέτως συνιστά εξέλιξη πιθανή και συνήθη. Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι η τήρηση χρονοβόρων, ενδεχομένως, διαδικασιών διενέργειας διαγωνισμών ανάθεσης υπηρεσιών, εξαιτίας της υποβολής ενστάσεων, προσφυγών και αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων εκ μέρους των συμμετεχόντων στον επίμαχο διαγωνισμό, δεν συνιστά απρόβλεπτη περίσταση, καθισταμένης ούτως επείγουσας της ανάγκης απευθείας ανάθεσης των σχετικών υπηρεσιών, μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης (ΕλΣυν πράξεις VI Τμ. 91/2007, Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. απόφαση 540/2013, Συνεδρίαση της 10<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2013), ενώ το ζήτημα αν οι δικαστικές εμπλοκές κατά τη διάρκεια μιας διαγωνιστικής διαδικασίας, μπορούν ή όχι να θεωρηθούν απρόβλεπτο γεγονός που δικαιολογεί την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ), επιλύεται κατά κανόνα αρνητικά (βλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΣ VI Τμ. 2776/2011, 91/2007 και 205/2007, βλ. και Δ. Ράικος κ.ά., Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τ. 1, 2018, σελ. 336 επ.). Άλλωστε, όπως έχει κρίνει και η Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 1078/2018 και πρβλ. ΑΕΠΠ 55/2019), παραλείψεις ή καθυστερήσεις της αναθέτουσας αρχής να προγραμματίσει και να προβεί έγκαιρα στις απαιτούμενες ενέργειες σύναψης της σύμβασης (π.χ. καθυστέρηση στην εκκίνηση της διαδικασίας) παρά τη διαπίστωση της ανάγκης, έχει κριθεί ότι 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). Συναφώς, ούτε γεγονότα όπως η προσεχής 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. ΕλΣυν Τμ. VI 93/2011, 91/2007, Κλιμάκιο Ζ΄ 264/2010, Κλιμάκιο ΣΤ΄ 205/2007, Τμ. VI 58/2005, 91/2007, 19/2009). Ομοίως, δεν μπορεί να στοιχειοθετήσει απρόβλεπτο γεγονός η πλήρωση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, αν από καιρού γνώριζε τη λήξη προηγούμενων συμβάσεων και υπήρχε η δυνατότητα έγκαιρης διενέργειας διαγωνισμού.

20. Επειδή, περαιτέρω, η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, δύσκολα μπορεί να υποστηριχθεί ότι συντρέχει εν προκειμένω. Εξάλλου, όπως ορθά επισημαίνει και η προσφεύγουσα, σύμφωνα με το άρθρο 121 παρ. 1 α) του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή, θα μπορούσε να κάνει χρήση της δυνατότητας σύντμησης της προθεσμίας για την ανοιχτή διαδικασία, εξασφαλίζοντας εντός ενός ασφαλέστερου για αυτήν διαδικαστικού πλαισίου, 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 περίπου ίδιους χρόνους διεξαγωγής της διαδικασίας, με τους αντίστοιχα απαιτούμενους για τη διαπραγμάτευση του άρθρου 32 παρ. 2 γ), χωρίς να χρειαστεί ο περιορισμός των εν δυνάμει υποψηφίων συμμετεχόντων. Ειδικότερα, όπως ορθά υποστηρίζει και η προσφεύγουσα και ήδη αναπτύχθηκε εκτενώς στις σκέψεις 16-18, στις οποίες και παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, η δυνατότητα για μια επισπευσμένη διαδικασία με ελάχιστη προθεσμία παραλαβής προσφορών σε διαδικασία κάτω των ορίων, όπως εν προκειμένω, τις 10 ημέρες, σύμφωνα με το άρθρο 121 παρ. 1 περ. α΄ του Ν. 4412/2016, παρέχει στις αναθέτουσες αρχές μια αρκετά ταχεία, ασφαλή και διαφανή διαδικασία, η οποία προκρίνεται ως κατ' αρχήν η ενδεδειγμένη και από τις σχετικές ενωσιακές Οδηγίες. 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 (βλ. συναφώς και ΑΕΠΠ 1078/2018), ότι η αναθέτουσα αρχή, δεν απέδειξε μετά πλήρους βεβαιότητας, την αδυναμία τήρησης εκ μέρους της, των προθεσμιών δημοσίευσης του ανοιχτού διαγωνισμού, έτι περισσότερο, λόγω του ήδη κατά τη στιγμή που λήφθηκε η απόφαση για την ανάθεση της σύμβασης με την προσφυγή στην κατ' εξαίρεση διαδικασία του άρθρου 32, παρ. 2 γ), ήτοι στις 30 Οκτωβρίου 2019, σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, βρισκόταν σε εξέλιξη η διαγωνιστική διαδικασία του Δημόσιου Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, με Αριθμό Διακήρυξης ....., στα πλαίσια του οποίου είχε ήδη από τις 09.12.2019 εκδοθεί η υπ' αριθμ. 1363/2019 οριστική απορριπτική της προσφυγής, Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία δινόταν η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να ολοκληρώσει τη συμβασιοποίηση του προκηρυχθέντος διαγωνισμού. Άλλωστε, επί της κρινόμενης με την παρούσα ανοιγείσας διαδικασίας ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. εκδόθηκε στις 14.11.2019 η υπ' αριθμ. Α521/2019 Απόφαση Αναστολής της Α.Ε.Π.Π., με την οποία έγινε εκ νέου δεκτό το αίτημα της προσφεύγουσας περί αναστολής-προσωρινών μέτρων της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και της εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ενώ η ίδια η άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 364 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κωλύει ούτως ή άλλως και μάλιστα επί ποινή ακυρότητας την υπογραφή της σύμβασης, βάσει της διαδικασίας με διαπραγμάτευση, όπως αυτή κινήθηκε, δυνάμει της νυν προσβαλλόμενης απόφασης. Εφόσον λοιπόν, το κρίσιμο διάστημα για το οποίο η αναθέτουσα έκρινε σκόπιμο να προσφύγει στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ), αφορούσε το χρονικό διάστημα από 01.11.2019 έως και 31.01.2020, είναι εξαιρετικά αμφίβολο αν όχι απίθανο, ενόψει των ως άνω εκτεθέντων πραγματικών περιστατικών, ότι θα ήταν πράγματι σε θέση να συμβασιοποιήσει

## Αριθμός Απόφασης: 1414/2019

τις περιλαμβανόμενες στην οικεία προσκλήση προς διαπραγμάτευση υπηρεσίες, έγκαιρα κατά τις προθέσεις της και τον δικαιολογητικό λόγο εφαρμογής εκ μέρους της, της εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ). Τέλος, ουδόλως δικαιολογήθηκε από την αναθέτουσα αρχή, για ποιο λόγο η προσφεύγουσα, η οποία ήταν η ανάδοχος των εκτελούμενων υπηρεσιών φύλαξης μέχρι και την 01.10.2019 και ενώ είχε ήδη υποβάλλει παραδεκτά προσφορά στον Δημόσιο Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης .....και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..... και επομένως η τεχνική και επαγγελματική της επάρκεια και η οικονομική και χρηματοοικονομική της ικανότητα προς ανάληψη της συγκεκριμένης σύμβασης, πρέπει να θεωρούνται δεδομένες, δεν προσκλήθηκε στην προσβαλλόμενη διαδικασία διαπραγμάτευσης, όπως προκύπτει και από από 31.10.2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας, δυνάμει του οποίου αποφασίστηκε να ζητηθούν προσφορές από έτερους οικονομικούς φορείς του αντίστοιχου επαγγελματικού κλάδου, περιλαμβανομένης σε κάθε περίπτωση και της εταιρείας με την επωνυμία «.....», παρεμβαίνουσας στην από 11.10.2019 ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1244/14.10.2019.

21.Επειδή, συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, δεδομένου ότι κατά τη κρίση του Κλιμακίου, 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 διπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, με συνέπεια να καθίσταται ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής και η εν γένει διαγωνιστική διαδικασία, πολλώ δε μάλλον εξαιτίας και της έκδοσης της υπ' αριθμ. 1363/2019 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π., η οποία απέρριψε την από 11.10.2019 ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1244/14.10.2019, της νυν προσφεύγουσας και έδωσε τη δυνατότητα συνέχισης και ολοκλήρωσης της

## **Αριθμός Απόφασης: 1414/2019**

διαγωνιστικής διαδικασίας του Δημόσιου Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, με Αριθμό Διακήρυξης .....και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..... Ως εκ τούτου, ο μοναδικός λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και αντίστοιχα να απορριφθούν ως αβάσιμα τα όσα αναφέρονται στις απόψεις της αναθέτουσας.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει: α) την υπ' αριθμ. 6499/398/30.10.2019 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ..... (ΑΔΑ: .....), η οποία εκδόθηκε κατ' εφαρμογή του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ) «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και 32Α του Ν. 4412/2016 και με την οποία αποφασίστηκε η «Έγκριση Σύναψης Σύμβασης με τη Διαδικασία της Διαπραγμάτευσης χωρίς Προηγούμενη Δημοσίευση για την παροχή «ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΦΥΛΑΞΗΣ .....» με προϋπολογισθείσα αξία εκατόν δεκαεννέα χιλιάδων εξακοσίων ευρώ (119.600,00 €) μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. για το χρονικό διάστημα από 01/11/2019 έως και 31/01/2020», β) την εν συνεχεία εκδοθείσα υπ' αριθμ. 6502/399/01.11.2019 κατακυρωτική απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ..... (ΑΔΑ: .....), με την οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος της σύμβασης η προσφέρουσα με την επωνυμία «.....», με τιμή τριάντα εννέα χιλιάδες ευρώ (39.000,00 €) ανά μήνα πλέον Φ.Π.Α. και γ) την γένει διαγωνιστική διαδικασία, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

**Αριθμός Απόφασης: 1414/2019**

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 19 Δεκεμβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Μιχάλης Π. Σειραδάκης**

**Ελένη Χούλη**