

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 26 Νοεμβρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Νικόλαος Σαββίδης (Εισηγητής), Μέλη, δυνάμει της με αριθμό 1794/2020 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1521/20-10-2020 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» », που εδρεύει στο «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά του «...» , που εδρεύει στις Μοίρες, επί της παρόδου 25^{ης} Μαρτίου, αρ. 1 όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό 225/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του «...» ως και η συναφής με αυτήν με αριθμό «...» πρόσκληση υποβολής προσφορών με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης του «...» για την ανάδειξη αναδόχου του έργου υπό τον τίτλο «...» ».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και αποφάσισε τα εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό «...»), ποσού 1.010,00€, το οποίο αναλογεί στο προβλεπόμενο ποσοστό (0,5%) επί της, χωρίς ΦΠΑ, προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (201.612,90€).

2. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή ανατέθηκε στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 20-10-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

Αριθμός απόφασης: 1651 / 2020

3. Επειδή, με τη με αριθμό 225/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του “...” (Πρακτικό 32/09-10-2020 συνεδρίασής της) αποφασίστηκε α) η έγκριση της μελέτης του έργου: «“...” », β) η διενέργεια διαγωνισμού με διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση του άρθρου 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης και σύμφωνα με το άρθρο 43 του ν. 4605/2019, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, γ) η συγκρότηση της επιτροπής διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του εν λόγω έργου και δ) η κατάρτιση των όρων του με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διαγωνισμού για το εν λόγω έργο. Ακολούθως, εκδόθηκε η από 13-10-2020 με αριθμό “...” Πρόσκληση του καθ’ ου Δήμου, για την έναρξη διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (του άρθρου 32, παρ 2γ του ν. 4412/2016, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης ως τροποποιήθηκε με το αρθ. 43 του ν. 4605/2019), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσης του ως άνω έργου («“...” »), συνολικής εκτιμώμενης αξίας, του ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένου, 250.000,00€. Οι όροι συμμετοχής, εξάλλου, στην ως άνω διαδικασία, αλλά και οι φορείς που καλούνταν να συμμετάσχουν στη διαδικασία αυτή καθορίζονταν στη συνημμένη στην ως άνω πρόσκληση από ίδιας ημερομηνίας αναλυτική πρόσκληση, οι όροι της οποίας είχαν εγκριθεί με την πιο πάνω με αριθμό 225/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του “...” (στο εξής καλούμενη στην παρούσα «πρόσκληση»). Σύμφωνα με το άρθρο 3.2 της πρόσκλησης, ο τύπος εκτέλεσης του έργου είναι οι τοπικές ενότητες “...” του “...” και τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του έχουν ως εξής: «Στην “...” θα υλοποιηθεί τσιμεντόστρωση τμημάτων αγροτικών δρόμων οι οποίοι εξυπηρετούν την πρόσβαση σε ιδιοκτησίες και αγροκτήματα. Για την “...” θα αποξηλωθούν οι επιφανειακές στρώσεις κυκλοφορίας που έχουν υποστεί τη μεγαλύτερη καταστροφή και θα ασφαλιστούν εκ νέου καθώς θα αποκατασταθούν και όλες οι σημειακές φθορές των εύκαμπτων οδοστρωμάτων που αποτελούν και το μεγαλύτερο πρόβλημα στους περισσότερους δρόμους της περιοχής. Επιπροσθέτως, αποκαθίστανται πλήρως κάποια τμήματα της δημοτικής οδοποιίας της περιοχής που λόγω της θέσης τους, έχουν υποστεί τμηματικές καταστροφές στο κατάστρωμα τους και έχει απομακρυνθεί το υλικό της βάσης λόγω των βροχοπτώσεων. Τα σημεία των επεμβάσεων αυτών αποτυπώνονται

Αριθμός απόφασης: 1651 / 2020

στα αποσπάσματα της Τεχνικής Περιγραφής που συνοδεύει τα τεύχη δημοπράτησης». Στο ίδιο άρθρου εξάλλου, σημειώνεται ότι «Οι προαναφερόμενες εργασίες, δεν απαιτούν τη σύνταξη ιδιαίτερης τεχνικής μελέτης και περιορίζονται στο υφιστάμενο εύρος της οδού». Την ως άνω πρόσκληση, προκειμένου να υποβάλουν προσφορά, ο καθ' ου Δήμος την απηύθηνε στους οικονομικούς φορείς, οι οποίοι κατά άνω είχε αποφασιστεί να συμμετάσχουν στη διαδικασία και συγκεκριμένα, στη «...» », την «...» » και τη «...» », ενώ η δημοπρασία ορίστηκε ότι θα διενεργηθεί στο δημοτικό κατάστημα του Δήμου, στις «...» , στις 21.10.2020 ημέρα Τετάρτη και ώρα 12:00 π.μ. ενώπιον τις αρμόδιας επιτροπής διαγωνισμού. Κατά της ως άνω απόφασης του «...» να προχωρήσει στη διενέργεια διαγωνισμού με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση, για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσης του επίμαχου έργου, αλλά και κατά της ίδιας της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση στρέφεται η προσφεύγουσα, για τους λόγους και με τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, (201.612,90€), της νομικής φύσης του καθ' ου Δήμου που διενεργεί το διαγωνισμό και των δραστηριοτήτων που ασκεί, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου I αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα I του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πρόσκληση εκδόθηκε στις 13-10-2020, οπότε η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι έλαβε γνώση αυτής και η προσφυγή ασκήθηκε

Αριθμός απόφασης: 1651 / 2020

με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ (άρ. 8 παρ. 4 π.δ. 39.2017) στις 20-10-2020.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, αν και πληροί όλες τις τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις για την εκτέλεση των εργασιών της υπό ανάθεση σύμβασης, εμποδίζεται παρανόμως να διεκδικήσει την ανάληψή της, επειδή η αναθέτουσα αρχή επέλεξε να μην διεξαγάγει δημόσιο διαγωνισμό για την ανάθεσή της, αλλά να προβεί σε ανάθεση με την διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, καλώντας προς τούτο να υποβάλουν προσφορές μόλις πέντε οικονομικοί φορείς και πάντως όχι την προσφεύγουσα, κατ' επίκληση του άρθρου 32 παρ. 2 εδ. γ ν.4412/2016 (λόγω δήθεν κατεπείγουσας ανάγκης). Η προσφυγή, όμως, στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης, όπως προβάλλει η προσφεύγουσα, δεν δικαιολογείται στην υπό κρίση περίπτωση, γεγονός που καθιστά την διαδικασία παράνομη. Κατά συνέπεια, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφυγής της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία. Κατά το αίτημά της όμως να ακυρωθεί, εκτός της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση, και η με αριθμό 225/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του "...", με την οποία αποφασίστηκε η ανάθεση του επίμαχου έργου με την προσβαλλόμενη διαδικασία, η προσφυγή δεν ασκείται παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον. Και τούτο, διότι, στην προκειμένη περίπτωση, μόνη πράξη δεκτική προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1 της Οδηγίας 89/665, πράξη δηλαδή σχετική με δημόσια σύμβαση, η οποία εμπίπτει στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24 και η οποία δύναται να έχει έννομα αποτελέσματα σε βάρος της προσφεύγουσας, είναι η από "...". Πρόσκληση του καθ' ου Δήμου, για την έναρξη διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, με την οποία κινήθηκε η βαλλόμενη διαδικασία για τη σύναψη της επίμαχης σύμβασης, η οποία όχι μόνον δεν συνιστά ανοιχτή διαδικασία, στο πλαίσιο της οποίας, κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή, η προσφεύγουσα αποκλείστηκε από το δικαίωμά της να υποβάλει προσφορά, προκειμένου να της ανατεθεί η σύμβαση και όχι η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής με την οποία εγκρίθηκε η κίνηση και οι όροι της διαδικασίας αυτής, η οποία και υπό την παραδοχή ότι συνιστά το

Αριθμός απόφασης: 1651 / 2020

νόμιμο έρεισμά της, ωστόσο αποτελεί προπαρασκευαστική πράξη κίνησης της διαδικασίας. Και ναι μεν έχει κριθεί από το ΔΕΕ (απόφαση της «...» και απόφαση της 11ης Ιανουαρίου 2005, Stadt Halle και RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, σκέψη 34), ότι πράξη δεκτική προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 1 της Οδηγίας 89/665, συνιστά κάθε πράξη αναθέτουσας αρχής σχετική με δημόσια σύμβαση η οποία εμπίπτει στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24 και η οποία δύναται να έχει έννομα αποτελέσματα, ανεξαρτήτως του αν η πράξη αυτή εκδίδεται εκτός ή εντός του τυπικού πλαισίου διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, στις περιπτώσεις εκείνες, όμως, προσβαλλόμενη πράξη ήταν η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να μην κινήσει διαδικασία συνάψεως δημόσιας σύμβασης, με το σκεπτικό ότι η εν λόγω σύμβαση δεν ενέπιπτε, κατά την άποψή της, στο πεδίο εφαρμογής των σχετικών κανόνων του δικαίου της Ένωσης, συνεπώς επρόκειτο για την πράξη που επέφερε δυσμενή έννομα αποτελέσματα στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς που μπορούσαν να αναλάβουν τη σύμβαση μόνον μέσω κίνησης διαδικασίας δημόσιας σύμβασης, περίπτωση που δεν συντρέχει εν προκειμένω, αφού η διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 εδ. γ του ν.4412/2016 συνιστά διαδικασία συνάψεως δημόσιας σύμβασης που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24, η δε απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής με την οποία εγκρίνεται η κίνηση της διαδικασίας αυτής, δεν αποτελεί την πράξη με την οποία κινείται η διαδικασία αυτή, δεν αποτελεί, δηλαδή, την πρώτη πράξη, στο πλαίσιο μιας διαδικασίας συνάψεως δημόσιας σύμβασης που επιφέρει δυσμενή έννομα αποτελέσματα σε βάρος της προσφεύγουσας, αλλά προπαρασκευαστική πράξη έναρξης της διαδικασίας αυτής.

7. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: Τα έντονα καιρικά φαινόμενα που επικαλείται ο Δήμος ως δικαιολογητικό λόγο προσφυγής στην εξαιρετική αυτή διαδικασία, επήλθαν ήδη προ δεκαοκτώ και πλέον μηνών (Απρίλιος 2019). Επομένως, ο Δήμος είχε την δυνατότητα να προσφύγει σε κανονική διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης καθ' όλο αυτό το διάστημα από την επέλευση της κακοκαιρίας και των εξ αυτής ζημιών στον οδικό άξονα έως σήμερα, πράγμα που δεν έκανε με δική του αποκλειστική ευθύνη. Αντιθέτως επέλεξε για την αποκατάσταση των ζημιών από τα ως άνω έντονα καιρικά φαινόμενα μετά δεκαοκτώ και πλέον μήνες από την επέλευσή τους, στις

Αριθμός απόφασης: 1651 / 2020

13.10.2020 να προσφύγει στην προσβαλλόμενη εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης με πρόσκληση κλειστού αριθμού οικονομικών φορέων, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, διατείνεται η προσφεύγουσα, η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης είναι αυταποδείκτως παράνομη.

8. Επειδή, εξάλλου, στις 26-10-2020, ο καθ' ου Δήμος κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ τον φάκελο της υπόθεσης και τις απόψεις της επί της προσφυγής, στις οποίες και για τους λόγους που σε αυτές αναπτύσσονται ζητείται η απόρριψή της. Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει τα εξής: Οι έντονες βροχοπτώσεις κατά την χειμερινή περίοδο 2018-2019 και τα έντονα πλημμυρικά φαινόμενα που δημιούργησαν μεγάλες καταστροφές στα ήδη κατεστραμμένα – λόγω ατελούς συντήρησης - καταστρώματα των δημοτικών και αγροτικών δρόμων στις περιοχές όπου θα εκτελεστούν οι εργασίες αποκατάστασης, συνιστούν αναμφίβολα απρόβλεπτο γεγονός, η αποκατάσταση δε των ζημιών αποτελεί κατεπείγουσα ανάγκη. Εξάλλου, το ως άνω αναφερόμενο απρόβλεπτο γεγονός (καταστροφές στα οδοστρώματα, λόγω των έντονων πλημμυρικών φαινομένων) συνδέεται αιτιωδώς με την ως άνω αναφερόμενη κατεπείγουσα ανάγκη (άμεση αποκατάσταση των ζημιών). Επιπλέον, μόλις τον Οκτώβριο του 2020 εγκρίθηκε η κυκλοφοριακή μελέτη της αποκατάστασης, η οποία δεν εντάσσεται στον κύκλο αρμοδιοτήτων της υπηρεσίας του Δήμου. Τον ίδιο μήνα, άλλωστε, (τον Οκτώβριο του 2020) αποδεσμεύθηκε το οικείο κονδύλιο από τον κρατικό προϋπολογισμό, άνευ του οποίου ο Δήμος αδυνατούσε να προβεί σε οιαδήποτε ενέργεια. Συνεπώς, η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλείται ο Δήμος για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν απορρέει από δική του ευθύνη. Τέλος, η επιλογή της εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ), γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, αφού μόνο οι πιο κατεστραμμένες οδοί, που εγκυμονούν κίνδυνο ατυχήματος περιελήφθησαν στην πρόσκληση, το ύψος της οποίας είναι μικρό, εκτός των άλλων, δε, επιβάλλεται και από την συνήθη διάρκεια των διαγωνισμών του είδους, η οποία με την άσκηση προσφυγών και αιτήσεων αναστολής υπερβαίνει μονίμως το έτος, ήτοι χρονικό διάστημα που δεν είναι ανεκτό να παραμείνουν στην κατάσταση αυτή οι προς επισκευή οδοί.

9. Επειδή, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων με διαπραγμάτευση, στο άρθρο 32 του ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε στο εθνικό δίκαιο τις διατάξεις του άρθρου 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, μεταξύ άλλων προβλέπονται τα εξής: «...2. 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. ...». Από τη γραμματική διατύπωση των διατυπώσεων των παραπάνω διατάξεων συνάγεται πως στην περίπτωση που συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή που δεν απορρέουν από δική της ευθύνη, η διαδικασία για τη διαπραγμάτευση με σκοπό τη σύναψη σχετικής με την κάλυψη της ανάγκης αυτής δημόσιας σύμβασης δεν είναι υποχρεωτικό να δημοσιεύεται, ανεξαρτήτως ποσού σύμβασης. Κατά συνέπεια, εφόσον νομίμως επιλέγεται, στη διαδικασία αυτή δεν έχουν εφαρμογή οι διατάξεις του άρθρου 65 του ν. 4412/2016 περί δημοσίευσης προκηρύξεων και γνωστοποιήσεων, ούτε η παράλειψη δημοσίευσης σχετικής προκήρυξης συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Εξάλλου, υπό την ίδια ως άνω προϋπόθεση, κατά την περίπτωση δηλαδή που συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή που δεν απορρέουν από δική της ευθύνη, αν επιλεγεί η διαδικασία διαπραγμάτευσης με σκοπό τη σύναψη σχετικής με την κάλυψη της ανάγκης αυτής δημόσιας σύμβασης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, δεν έχουν εφαρμογή ούτε οι διατάξεις των άρθρων 27 έως 31 του ν. 4412/2016, ούτε του άρθρου 121 του ίδιου νόμου, σχετικά με τις προθεσμίες για την παραλαβή προσφορών, αφού για τον υπολογισμό των σχετικών προθεσμιών αφετήριο γεγονός αποτελεί η δημοσίευση της σχετικής προκήρυξης της διαδικασίας, η οποία στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 γ) νομίμως παραλείπεται, δεν έχουν εφαρμογή όμως ούτε και οι διατάξεις του άρθρου 60 του ν. 4412/2016 που καθιερώνουν κριτήρια για τον καθορισμό προθεσμιών

Αριθμός απόφασης: 1651 / 2020

μεγαλυτέρων από αυτές που προβλέπονται στα άρθρα 26 έως 31 και 121 του νόμου. Κατά τη διαδικασία του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, άλλωστε, έχει κριθεί (πρβλ. ΑΕΠΠ 128/2020, σκ. 33, με τις στη σκέψη αυτή περαιτέρω παραπομπές) ότι η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να δημοσιοποιήσει ευρέως την πρόθεση της για σύναψη σύμβασης μέσω προκήρυξης, αλλά μπορεί απλά να διαπραγματευτεί απευθείας με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς της επιλογής της.

10. Επειδή, όμως, οι ανωτέρω διατάξεις εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή 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. Στο πλαίσιο αυτό 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.). 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

Αριθμός απόφασης: 1651 / 2020

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.). Μάλιστα, η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στην εξαιρετική αυτή διαδικασία της διαπραγμάτευσης πρέπει να αιτιολογείται πλήρως και ειδικώς 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.). Λόγω του εξαιρετικού χαρακτήρα, άλλωστε, που κατά τα άνω έχει η επιλογή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, με τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011 προ της έκδοσης απόφασης κάθε αναθέτουσας αρχής για προσφυγή, μεταξύ άλλων, στη διαδικασία αυτή, καθιερώθηκε, με εξαίρεση των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, υποχρέωση προηγούμενης σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ), εφόσον οι συμβάσεις οι οποίες διώκεται να ανατεθούν με τη διαδικασία αυτή εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, περίπτωση, πάντως που δεν συντρέχει στην εδώ εξεταζόμενη περίπτωση, αφού η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται, του ΦΠΑ μη συμπεριλαμβανομένου, στις 201.612,90€.

11. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση από τα στοιχεία του φακέλου δεν προκύπτει ότι πληρούνται σωρευτικώς όλες οι αναφερόμενες στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας προϋποθέσεις, ώστε να αιτιολογείται πλήρως και ειδικώς η κίνηση της προσβαλλόμενης διαδικασίας με διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης για την ανάθεση της επίμαχης σύμβασης. Κατ' αρχάς δεν προκύπτει ότι η καταστροφή των στρώσεων κυκλοφορίας στις Τ.Κ. "...” του "...” , η αποκατάσταση των οποίων

Αριθμός απόφασης: 1651 / 2020

δημοπρατείται με την επίμαχη διαδικασία, επήλθε εξ ολοκλήρου από τα πλημμυρικά φαινόμενα που προκλήθηκαν από την έντονη κακοκαιρία που έπληξε τον Δήμο στις 6-4-2019. Όπως ο ίδιος ο Δήμος συνομολογεί στις απόψεις του, τα καταστρώματα των δημοτικών και αγροτικών δρόμων των ανωτέρω περιοχών ήταν ήδη κατεστραμμένα, λόγω ατελούς συντήρησής τους. Στο βαθμό δε που δεν προβάλλεται ότι οι δρόμοι των ανωτέρω περιοχών είχαν μεν ζημίες, αλλά καταστράφηκαν ολοκληρωτικά από την κακοκαιρία της 6^{ης}/4^{ου}/2019, η επίκληση της κακοκαιρίας, ως απρόβλεπτου γεγονότος που συνδέεται αιτιωδώς με την ανάγκη αποκατάστασης των καταστρωμάτων των επίμαχων δρόμων, δεν συνιστά περίπτωση που αιτιολογεί πλήρως και ειδικώς κατεπείγουσα ανάγκη, η κήρυξη δε του Δήμου σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης πολιτικής προστασίας, ένεκα της κακοκαιρίας, η ισχύς της οποίας μάλιστα έχει παραταθεί μέχρι τις 07-04-2021 προβάλλεται αλυσιτελώς. Και υπό την εκδοχή, όμως, ότι η ολοκληρωτική καταστροφή των επίμαχων δρόμων, επέβαλε σε κάθε περίπτωση την ανάγκη άμεσης αποκατάστασής τους, ενόψει της παραδοχής του Δήμου ότι αυτοί ήταν ήδη κατεστραμμένοι λόγω πλημμελούς συντήρησής τους, από τον φάκελο της υπόθεσης δεν προκύπτει ότι η καταστροφή τους δεν επιτάχθηκε εξ ιδίου πταίσματος του Δήμου, λόγω της πλημμελούς συντήρησής τους δηλαδή. Περαιτέρω, δεν προκύπτει ότι απαιτείται άμεσα και με το εξαιρετικό καθεστώς του άρθρου 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016 η πλήρης αποκατάσταση των ζημιών στους επίμαχους δρόμους, διότι σε διαφορετική περίπτωση τίθεται σε κίνδυνο υπέρτερο δημόσιο αγαθό, όπως η δημόσια υγεία ή η δημόσια ασφάλεια ή άλλο. Αντιθέτως, από τη τεχνική περιγραφή του έργου προκύπτει ότι «Κατέστη ... αναγκαία και άμεση η αποκατάσταση του αγροτικού και δημοτικού οδικού δικτύου για τις ανωτέρω περιοχές, εξασφαλίζοντας την ανεμπόδιστη προσβασιμότητα των κατοίκων των περιοχών αυτών, την απρόσκοπτη μεταφορά των παραγόμενων αγροτικών προϊόντων και την αντιμετώπιση μελλοντικών πλημμυρικών φαινομένων». Δεν προκύπτει δηλαδή ότι η αποκατάσταση των ζημιών στους δρόμους επιχειρείται για την αποφυγή του κινδύνου ατυχημάτων όπως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή. Και υπό την αντίθετη εκδοχή, όμως, ότι δηλαδή, οι λόγω της κακοκαιρίας κατεστραμμένοι δρόμοι ενείχαν κίνδυνο για την πρόκληση ατυχήματος ή ότι για άλλο λόγο δημοσίου συμφέροντος απαιτείτο άμεσα η αποκατάστασή τους, δεν προκύπτει ότι από την επέλευση της καταστροφής (06-04-2019) μέχρι την κίνηση της

Αριθμός απόφασης: 1651 / 2020

προσβαλλόμενης διαδικασίας (“...”), η αναθέτουσα αρχή μετέλλθε τα μέσα του μέσου συνετού κοινωνού, ώστε δεν μπορούσε νωρίτερα να κινήσει άλλη διαδικασία σύναψης δημόσιας για την άμεση αποκατάσταση των ζημιών, εκτός της εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016. Δεν προκύπτει ότι για τη σύνταξη και την έγκριση της κυκλοφοριακής μελέτης της αποκατάστασης, λόγω του κύκλου των αρμοδιοτήτων των υπηρεσιών του Δήμου απαιτούσε δεκαοκτώ μήνες από την κακοκαιρία. Όπως στο άρθρο 3 της πρόσκλησης αναφέρεται για την εργασίες που πρόκειται να ανατεθούν, δεν απαιτείται η σύνταξη ιδιαίτερης τεχνικής μελέτης, η δε μελέτη που εγκρίθηκε περιορίζεται στην εξής περιγραφή των εργασιών: «τσιμεντόστρωση τμημάτων αγροτικών δρόμων ... θα αποξηλωθούν οι επιφανειακές στρώσεις κυκλοφορίας που έχουν υποστεί τη μεγαλύτερη καταστροφή και θα ασφαλοστρωθούν εκ νέου καθώς θα αποκατασταθούν και όλες οι σημειακές φθορές των εύκαμπτων οδοστρωμάτων ... Επιπροσθέτως, αποκαθίστανται πλήρως κάποια τμήματα της δημοτικής οδοποιίας της περιοχής που λόγω της θέσης τους, έχουν υποστεί τμηματικές καταστροφές στο κατάστρωμα τους και έχει απομακρυνθεί το υλικό της βάσης λόγω των βροχοπτώσεων» και στη συμπερίληψη δύο (2) φωτογραφιών από τη διαδικτυακή εφαρμογή «Google earth» με επισημειωμένα τα τμήματα των οδών όπου θα λάβουν χώρα οι εργασίες, ενώ η Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων και το Τιμολόγιο Εργασιών δεν φαίνεται να περιέχουν ειδικούς όρους που μελετήθηκαν για το υπό δημοπράτηση έργο. Εξάλλου, δεν αιτιολογείται επαρκώς η κατά μήνα Οκτώβριο του 2020 αποδέσμευση του οικείου κονδυλίου από τον κρατικό προϋπολογισμό, άνευ του οποίου ο Δήμος αδυνατούσε να προβεί σε οιαδήποτε ενέργεια. Δεν ισχυρίζεται ο Δήμος, ούτε προκύπτει ότι παρά την κατεπείγουσα ανάγκη που επικαλείται, ζήτησε άμεσα να αποδεσμευτεί το οικείο κονδύλιο από τον κρατικό προϋπολογισμό, αλλά αυτό έλαβε χώρα μετά δεκαοκτώ μήνες από την καταστροφή, άνευ ευθύνης του. Αντιθέτως, όπως προκύπτει από τη με αριθμό 225/2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, ήδη από του έτους 2018 με την υπ’ αρ. “...” (ΑΔΑ: “...”) Απόφαση Υπουργού Εσωτερικών είχε αποφασιστεί ο καθ’ ου Δήμος να χρηματοδοτηθεί για την πρόληψη και την αντιμετώπιση ζημιών και καταστροφών που προκαλούνται από θεομηνίες, από δε την περιεχόμενη στον φάκελο της υπόθεσης με αριθμό “...” Απόφαση ανάληψης υποχρέωσης του Δήμου, προκύπτει ότι η δαπάνη για το δημοπρατούμενο έργο περιλαμβάνεται

Αριθμός απόφασης: 1651 / 2020

στο ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΠΡΟΛΗΨΗΣ ΚΑΙ ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗΣ ΖΗΜΙΩΝ ΚΑΙ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΩΝ ΠΟΥ ΠΡΟΚΑΛΟΥΝΤΑΙ ΑΠΟ ΘΕΟΜΗΝΙΕΣ ΣΤΟΥΣ ΟΤΑ Α' ΚΑΙ Β' ΒΑΘΜΟΥ ΤΗΣ ΧΩΡΑΣ, για την υλοποίηση του οποίου είχαν προϋπολογιστεί σχετικά ποσά (ΚΑ 64.7333.0011) στον προϋπολογισμό οικονομικού έτους 2020 του Δήμου, το αίτημα όμως για την αναγκαιότητα υλοποίησης της σχετικής δαπάνης υποβλήθηκε στις 16-09-2020, δηλαδή δεκαεπτά μήνες μετά την κακοκαιρία που επέφερε τις καταστροφές. Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός του καθ' ου Δήμου ότι η επιλογή της εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ) επιβάλλεται και εξαιτίας της συνήθους διάρκειας των διαγωνισμών του είδους, η οποία με την άσκηση προσφυγών και αιτήσεων αναστολής υπερβαίνει μονίμως το έτος, προβάλλεται αλυσιτελώς. Διότι, και αληθής υποτιθέμενος, αν ο καθ' ου Δήμος είχε προβεί άμεσα στις αναγκαίες προπαρασκευαστικές πράξεις για την ανάθεση της επίμαχης σύμβασης με ανοιχτή διαδικασία, κατά τον χρόνο που απέστειλε την προσβαλλόμενη πρόσκληση, η σχετική διαδικασία, σύμφωνα με τον ισχυρισμό αυτό, θα έπρεπε να έχει ολοκληρωθεί .

12. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, δεν αιτιολογείται πλήρως και ειδικώς η προσφυγή του “...” στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ) για τη δημοπράτηση του επίμαχου έργου, με συνέπεια η προσβαλλόμενη πρόσκληση σε διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσής του να καθίσταται ακυρωτέα.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την από “...” πρόσκληση υποβολής προσφορών με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης (του άρθρου 32,

Αριθμός απόφασης: 1651 / 2020

παρ 2γ του ν. 4412/2016, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης ως τροποποιήθηκε με το αρθ. 43 του ν. 4605/2019) του “...” για την ανάδειξη αναδόχου του έργου υπό τον τίτλο «“...” », συνολικής εκτιμώμενης αξίας, του ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένου, 250.000,00€.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 26 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 16 Δεκεμβρίου 2020 από τον νέο Πρόεδρο του 2^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της με αριθμό 104/2020 Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου