

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 13 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη-Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχάλης Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 04.12.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1815/07.12.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «***** (εφεξής προσφεύγων), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της***** (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «***** (εφεξής α' παρεμβαίνων), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «***** (εφεξής β' παρεμβαίνων), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί μερικώς η υπ' αριθμ. ***** κατά το τμήμα αυτής που αναφέρεται στην Πρόσκληση οικονομικών φορέων κατά παράλειψη της εταιρείας του και να υποχρεωθεί η αναθέτουσα αρχή να αποδεχθεί και να εξετάσει προσηκόντως την υποβληθείσα προσφορά του ώστε να του επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την εκτέλεση του έργου «*****».

Επικουρικά ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί εν συνόλω η προσβαλλόμενη, καθώς και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής. Να διαταχθεί η αναθέτουσα αρχή να διεξαγάγει διαδικασία τακτικού διαγωνισμού, με προσφυγή σε ανοιχτή ή κλειστή

διαγωνιστική διαδικασία για το συγκεκριμένο έργο, **άλλως** να προσφύγει εκ νέου σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σύμφωνα με του όρους και τις προϋποθέσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 32 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, με τη συμμετοχή του.

Αμφότεροι οι παρεμβαίνοντες αιτούνται την απόρριψη της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο ύψους 15.000,00 Ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ***** και εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών όπου στο πεδίο κατάσταση του ως άνω παραβόλου αναφέρεται η ένδειξη «Δεσμευμένο» και αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής του εν λόγω παραβόλου δια μέσω της ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΡΑΠΕΖΑΣ ημερομηνίας 4.12.2020).

2. Επειδή, με την με αρ. πρωτ.: ***** προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής (ΘΕΜΑ 48) αποφασίσθηκε κατά πλειοψηφία η έγκριση: **α) προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών, και υπηρεσιών σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, παρ. 2.γ του ν.4412/2016, για το έργο «*****», προϋπολογισμού 18.950.000,00€ (συμπ. Φ.Π.Α.), β) των όρων και της επισυναπτόμενης πρόσκλησης για τη διαδικασία διαπραγμάτευσης για το παραπάνω έργο και γ) της επιτροπής διαπραγμάτευσης.**

3. Επειδή, η επίμαχη διαδικασία ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας και του χρόνου εκκίνησης της, εμπίπτει στο πεδίο

εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

4. Επειδή, ο προσφεύγων απέστειλε, την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 4.12.2020, ήτοι νομίμως, δοθέντος ότι η διαδικασία διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ. Κατά δήλωση του, δε, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης τυχαία, στις 24.11.2020. Εν προκειμένω ισχυρίζεται ότι *«γνώση της ως άνω απόφασης της ***** λάβαμε τυχαία μόλις δυο μέρες (24.11.2020) προ της υποβολής της προσφοράς μας (26.11.2020) λόγω της παράνομης παράλειψης πρόσκλησής μας στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης. Η πρόσκληση και τα υπόλοιπα έγγραφα της διαδικασίας (Σχετ.3) δεν κοινοποιήθηκαν στην εταιρεία μας, ωστόσο στις 24.11.2020 τυχαία λάβαμε γνώση των προσβαλλόμενων με την παρούσα προσφυγή πράξεων, και σε δυο μέρες καταθέσαμε την υπ' αρ. πρωτ. ***** Σημειώνεται άλλωστε πως η οικεία διαδικασία διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ»*.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Επειδή, με την με αρ. 2149/07.12.2020 Πράξη της Προέδρου του 7ου Κλιμακίου, η οποία κοινοποιήθηκε σε αμφότερα τα μέρη στις 08.12.2020, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί της λήψης προσωρινών μέτρων. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στους ενδιαφερομένους ομοίως στις 08.12.2020 και στις 17.12.2020 απέστειλε στην ΑΕΠΠ και στους ενδιαφερομένους τις οικείες απόψεις της.

7. Επειδή, αμφότεροι οι παρεμβαίνοντες κατέθεσαν έκαστος εξ αυτών ενώπιον της ΑΕΠΠ την από 18.12.2020 παρέμβαση τους, αιτούμενοι την απόρριψη της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης και εν προκειμένω εμπροθέσμως δοθείσας της κοινοποίησης σε αυτούς της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στις

08.12.2020. Περαιτέρω, μεθ' εννόμου συμφέροντος, ειδικότερα ο μεν β' παρεμβαίνων διότι ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος και προφανώς βλάπτεται από τυχόν (μερική ή ολική ακύρωση) της προσβαλλόμενης, ο δε α' παρεμβαίνων καθόσον, το έννομο συμφέρον προς παρέμβαση αναγνωρίζεται και σε εκείνον που βλέπει να μειώνονται οι πιθανότητες επιτυχίας του από ενδεχόμενη αποδοχή της προσφυγής (Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2020, Νομική Βιβλιοθήκη, 2^η έκδοση, παρ. 262, σελ 176). Εξάλλου δεδομένου ότι το έννομο συμφέρον του παρεμβαίνοντος δεν διαφέρει εν γένει με το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος (βλ. και Στασινόπουλος Μ., Δίκαιο των Διοικητικών Διαφορών, σελ 245), και δοθέντος ότι μετά τις πρόσφατες ζυμώσεις της νομολογίας επί της διεύρυνσης του εννόμου συμφέροντος, έννομο συμφέρον αναγνωρίζεται και ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί, επιπλέον, να απορρεύσει από την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον υποψήφιο (ΔΕΕ, 14.02.2019, C-54/18 (Cooperativa Animazione Valdocco, σκ. 36, ο δε α' παρεμβαίνων κατετάγη 2^{ος} σε σειρά μειοδοσίας, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί απαράδεκτης άσκησης της παρέμβασης του α' παρεμβαίνοντος).

8. Επειδή, η τήρηση των ενωσιακών κανόνων πρέπει να διασφαλίζεται, ιδίως σε ένα στάδιο κατά το οποίο οι παραβάσεις επιδέχονται ακόμη θεραπεία, δηλαδή είναι δεκτική προσφυγής η δήλωση βουλήσεως της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά μια δημόσια σύμβαση, η οποία καθίσταται γνωστή κατά οποιονδήποτε τρόπο στους ενδιαφερομένους, εφόσον αυτή η δήλωση δεν είναι αμιγώς προπαρασκευαστική και εντάσσεται στο στάδιο της εσωτερικής διαβουλεύσεως της αναθέτουσας αρχής αλλά μπορεί να έχει έννομα αποτελέσματα. Η έναρξη συγκεκριμένων διαπραγματεύσεων για τη σύναψη συμβάσεως με τον ενδιαφερόμενο αποτελεί τέτοια δήλωση βουλήσεως (Απόφαση 18ης Ιουνίου 2002, C-92/00, ΗΙ, Συλλογή 2002). Εν προκειμένω, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι

παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής παράβαση των κανόνων που διέπουν την ανάθεση τους. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης/πρόσκλησης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη λόγω παραβίασης των κανόνων που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη λυσιτελή συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΣτΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561 /2013, ΣτΕ(Ασφ) 314/2013, ΣτΕ (Ασφ) 472/2012, ΣτΕ (Ασφ) 718/2012, ΣτΕ (Ασφ) 714/2012, ΣτΕ 890/2009, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

9. Επειδή, ο προσφεύγων προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του ισχυρίζεται, αυτολεξεί, ότι: *«Εν προκειμένω η εταιρία μας αναπτύσσει την κύρια δραστηριότητά της στην σχετική με το αντικείμενο της πρόσκλησης αγορά, καθότι αποτελεί επιχείρηση, εγγεγραμμένη στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (****) στην 6" τάξη, για έργα Υδραυλικά, Οδοποιία, Οικοδομικά, Βιομηχανικά-Ενεργειακά, Ηλεκτομηχανολογικά, Λιμενικά, όπως προκύπτει, άλλωστε, από την προσκομιζόμενη ενημερότητα του πτυχίου της (Σχετ.8). Μάλιστα, όσον αφορά στο προκηρυχθέν συμβατικό αντικείμενο η εταιρεία μας έχει αναπτύξει εκτεταμένη δραστηριότητα τόσο στον χώρο των δημόσιων, όσο και των ιδιωτικών έργων. Περαιτέρω διαθέτει τα κατάλληλα επαγγελματικά προσόντα και διατηρεί τον αναγκαίο εξοπλισμό και προσωπικό για την εκτέλεση το έργου και πληροί όλες τις σχετικές τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις, όπως αποδεικνύεται από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά. Ωστόσο εμποδίζεται παρανόμως να συμμετάσχει στην υπό εξέλιξη διαδικασία και να διεκδικήσει την ανάληψη του επίμαχου έργου, λόγω της παράνομης παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να συμπεριλάβει αυτή μεταξύ των οικονομικών φορέων*

προς τους οποίους απηύθυνε την προσβαλλόμενη με την παρούσα Πρόσκληση. Συνεπώς η εταιρία μας έχουσα πρόδηλο έννομο συμφέρον κατά την σχετική νομολογία της ΑΕΠΠ (689/2020 ΑΕΠΠ 7ο Κλιμ.), παραδεκτά στρέφεται κατά των προαναφερθεισών πράξεων διότι υφίσταται άμεση ζημία από αυτές, δοθέντος ότι ιδίως με την πρώτη προσβαλλόμενη πράξη εμποδίζεται παρανόμως να διεκδικήσει επί ίσοις όροις την ανάληψη του επίμαχου έργου με αποτέλεσμα την βλάβη των οικονομικών και ευρύτερα επαγγελματικών της συμφερόντων. Επιδιώκει συνεπώς παραδεκτά την μερική ακύρωση της προσβαλλόμενης (*****) κατά το σκέλος που δεν περιλαμβάνει την εταιρεία μας μεταξύ των αποδεκτών της, άλλως και εντελώς επικουρικώς την συνολική ακύρωση της υπ' αριθ. ***** καθώς και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας. Εξάλλου έχει κριθεί ότι σε περίπτωση άσκησης προσφυγής κατά όρων της διακήρυξης, παραδεκτώς προσβάλλονται αυτοί κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, καθώς το δικαίωμα άσκησης αυτής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται να μετάσχει στον διαγωνισμό και όχι απλά έχει υποστεί ζημία, αλλά και ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη. Το έννομο συμφέρον στην περίπτωση αυτή παγίως ερμηνεύεται με ευρύτητα, ώστε στην περίπτωση της προσβολής όρων διακήρυξης να καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά, πλην, όμως, η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων της διακήρυξης ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό της προσφοράς του, άρα στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή ενόψει της συμμετοχής του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Έτσι, κρίθηκε ότι το έννομο συμφέρον οικονομικού φορέα συνίσταται αυτοτελώς στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχοντας άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι αυτής, δοθέντος ότι δια των συγκεκριμένων προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης υφίσταται ζημία, αφού καθίσταται αφενός υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό και αφετέρου ευνοείται μόνον ένας συγκεκριμένος οικονομικός

φορέας (ΑΕΠΠ 329/2020, 3ο Κλιμ.). Για την ταυτότητα του νομικού λόγου οι ίδιες προϋποθέσεις κατάφασης του εννόμου συμφέροντος ελέγχονται και στην περίπτωση της προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, άνευ, δηλαδή ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας.

Επίσης, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι αποδεικνύεται η συνδρομή των απαιτούμενων για την ανάθεση της σύμβασης τυπικών και ουσιαστικών προσόντων και την τήρηση των επιμέρους προϋποθέσεων βάσει του άρθρου 23 της διακήρυξης. Εν προκειμένω, ισχυρίζεται ότι κατέθεσε τα κάτωθι απαιτούμενα εκ του άρθρου 22Α της διακήρυξης δικαιολογητικά αναφορικά με τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού: «1. το υπ' αρ. **** αντίγραφο ποινικού μητρώου, 2. την υπ' αρ. 3264 ένορκη βεβαίωση, 3. το υπ' **** αντίγραφο ποινικού μητρώου, 4. το υπ' αρ. **** αντίγραφο ποινικού μητρώου, 5. την υπ' αρ. πρωτ. **** φορολογική ενημερότητα της εταιρείας, 6. την υπ' αρ. πρωτ. **** ασφαλιστική ενημερότητα της εταιρείας, 7. την υπ' αρ. πρωτ. **** ασφαλιστική ενημερότητα έργου, 8. την υπ' αρ. πρωτ. **** ασφαλιστική ενημερότητα έργου, 9. την υπ' αρ. πρωτ. **** ασφαλιστική ενημερότητα έργου, 10. την υπ' αρ. πρωτ. **** ασφαλιστική ενημερότητα έργου, 11. την υπ' αρ. πρωτ. **** ασφαλιστική ενημερότητα έργου, 12. την υπ' αρ. πρωτ. **** ασφαλιστική ενημερότητα έργου, 13. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ 14. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 15. την υπ' αρ. πρωτ. ****, 16. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 17. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 18. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 19. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 20. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 21. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 22. Την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 23. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ασφάλισης ΤΕΕ, 24. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ασφάλισης ΕΕΤΕΜ, 25. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ασφάλισης ΕΕΤΕΜ, 26. την υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου για ασφάλιση στελέχους, 27. τον Ατομικό Λογαριασμό Ασφάλισης στελέχους, 28. την υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου περί μη αθέτησης υποχρεώσεων καταβολής φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης,

29. την υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου σχετικά με Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας, 30. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ΣΤΕΑΤ, 31. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ΠΕΔΜΕΔΕ, 32. το υπ' αρ. πρωτ. 27955/2020 Πιστοποιητικό Πρωτοδικείου περί μη κήρυξης σε κατάσταση πτώχευσης, 33. το υπ' αρ. πρωτ. **** Πιστοποιητικό Πρωτοδικείου περί μη κατάθεσης δικογράφου αίτησης (οικονομικού ενδιαφέροντος, πτωχευτικής διαδικασίας και διαδικασίας συνδιαλλαγής/εξυγίανσης), 34. την υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α4 του άρθρου 22 της Διακήρυξης, 35. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση πειθαρχικού ΤΕΕ, 36. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 37. την υπ' αρ. πρωτ. ***** βεβαίωση πειθαρχικού ΤΕΕ, 38. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 39. την υπ' αρ. πρωτ. ***** βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 40. την υπ' αρ. πρωτ. ***** βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 41. την υπ' αρ. πρωτ. ***** βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 42. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 43. την υπ' αρ. πρωτ. ***** βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 44. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση πειθαρχικού του ΤΕΕ, 45. την υπ' αρ. πρωτ. ***** βεβαίωση ΕΕΤΕΜ, 46. την υπ' αρ. πρωτ. **** βεβαίωση ΕΕΤΕΜ, 47. Υπεύθυνη δήλωση νομίμου εκπροσώπου (εθνικός λόγος αποκλεισμού), 48. το υπ' αρ. πρωτ. ***** Πιστοποιητικό Γ.Ε.ΜΗ., 49. Υπεύθυνη δήλωση νομίμου εκπροσώπου με συνημμένο πίνακα στοιχείων μετόχων, 50. Υπεύθυνη δήλωση νομίμου εκπροσώπου αναφορικά με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016, 51. Υπεύθυνη δήλωση νομίμου εκπροσώπου αναφορικά με ΚΥΑ 20977/23-08-2007. Επιπλέον, προς απόδειξη της καταλληλότητάς του για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 22Β της διακήρυξης, κατέθεσε την υπ' αρ. πρωτ. ***** βεβαίωση εγγραφής Μ.Ε.Ε.Π. Επίσης, κατέθεσε τα κάτωθι δικαιολογητικά έγγραφα Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22Γ της διακήρυξης: 1. την υπ' αρ. πρωτ. Δ24/8691/28.07.2020 βεβαίωση εγγραφής Μ.Ε.Ε.Π. 2. την υπ' αρ. πρωτ. Δ24/ΤΡ.9513/2020/03.07.2020 Ενημερότητα πτυχίου, 3. Υπεύθυνη δήλωση νομίμου εκπροσώπου αναφορικά με τη μη υπέρβαση ορίων ανεκτελέστου συνοδευόμενη από πίνακα ανεκτελέστου μέρους εργολαβιών

δημοσίων έργων. Εν συνεχεία, καταθέσαμε την υπ' αρ. πρωτ.***** βεβαίωση εγγραφής Μ.Ε.Ε.Π. ως απαιτούμενο δικαιολογητικά Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας του άρθρου 22Δ της διακήρυξης. Τέλος, αναφορικά με τον έλεγχο νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου προσκομίσαμε τα κάτωθι έγγραφα: 1. το ΦΕΚ σύστασης της εταιρείας, 2. το ισχύον καταστατικό της εταιρείας, 3. το από 24.11.2020 Πρακτικό Διοικητικού Συμβουλίου για συμμετοχή στη διαδικασία, 4. το υπ' αρ. πρωτ.**** Πιστοποιητικό Γ.Ε.ΜΗ., 5. το υπ' αρ. πρωτ.***** Πιστοποιητικό Γ.Ε.Μ.Η».

Η κατάθεση των εγγράφων αυτών αποδεικνύει και το έννομο συμφέρον του για την άσκηση της παρούσας, δοθέντος ότι πληροί το σύνολο των τυπικών και ουσιαστικών προϋποθέσεων ανάδειξής του ως αναδόχου του επίμαχου έργου. Επιπροσθέτως, η εταιρεία μας υπέβαλε την με αριθ. Πρωτ. ***** Αίτηση (Σχετ.6) προς την αναθέτουσα, ζητώντας την γνωστοποίηση του τόπου και χρόνου αποσφράγισης των προσφορών του άνω έργου, προκειμένου να έχει τη δυνατότητα να παρευρεθεί δια εκπροσώπου, ως έχουσα προς τούτο έννομο συμφέρον. Ακολουθώντας υποβάλαμε την με αρ. πρωτ. **** αίτηση (Σχετ.7) ζητώντας ειδικώς όπως η προσφορά μας τύχει της προσήκουσας εξέτασης, διότι η εταιρεία μας δραστηριοποιείται στη σχετική με το αντικείμενο της διαδικασίας χώρο τόσο των δημοσίων όσο και των ιδιωτικών έργων καθώς είναι εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ στην 6 τάξη και ως εκ τούτου συγκεντρώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον να λάβει μέρος στην υπό εξέλιξη διαδικασία. Συνεπώς, παρά τον αυθαίρετο αποκλεισμό μας από τους προσκληθέντες οικονομικούς φορείς αιτηθήκαμε επανειλημμένα το άνοιγμα του υποβληθέντος φακέλου της εταιρείας μας, την αξιολόγηση της πρότασης καθώς και την εξέταση της οικονομικής μας προσφοράς». Ενδεικτικά προς απόδειξη της δραστηριοποίησής του στον χώρο ο προσφεύγων αναφέρει τις κάτωθι αναθέσεις δημοσίων συμβάσεων: α. "*****" του Υπουργείου Αγροτ. Ανάπτυξης και Τροφίμων/ Δ/νση Κατ/ων και μελετών/ 2ο Τμ. Εγγειοβ. Έργων με προϋπολογισμό: 6.380.000,00 € (με αναθεώρηση και ΦΠΑ) (Σχετ.9, η σχετική σύμβαση) β. "*****" της. ***** προϋπολογισμό: 8.154.900,00 € (Σχετ.10, η σχετική σύμβαση) γ. "Εργα αποκατάστασης των Χ.Α.Δ.Α. στις θέσεις "*****

Διεύθυνση Τεχνικών Έργων Τμήμα Δομών Περιβάλλοντος με προϋπολογισμό: 3.600.000,00 € (Σχετ.11, η σχετική σύμβαση) δ. "*****, Περιβάλλοντος & Υποδομών Διεύθυνση Τεχνικών Έργων με προϋπολογισμό: 2.400.000,00 € (Σχετ.12 η σχετική σύμβαση) ε. "***** Φάση:1) Εξωτερικός Αγωγός, 2) Κεντρική Δεξαμενή" της **** με προϋπολογισμό: 7.016.129,03 € (με αναθεώρηση Χωρίς ΦΠΑ) {Σχετ.13, η σχετική σύμβαση} στ. "***** με προϋπολογισμό: 48.694.800.0 € (Με φΠΑ) «Αποκατάσταση αγωγών αποχέτευσης ακαθάρτων παράλληλα στον αυτοκινητόδρομο ***** (Σχετ.14, η σχετική σύμβαση). ζ. «*****πρ/σμού 18.000.000 ευρώ (Σχετ.15 η σχετική σύμβαση) η. «Αποκατάσταση αγωγών αποχέτευσης ακαθάρτων παράλληλα στον αυτοκινητόδρομο ***** (Σχετ.16 η σχετική σύμβαση).

10. Επειδή αναφορικά με το αίτημα του προσφεύγοντος περί λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, και σε συνέχεια του από 11.12.2020 μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του προσφεύγοντος προς το κρίνον Κλιμάκιο με θέμα «Κατεπείγον αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων - αριθ. καταθ. ΑΕΠΠ 1815/7.12.2020» ο προσφεύγων αναφέρει ότι «σε συνέχεια της με αριθ. καταθ. ΑΕΠΠ 1815/2020 προδικαστικής προσφυγής της εταιρίας μας, Σας διαβιβάζουμε την *****, γνώση της οποίας λάβαμε σήμερα, με την οποία εγκρίνεται το Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαπραγμάτευσης για το έργο "*****" με το οποίο (πρακτικό) προτείνεται η κατακύρωση της σύμβασης στην εταιρία "*****". Κατά συνέπεια, σε περίπτωση που δεν χορηγηθεί από Εσάς το αμεσότερο δυνατό το προσωρινό μέτρο της αναστολής περαιτέρω εξέλιξης της διαδικασίας και ιδίως της υπογραφής της σύμβασης, η προσφυγή μας καθίσταται άνευ αντικειμένου και στερούμαστε της δυνατότητας δικαστικής προστασίας καθώς κατά τα γνωστά απομένουν σε εμάς μόνο αποζημιωτικής φύσεως αξιώσεις (έμμεση αποκατάσταση της βλάβης μας) και δεν δυνάμεθα να διεκδικήσουμε την κατακύρωση του συμβατικού αντικειμένου. Επειδή η εν λόγω διαδικασία είναι καταφώρως παράνομη για τους λόγους που αναλύουμε στην προδικαστική προσφυγή μας. Επειδή η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας θα επιφέρει ανεπανόρθωτη βλάβη αφενός στην εταιρία μας, αφετέρου στο δημόσιο συμφέρον λόγω του περιορισμένου ανταγωνισμού που δεν διασφαλίζει

την οικονομική αποτελεσματικότητα της σύμβασης, όπως λεπτομερώς αναφέρουμε στο σωρευθέν με την προδικαστική προσφυγή μας αίτημα για λήψη προσωρινών μέτρων. Επειδή μετά την έκδοση της προαναφερόμενης απόφασης η προδικαστική προσφυγή μας κινδυνεύει να καταστεί άνευ αντικειμένου, για τους λόγους αυτούς ΑΙΤΟΥΜΑΣΤΕ 1.Την έκδοση απόφασης επί των αιτούμενων και σωρευόμενων με το δικόγραφο της προδικαστικής προσφυγής μας προσωρινών μέτρων και την άμεση λήψη αυτών, ει δυνατόν και εντός της ημέρας λόγω του εξαιρετικού χαρακτήρα της διαδικασίας. 2.Να λάβουμε γνώση των τυχόν κατατεθειμένων απόψεων της Διοίκησης επί της προδικαστικής προσφυγής μας και των τυχόν ασκηθέντων παρεμβάσεων».

Στη συνέχεια, δοθέντος ότι σύμφωνα με το άρθρο 364 «Ανασταλτικό αποτέλεσμα» του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι «1. Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366. 2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, ...», ήτοι περιλαμβανόμενων και των διαδικασιών της παρ. 2 γ του άρθρου 32 του ίδιου ως άνω νόμου, συζητήθηκε αυθημερόν το αίτημα του προσφεύγοντος περί λήψης κατάλληλων μέτρων προσωρινής προστασίας και εκδόθηκε η με αρ. Α272/11.12.2020 Απόφαση του κρίνοντος Κλιμακίου η οποία κοινοποιήθηκε στα μέρη, ημέρα Δευτέρα 14.12.2020 περί ώρα 10:00πμ, σύμφωνα με την οποία ανεστάλη η κατακύρωση του αποτελέσματος της επίμαχης διαδικασίας και η υπογραφή της σύμβασης, κατά το σκεπτικό της. Σύμφωνα δε με τη σκέψη 19 της με αρ. Α272/2020 Απόφασης ΑΕΠΠ, η παρεχόμενη εκ του νόμου προστασία δεν αφορά μόνο την οριστική επίλυση της διαφοράς, αλλά περιλαμβάνει και την προσωρινή δικαστική προστασία, δηλαδή τη λήψη του μέτρου που κρίνεται κατάλληλο για να αποσοβηθεί η ανεπανόρθωτη βλάβη, που κατά περίπτωση συνδέεται με την άμεση εκτέλεση της διοικητικής πράξης,

ήτοι για να αποσοβηθεί η ματαίωση του σκοπού, για τον οποίο παρέχεται το κύριο ένδικο βοήθημα. Περαιτέρω, στην ως άνω Απόφαση της ΑΕΠΠ αναγράφεται « 3. Επειδή, ο προσφεύγων απέστειλε, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 4.12.2020, ήτοι νομίμως και καταρχήν εμπροθέσμως κατ' άρθρα 362 και 361 του ν. 4412/2016, δηλώνοντας ότι έλαβε γνώση της προβαλλόμενης στις 24.11.202025....εν προκειμένω: α) η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί καταρχήν παραδεκτώς, ήτοι δεν είναι προδήλως απαράδεκτη, β) οι λόγοι της προσφυγής δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι ή απαράδεκτοι, στο σύνολό τους. Εν προκειμένω, ενόψει των προβαλλόμενων ισχυρισμών που περιλαμβάνονται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι η διαπίστωση της βασιμότητας και η οριστική κρίση επ' αυτών, απαιτεί κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 631/2011, 367/2008, 709/2007 ΔΕφΑθ (Συμβ) 109/2011, 166/2011 9/2015, 10/2015, 35/2015, 41/2015, 46/2015), αλλά ανήκει στην κρίση του Δικαστηρίου, εν προκειμένω καταρχήν στην Α.Ε.Π.Π., η οποία θα κρίνει, υπό το φως της κείμενης εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας και νομολογίας, σε σχέση με τα στοιχεία του φακέλου και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και ενδεχομένως κατόπιν αναζήτησης διευκρινήσεων από αμφότερα τα μέρη». Επομένως, ευχερώς προκύπτει ότι με την με αρ. Α272/2020 Απόφαση ΑΕΠΠ περί χορήγησης προσωρινών μέτρων, οι κρίσεις εκφέρονται κατά πιθανολόγηση, το δε κρίνον Κλιμάκιο πολλάκις επιφυλάχθηκε ως προς το παραδεκτό της προσφυγής, ουδόλως δε δήλωσε ότι είναι προδήλως παραδεκτή αλλά ότι είναι καταρχήν παραδεκτή και κυρίως ότι δεν είναι προδήλως απαράδεκτη (βλ. σκ. 25 της με αρ. 272/2020 Απόφασης, εξάλλου το έννομο συμφέρον που απαιτείται για την άσκηση αίτησης χορήγησης μέτρων προσωρινής προστασίας δεν συμπίπτει κατ' ανάγκη με το απαιτούμενο για την άσκηση αίτησης ακυρώσεως, στη μεν πρώτη περίπτωση αφορά σε περίπτωση που πρέπει να είναι προσωρινά προστατευτέα.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή, ο προσφεύγων επικαλείται στην υπό κρίση Προσφυγή του ότι **«Α. Πρώτος λόγος ακύρωσης: Παράνομος αποκλεισμός από τη διαδικασία διαπραγμάτευσης. Παράλειψη πρόσκλησης της εταιρείας μας στην επίμαχη διαδικασία παρά το γεγονός ότι πληροί τα προσόντα ανάληψης του συμβατικού έργου. Κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας του οργάνου και έλλειψη ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας. Συνακόλουθα, όταν δεν δικαιολογείται νομίμως και επαρκώς μια απόφαση οργάνου ή όταν αυτό προβαίνει σε αυθαίρετες επιλογές, η εν λόγω κρίση του πάσχει και από πλευράς κακής χρήσης ή υπέρβασης της διακριτικής ευχέρειας του οργάνου.** (παρατίθεται σχετική νομολογία). «20. Συμπερασματικά, από τα παραπάνω συνάγεται ότι η παράλειψη πρόσκλησης του οικονομικού φορέα μας να συμμετάσχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παραβιάζει πρόδηλα τις αρχές της διαφάνειας, της ισότιμης συμμετοχής στις διαδικασίες κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού και αντίκειται στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)». Στη συνέχεια ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η ***** έχει επανειλημμένα εκδώσει αποφάσεις με τις οποίες εγκρίνει την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση κατ' άρθρο 32 του Ν. 4412/2016, καθώς και πίνακες συγκεκριμένων εργοληπτικών επιχειρήσεων που θα μετέχουν στην διαπραγμάτευση και αναφέρει ενδεικτικές αποφάσεις δια της προσκλήσεως συγκεκριμένων εταιρειών, τις οποίες προσκλήσεις και παραθέτει. Περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι «21. ...συνιστά καταρχάς κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους της διοίκησης - εκτός καταρχάς αν αιτιολογηθεί ειδικά- στην προκειμένη, δε, περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή δεν περιέλαβε καμία απολύτως αιτιολογία από την οποία να προκύπτουν λόγοι αποκλεισμού της εταιρίας μας από τη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης με διαπραγμάτευση. Άλλωστε, η διακήρυξη της

αναθέτουσας αρχής, με την οποία αυτή διαμόρφωσε τους όρους της σχετικής διαδικασίας διαπραγμάτευσης, ουδόλως αναφέρεται σε περιορισμένο αριθμό επιχειρήσεων, ενώ οι όροι της συνάδουν με ανοικτή διαδικασία, ώστε ο αποκλεισμός της εταιρίας μας και η μη συμπερίληψή της στον σχετικό πίνακα των επιχειρήσεων που προσκαλούνται στην εν λόγω διαδικασία να μην παρίσταται ως νόμιμη, αφού δεν αιτιολογείται επαρκώς ο περιορισμός του ανταγωνισμού στον οποίο προέβη η αναθέτουσα αρχή με την περιεχόμενη στην προσβαλλόμενη απόφαση πρόσκληση. 22. Κατόπιν όλων αυτών πρέπει να ακυρωθεί εν μέρει η προσβαλλόμενη (και συγκεκριμένα το τμήμα αυτής που αναφέρεται στην Πρόσκληση οικονομικών φορέων κατά παράλειψη της εταιρείας μας) και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή ώστε να πράξει τα νόμιμα, ήτοι να θεωρήσει αποδεκτή και να αξιολογήσει την προσφορά μας, προχωρώντας ακολούθως στην κατάταξή της μεταξύ των υπολοίπων προσκληθέντων οικονομικών φορέων. 23. Με τον τρόπο άλλωστε αυτό λαμβάνονται υπόψη λόγοι υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, συναπτόμενοι με την επικαλούμενη από την ***** ανάγκη ταχείας ολοκλήρωσης της διαδικασίας. Πράγματι, στη λύση αυτή συνηγορεί το πνεύμα της οικείας νομοθεσίας, καθώς σύμφωνα με το άρθρο 370 παρ. 1 του Ν.4412/2016 «Η ΑΕΠΠ μπορεί να μην κηρύξει την ακυρότητα σύμβασης η οποία έχει ανατεθεί παράνομα για τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 368, εάν διαπιστώσει ότι επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης». Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, λόγοι επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος δύνανται να καταστήσουν αναγκαία και την μη ακύρωση της διαδικασίας προ της σύναψης της συμβάσεως, ώστε να δύναται αυτή να συνεχισθεί εφόσον εξασφαλισθεί η τήρηση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού. Η αποδοχή της μερικής ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης υπαγορεύεται συνεπώς από λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος που σχετίζονται με την προστασία των πολιτών της εδώ και ένα χρόνο πληγείσας περιοχής και καθιστούν επιτακτική την ανάγκη συνέχισης της διαδικασίας με την κατάφαση της συμμετοχής μας σε αυτήν. Μία τέτοια λύση εξυπηρετεί τόσο την ανάγκη ολοκλήρωσης του έργου εντός εύλογου χρονικού διαστήματος, όσο και

την οικονομική αποτελεσματικότητα της σύμβασης και συνακόλουθα το δημόσιο συμφέρον, καθώς το περαιτέρω άνοιγμα των προσφορών στον ελεύθερο ανταγωνισμό μπορεί να εξασφαλίσει στην αναθέτουσα αρχή μικρότερο κόστος του αναγκαίου έργου. Η ανωτέρω λύση μπορεί ευχερώς να υιοθετηθεί εφόσον υιοθετηθεί η σύμφωνη με το (υπερνομοθετικής ισχύος) ενωσιακό δίκαιο ερμηνεία στη βάση των αρχών της αποτελεσματικότητας και της ενιαίας εφαρμογής, ώστε η πράξη της Αναθέτουσας Αρχής να υπαχθεί στο ρυθμιστικό πεδίο του άρ. 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και να γίνει αντιληπτή ως πρόσκληση σε διαδικασία ανταγωνιστικού διαλόγου, η οποία προβλέπεται παγίως ως τρόπος ανάθεσης και είχε εισαχθεί στις έννομες τάξεις των Κρατών μελών ήδη από την Οδηγία 2004/18/ΕΕ. Με τον ανταγωνιστικό διάλογο διαμορφώνεται μια ευέλικτη διαδικασία, η οποία διασφαλίζει τόσο τον ανταγωνισμό μεταξύ των διαφόρων οικονομικών φορέων όσο και την ανάγκη των αναθετουσών αρχών να διερευνούν με κάθε υποψήφιο όλες τις πτυχές της σύμβασης. Εξάλλου, η διαδικασία προβλέπει την υποχρέωση δημοσίευσης προκήρυξης του διαγωνισμού στην οποία γνωστοποιούνται οι ανάγκες και οι απαιτήσεις της αναθέτουσας (Χ. Δετσαρίδης, *Η προδικαστική προσφυγή στο στάδιο ανάθεσης Δημοσίων Συμβάσεων*, Σάκκουλας, 2019, σ. 81). Κατά συνέπεια, η αρχθείσα διαδικασία οφείλει να μην γίνει αντιληπτή ως κλειστή, στην οποία προσφορές δύνανται να υποβάλλουν αποκλειστικά οι υποψήφιοι που προσκλήθηκαν, ιδίως ενόψει της απουσίας αντίστοιχης πρόβλεψης στο κείμενο της διακήρυξης, οι όροι της οποίας παραπέμπουν σε διαδικασία στην οποία μπορεί να λάβει μέρος κάθε ενδιαφερόμενος (που πληροί τις ουσιαστικές και τυπικές προϋποθέσεις) αλλά ως έναρξη ανοιχτού ανταγωνιστικού διαλόγου στον οποία έχουμε ήδη λάβει μέρος, ώστε να γίνει αποδεκτή η υποχρέωση συνεκτίμησης της προσφοράς μας μεταξύ των υπόλοιπων προσφορών των υποψηφίων.

Β. Επικουρικά προβαλλόμενος λόγος ακύρωσης Μη πλήρωση των προϋποθέσεων του άρθρου 32 παρ. 2 (γ) του Ν. 4412/2016 - εσφαλμένη εφαρμογή και ερμηνεία. Παρανομία της προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης λόγω μη συνδρομής των νόμιμων όρων. Πλημμελής και καταχρηστική αιτιολογία.

Υποχρέωση στενής ερμηνείας της εξαιρετικής διάταξης. Από τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 προκύπτει ότι η *ratio* της προσφυγής σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση είναι η κατασκευή δημοσίου έργου σε χρόνο εγγύ προς την εκδήλωση της επείγουσας και απρόβλεπτης κατάστασης. Μάλιστα, 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.). Σύμφωνα με την πάγια συναφή νομολογία, ο διαγωνισμός μεταξύ περιορισμένου αριθμού προσκαλούμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης για την κατασκευή δημοσίου έργου αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιλογής αναδόχου, αφού συνιστά παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότιμης συμμετοχής στις διαδικασίες κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Εφαρμόζεται δε σε ειδικές, ρητώς καθοριζόμενες στο νόμο περιπτώσεις, όπως έργων που εκτελούνται προς αποτροπή σοβαρού επικείμενου κινδύνου. Εφόσον δε η εν λόγω διαδικασία αποτελεί εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης δημοσίου έργου, αναγκαίο προαπαιτούμενο για την εφαρμογή της είναι η διαδικασία αυτή να ενεργείται σε χρονική εγγύτητα προς το χρόνο εκδήλωσης των ανωτέρω ειδικών

περιστάσεων, δηλαδή του επικείμενου κινδύνου, υπό την έννοια ότι η μεσολαβούσα χρονική περίοδος δε θα αρκούσε ώστε να ενεργοποιηθεί και να ολοκληρωθεί η ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία. Σε διαφορετική περίπτωση, καταστρατηγείται εντόνως η ρύθμιση αυτή του διαγωνισμού μεταξύ περιορισμένου αριθμού προσκαλουμένων εργοληπτικών επιχειρήσεων ως τρόπου επιλογής αναδόχου δημοσίου έργου και αναιρείται ουσιαστικώς ο εξαιρετικός χαρακτήρας της σχετικής διαδικασίας, ως εκ τούτου δε η τήρησή της υπ' αυτή την περίπτωση πάσχει ως προς τη νομιμότητα εφαρμογής της (ΣΤΕ 1747/2011, Πρακτικά Ολομέλειας Ελεγκτικού Συνεδρίου 14ης Γεν.Συν/20.06.2012, Ελεγκτ. Συνέδρ. 05/2012, μείζονος συνθέσεως). Εξάλλου, οι περιστάσεις που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική της ευθύνη (ΔΕΕ της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΕλΣυν 168/2012). (βλ. αποφάσεις Δ.Ε.Κ. της 18.12.2007, Επιτροπή κατά Ελλάδας, C-481/2006, απόφαση της 2ας Οκτωβρίου 2008, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-157/06, απόφαση της 18.5.1995, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C- 57/1994 σκέψη 23, απόφ. της 14.9.2004, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C385/2002, σκέψεις 19-20, απόφ. της 13.1.2005, Επιτροπή κατά Ισπανίας, C-84/2003, σκέψη 48, απόφ. της 2.6.2005, Επιτροπή κατά Ελλάδας, C 394/2002, σκέψη 33). Τονίζεται, άλλωστε, 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 (πρβλ. απόφαση 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, 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). Επιπλέον νομολογείται παγίως πως η προκηρυσσόμενη κατ' άρθρο 32 περ. 2 υποπερ. γ' του ν.4412/2016 διαδικασία, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι διενεργείται σε συμμόρφωση με τη *ratio* της ανωτέρω διάταξης σε περίπτωση έλλειψης χρονικής εγγύτητας μεταξύ της εκδήλωσης των ακραίων καιρικών φαινομένων και των προκληθεισών ζημιών από την μία και κοινοποίησης της Πρόσκλησης από την

άλλη, χωρίς να αιτιολογείται δεόντως και επαρκώς, για ποιο λόγο η διαδραμείσα χρονική περίοδος δεν επαρκούσε ώστε να προκηρυχθεί τακτικός διαγωνισμός (ΑΕΠΠ 1078/2018, 7ο Κλιμ., ΑΕΠΠ 128/2020, 6ο Κλιμ.). Επιπρόσθετα στην συγκεκριμένη περίπτωση σύμφωνα με την όγδοη διάταξη της προσβαλλόμενης υπ' αρ. ***** Πρόσκλησης και το άρθρο 12 της συνημμένης διακήρυξης «η συνολική προθεσμία για την περαίωση του αντικειμένου της σύμβασης ορίζεται σε οκτώ (8) μήνες». Ο ορισμός διαστήματος 8 μηνών για την περαίωση του υπό ανάθεση έργου συνιστά μακρύ χρονικό διάστημα, το οποίο εξ ορισμού δεν συμβαδίζει με τον κατεπείγοντα χαρακτήρα της ανάγκης που καλείται να εξυπηρετήσει, ήτοι της αποκατάστασης των ζημιών που προκλήθηκαν από ακραία πλημμυρικά φαινόμενα. Πέραν τούτου παρατηρείται ότι προδήλως δεν υφίσταται χρονική εγγύτητα μεταξύ αφενός της εκδήλωσης των απρόβλεπτων και όλως εξαιρετικών πλημμυρικών φαινομένων και αφετέρου της κοινοποίησης της υπ' αρ. ***** Πρόσκλησης, καθώς τα ως άνω γεγονότα που προκάλεσαν τις ζημιές στο δίκτυο της ***** έλαβαν χώρα στις ****. Ωστόσο, η ανάρτηση της σχετική πρόσκλησης στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ για την ανάθεση του έργου της αποκατάστασης των ζημιών έγινε στις 3.11.2020, ήτοι σχεδόν έναν (1) ολόκληρο χρόνο μετά (!) τα καταστροφικά γεγονότα. Συνεπώς η προσφυγή στην ως άνω περιγραφείσα εξαιρετική διαδικασία είναι εξόφθαλμα καταχρηστική και παράνομη για τους λόγους που αναφέρθηκαν παραπάνω. Χαρακτηριστικό είναι το γεγονός πως στην Ενώπιον Σας αχθείσα περίπτωση, η πρόδηλη παρανομία της πράξης της ***** και η μη συνδρομή των νόμιμων όρων προσφυγής στη διαδικασία προκήρυξης άνευ δημοσίευσης ήταν σαφής ήδη και στα μέλη της. Συγκεκριμένα, όπως άλλωστε αντέτειναν το τακτικό μέλος της ***** οι οποίοι καταψήφισαν την πρόταση προσφυγής στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης του άρ. 32 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, η προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία έγινε καταχρηστικά, για το λόγο ότι συγκεκριμένη περίπτωση: α) το μεν έργο εντάχθηκε στον Προϋπολογισμό του 2020 στις 11 Δεκεμβρίου 2019 (με προϋπολογισμό 9.000.000 €), η δε Μελέτη (με αυξημένο ποσό σε σχέση με τον αρχικό προϋπολογισμό) ήταν έτοιμη από τον Μάρτιο του 2020, σύμφωνα με την ημερομηνία που φέρουν τα τεύχη που

την συνοδεύουν (μη ύπαρξη απρόβλεπτου χαρακτήρα). β) ενώ όφειλε να γίνει αύξηση στο εγγραφέν ποσό στον Προϋπολογισμό 2020, στην 1η Αναμόρφωση του Προϋπολογισμού 2020 που έλαβε χώρα στις 16.04.2020 κάτι τέτοιο δεν έγινε παρότι το σχετικό αίτημα του **** εστάλη στις 20.03.2020, σύμφωνα με την Εισήγηση. Αντίθετα, αυτό αφέθηκε, με ευθύνη της Διοίκησης, για την 2η Αναμόρφωση του Προϋπολογισμού που έλαβε χώρα στις 29.07.2020. Περαιτέρω η Προγραμματική Σύμβαση με τον *****, που αφορά μέρος του έργου και συγκεκριμένα ποσό 3.550.000 € από το σύνολο των 18.950.000 €, εστάλη στην ***** προς έγκριση στις 15.09.2020. Όμως η Μελέτη είχε ήδη σταλεί στην *****, με ευθύνη του οποίου συντάχθηκε, στις 18.03.2020 σύμφωνα με την Εισήγηση. Συνεπώς, δεδομένου ότι το ποσό που υπήρχε εγγεγραμμένο στον Προϋπολογισμό ήταν μεγαλύτερο από την από 20.10.2020 Προγραμματική Σύμβαση (9.000.000 έναντι 3.550.000 αντίστοιχα), η τελευταία θα μπορούσε να προωθηθεί προς έγκριση ήδη από τον Μάρτιο του 2020. Συνεπώς, όπως καταλέξει αναγνωρίζει η μειοψηφία της απόφασης "***** για τις καθυστερήσεις τόσο στην έγκριση της χρηματοδότησης όσο και στην έγκριση της Προγραμματικής Σύμβασης. Έτσι, ενώ το έργο θα μπορούσε να δημοπρατηθεί το αργότερο περί τα μέσα Μάϊου 2020, φθάνει να δημοπρατείται 5,5 και πλέον μήνες μετά. Κατά συνέπεια, δεν είναι νόμιμη η εφαρμογή της διαδικασίας για διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση, καθώς ο χρόνος που κερδίζεται μέσω αυτής σε σχέση με τον Ανοιχτό διαγωνισμό δεν είναι μεγαλύτερος των 3 μηνών, ενώ εδώ με ευθύνη της Αναθέτουσας Αρχής (*****), η καθυστέρηση που υπάρχει στην δημοπράτηση είναι μεγαλύτερη των 5,5 μηνών. Επισημαίνουμε ότι ο Νόμος απαγορεύει την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση, όταν το κατεπείγον προκύπτει με ευθύνη της αναθέτουσας Αρχής. Σημειώνουμε δε, ότι αν το έργο είχε δημοπρατηθεί τον Μάιο του 2020, θα μπορούσε να έχει ολοκληρωθεί η υπογραφή της Σύμβασης εντός 5 μηνών και να έχει εκτελεσθεί το τμήμα του έργου που αφορά εργασίες επικίνδυνες για την ασφάλεια των πολιτών (καθαρισμοί ρεμάτων, τεχνικών κλπ) εντός το πολύ 2 μηνών (τόσος είναι ο χρόνος που απαιτήθηκε για τους καθαρισμούς ****). Συνεπώς, υπό αυτές τις προϋποθέσεις και με διαδικασία Ανοιχτού διαγωνισμού,

θα μπορούσε να έχουν ολοκληρωθεί οι απαιτούμενες εργασίες για την άρση της επικινδυνότητας εντός του Δεκεμβρίου 2020" (οι περιστάσεις που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης απορρέουν από δική της ευθύνη) γ) επιπροσθέτως, όπως ομοίως αναγνωρίζεται από την μειοψηφία της απόφασης, "οι εργασίες που έχουν συμπεριληφθεί στον Προϋπολογισμό του έργου δεν είναι όλες κατεπείγουσες (ασφαλοστρώσεις οδών, κατασκευές τοιχίων στα ρέματα, χωρίς αυτά να είναι οριοθετημένα και χωρίς να εξαιρείται η συγκεκριμένη περίπτωση της οριοθέτησης)". (έλλειψη κατεπείγοντος χαρακτήρα του συνόλου των εργασιών). δ) Επιπλέον η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης στηρίχθηκε, σύμφωνα με την Εισήγηση, στην προσχηματική επίκληση του με αρ. πρωτ. *****, συνεπώς όχι με πρωτοβουλία και αιτιολόγηση εκ μέρους της αρμόδιας Υπηρεσίας. Επομένως, όπως τεκμηριώνεται στην ίδια την προσβαλλόμενη απόφαση, η αναθέτουσα είχε όχι μόνο άφθονο χρόνο αλλά και την πραγματική δυνατότητα να προσφύγει σε κανονική διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης του υπό κρίση έργου, ενώ η δημιουργία κατεπείγουσας (και σε καμία περίπτωση απρόβλεπτης) ανάγκης προέκυψε από τις χαρακτηριστικά πλημμελείς ενέργειές της. Συνεπώς, η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης είναι αυταποδείκτως παράνομη (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 18ης Μαρτίου 1992, Επιτροπή κατά Ισπανίας, C-24/91, σκ. 14, με την οποία κρίθηκε ότι δεν δικαιολογείται η προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την επέκταση και την διαμόρφωση των κτιριακών εγκαταστάσεων *****, ενόψει του αυξημένου αριθμού των φοιτητών του νέου ακαδημαϊκού έτους, αφού μεσολάβησαν τρεις μήνες από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή και το Παν/μιο μπορούσε να πετύχει το στόχο αυτόν με την προσφυγή στην κλειστή διαγωνιστική διαδικασία με σύντμηση των σχετικών προθεσμιών, πρβλ. ΣτΕ 1747/2011, 1592/2004, 4169/1996, Ελ.Συν. 1509/2012 VI Τμ.

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις από 17.12.2020 απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, κατόπιν παράθεσης αναλυτικού

ιστορικού και του αντικειμένου της σύμβασης, ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι **«Δ. ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ. 1. ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟ ΑΜΦΙΣΒΗΤΗΣΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ. Με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής της προσφυγής η προσφεύγουσα αμφισβητεί τη νομιμότητα προσφυγής στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2(γ) εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Ο δεύτερος αυτός λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής είναι απαράδεκτος στο σύνολό του, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε, όπως συνομολογεί και η ίδια ανεπιφύλακτα αίτημα συμμετοχής στην εν λόγω διαδικασία, χωρίς να έχει αμφισβητήσει τη νομιμότητα αυτής. Ο πρώτος και κύριος λόγος της προσφυγής, άλλωστε, συνίσταται στο ότι μη νόμιμα δεν εκλήθη αυτή να συμμετάσχει στην οικεία διαδικασία, κάτι που προϋποθέτει ότι έχει αποδεχθεί πλήρως προηγουμένως τη νομιμότητα της όλης διαδικασίας. Υπό τα δεδομένα αυτά, ήτοι εφόσον η προσφεύγουσα υπέβαλε αίτηση συμμετοχής στην διαδικασία αποδεχθείσα ανεπιφυλάκτως όλους τους όρους της προσκλήσεως, αποστερήθηκε του εννόμου συμφέροντός της να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της προσκλήσεως αυτής (Ε.Α. ΣτΕ 562/2010, 581/2009, 1158, 793, 205/2008 κ.ά.) μη ασκούντος επιρροή του γεγονότος ότι μεταγενεστέρως της ανεπιφυλάκτου αυτής συμμετοχής υπέβαλε την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή (Ε.Α. 562/2010, 965/2009, 1162/2006 κ.ά.). Επομένως, ανεξαρτήτως της αβασιμότητάς του, ο επίμαχος δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος πρωτίστως ως απαράδεκτος.**

2. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΠΡΩΤΟ ΛΟΓΟ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ. Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής της προσφυγής η προσφεύγουσα παραπονείται ότι μη νόμιμα δεν προσκλήθηκε στην επίμαχη διαδικασία, παρά το γεγονός ότι πληροί τα προσόντα ανάληψης του συμβατικού έργου. Ο λόγος αυτός είναι μη νόμιμος. Η εν θέματι διαδικασία λαμβάνει χώρα σύμφωνα με την παρ. 2.γ του άρθρου 32 του ν.4412/2016 «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» όπου αναφέρεται ότι: «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». Η συμφωνία της ως άνω διάταξης με το ενωσιακό δίκαιο είναι δεδομένη και αναμφισβήτητη. Βάσει της διάταξης αυτής, εφόσον συντρέχουν οι οικείες προϋποθέσεις (που εν προκειμένω η προσφεύγουσα έχει συνομολογήσει ότι συντρέχουν αφού ζήτησε να συμμετάσχει στην διαδικασία), καταλείπεται στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να καλέσει όποιον οικονομικό φορέα επιθυμεί, δεδομένου ότι οι λόγοι δημόσιου συμφέροντος που επιβάλλουν την επίκληση και εφαρμογή της ως άνω διάταξης υπερισχύουν των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι οφείλαμε να την προσκαλέσουμε επειδή απλώς διαθέτει (κατά τους ισχυρισμούς της) τα νόμιμα προσόντα εκτέλεσης της σύμβασης, είναι απολύτως αβάσιμος, διότι δεν εισάγεται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απευθύνει πρόσκληση σε όλους τους οικονομικούς φορείς έχουν τα νόμιμα προσόντα να εκτελέσουν τη σύμβαση. Εν προκειμένω, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς είναι χιλιάδες σε ενωσιακό επίπεδο. Αποδοχή των ισχυρισμών της προσφεύγουσας θα είχε ως αποτέλεσμα να έχουμε την υποχρέωση να απευθύνουμε πρόσκληση σε όλους, κάτι που θα στερούσε κάθε χρησιμότητα από την οικεία διάταξη. Επομένως, ένεκα της ιδιαιτερότητας της ακολουθούμενης διαδικασίας, εν προκειμένω υφίσταται διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να προσκαλέσει όποιον οικονομικό φορέα επιθυμεί (νομίμως προσκαλείται και ένας μόνο φορέας), χωρίς να είναι υποχρεωμένη να καλέσει έτερο ή να αποδεχθεί προσφορά που υποβάλλει έτερος οικονομικός φορέας εκτός διαδικασίας πρόσκλησης. Εν προκειμένω, μάλιστα, η υπηρεσία μας επιθυμώντας να αναπτυχθεί ανταγωνισμός έστω στα στενά πλαίσια της ακολουθηθείσας διαδικασίας, κάλεσε έξι (6) οικονομικούς φορείς, ήτοι αριθμό ασυνήθιστα μεγάλο για διαδικασίες αυτού του είδους. Το γεγονός ότι η προσφεύγουσα δεν ήταν μεταξύ αυτών δεν δημιουργεί κανένα πρόβλημα στην

οικεία διαδικασία. Εάν δε ήθελαν γίνει δεκτοί οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, κάθε φορά που θα παρίστατο ανάγκη προσφυγής στην διαδικασία απευθείας διαπραγμάτευσης λόγω επικείμενου κινδύνου, όπως εν προκειμένω, θα καθίστατο υποχρεωτική η αποδοχή προσφορών από φορείς που ουδόλως προσεκλήθησαν, με αποτέλεσμα να επιβαρύνεται μέχρις αχρηστεύσεως η επίμαχη διαδικασία που συνήθως σκοπεί στην εξυπηρέτηση επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος. Κατά συνέπεια ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι αβάσιμος. 3. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΔΕΥΤΕΡΟ ΛΟΓΟ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ. Με την επιφύλαξη του απαραδέκτου του δευτέρου λόγου της προδικαστικής προσφυγής, ο λόγος αυτός παρίσταται και μη νόμιμος. Με τα δεδομένα που ήδη έχουν εκτεθεί ανωτέρω δεν μπορεί κατ' αρχάς να αμφισβητηθεί η συνδρομή απρόβλεπτης περίπτωσης (ακραία καιρικά φαινόμενα), η οποία επέβαλε την κατεπείγουσα αντιμετώπιση των καταστροφών που προκλήθηκαν. Το γεγονός ότι διέδραμε χρονικό διάστημα από τα ακραία καιρικά φαινόμενα που έπληξαν την περιοχή μέχρι την ανάθεση του έργου οφείλεται στο γεγονός ότι ήταν αναγκαία η προηγούμενη εκπόνηση και έγκριση των σχετικών μελετών και η εξεύρεση χρηματοδότησης. Η αλληλουχία των σχετικών γεγονότων έχει ως εξής: Την 24-25/11/2019 έπειτα από βροχόπτωση πολύ μεγάλης έντασης ο **** κατακλύσθηκε από πολλές χιλιάδες κυβικά φερτών υλικών που κατέβηκαν από το βουνό, κορμούς δέντρων που είχαν τοποθετηθεί ως αντιπλημμυρική θωράκιση καθώς και απορρίμματα σε όλο το οδικό δίκτυο, καταστρέφοντας μεγάλο μέρος του. Μεταβλήθηκαν οι διατομές των ρεμάτων που υπάρχουν στον οικισμό με χαρακτηριστικότερο το **** και υπέστησαν μεγάλες ζημιές στα πρανή και στα τεχνικά των οδών με τις οποίες διασταυρώνονται. Με την με αρ. πρωτ.*****. Την 02-01-2020 εξεδόθη η με αρ. πρωτ. *****περί της εκτέλεσης του έργου «Επείγουσες εργασίες αποκατάστασης ζημιών που προκλήθηκαν από τα ακραία πλημμυρικά φαινόμενα της 24- 25/11/19 στην ****. Με το με αρ. πρωτ. ****, διαβιβάστηκε η μελέτη με αριθμό φακέλου έργου 10/2020, που συντάχθηκε την 13/03/2020 από την ****, και εγκρίθηκε με την υπ'αριθμ.*****, προκειμένου να ενσωματωθεί η συνταχθείσα από την ****, μελέτη. Ανέκυψε, επομένως, ζήτημα ενσωμάτωσης δύο μελετών. Η εξεύρεση

πίστωσης (18.950.000€) εγκρίθηκε στη 2η Τροπ/ση του Προγράμματος Εκτελεστέων Έργων της *****. Με τη με αρ. πρωτ. ***** εγκρίθηκε η σχετική μελέτη συνολικού προϋπολογισμού 18.950.000 €. Με το υπ' αριθμ. ***** έγγραφο, κοινοποιήθηκε η 668/2020 Πράξη του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού με την οποία αποφασίστηκε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της Προγραμματικής Σύμβασης μεταξύ της ***** για την εκτέλεση της μελέτης 10/2020, η οποία εκπονήθηκε από την ***** και ενσωματώθηκε στην μελέτη του έργου: «*****» που εκπονήθηκε από την *****.

Την 20/10/2020 υπεγράφη Προγραμματική Σύμβαση μεταξύ της *****, που αφορά στην αποκατάσταση ζημιών που προκλήθηκαν από τα ακραία πλημμυρικά φαινόμενα στη ***** τον Νοέμβριο του 2019. Επομένως, από την έγκριση της μελέτης για το εν λόγω έργο μεσολάβησαν μόλις επτά ημέρες μέχρι την έκδοση απόφασης περί έγκρισης της ανάθεσης μέσω πρόσκλησης. Περαιτέρω, δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα ότι οι προς αποκατάσταση βλάβες συνδέονται αιτιωδώς με τα έντονα καιρικά φαινόμενα που έπληξαν την περιοχή και ως εκ τούτου στοιχειοθετείται η συνδρομή απρόβλεπτων περιστάσεων, μη οφειλόμενων σε ευθύνη της αναθέτουσας Αρχής, ώστε να δικαιολογείται η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της απευθείας ανάθεσης με διαπραγμάτευση. Συναφώς προσκομίζουμε και επικαλούμαστε την Πράξη 89/2018 του Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών στο VII Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου, κατά την οποία: « III. Στην υπό κρίση υπόθεση προκύπτουν τα ακόλουθα: Με την 271/8.12.2017 απόφαση της ***** του ***** ... -... εγκρίθηκε η απευθείας ανάθεση στην εταιρεία «...Α.Β.Ε.Τ.Ε.» της εκτέλεσης του έργου «Αποκατάσταση αγροτικής οδοποιίας Δ.Ε. ...,*****», προϋπολογισμού 100.325,05 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. εργολαβικού οφέλους και απροβλέπτων), λόγω του κατεπείγοντος του έργου. Ειδικότερα, όπως αναφέρεται στην ως άνω απόφαση, στις 8 και 9.9.2016 ακραία καιρικά φαινόμενα, όπως έντονες βροχοπτώσεις, πλημμύρες και ανεμοστρόβιλος, έπληξαν τον Δήμο, δημιουργώντας προβλήματα και επιτακτική την ανάγκη εκτέλεσης του έργου προς αποφυγή εκδήλωσης πλημμυρικών φαινομένων και προς προστασία των κατοίκων της περιοχής. Ήδη, με τη *****, ο ***** είχε κηρυχθεί σε κατάσταση

έκτακτης ανάγκης, η οποία στη συνέχεια με διαδοχικές αποφάσεις (9242/14.1.2016, 5231/ 19.7.2016, 642/20.1.2017, 5190/24.7.2017 και 7461/24.10.2017), ύστερα και από τις προκληθείσες καταστροφές από τα ακραία καιρικά φαινόμενα της 8.9.2016, παρατάθηκε έως και 24.4.2018. Ακολούθως και σε εκτέλεση των ανωτέρω, υπεγράφη η 348/11.1.2018 σύμβαση με την ανωτέρω εταιρεία, η οποία είχε προσφέρει έκπτωση 10% επί του αρχικού προϋπολογισμού, ποσού 72.81,57 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.) και διάρκειας 4 μηνών. Μετά την έκδοση του από 14.2.2018 1ου Λογαριασμού και Πιστοποίησης Πληρωμής εκτελεσθεισών εργασιών συνολικής αξίας 36.165,02 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), εκδόθηκε το ελεγχόμενο χρηματικό ένταλμα πληρωμής. IV. Με τα δεδομένα αυτά, η κήρυξη του ***** σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης, η διάρκεια της οποίας κατόπιν διαδοχικών παρατάσεων μέχρι τις 24.4.2018 καταλάμβανε το χρόνο λήψης της απόφασης της ***** περί απευθείας ανάθεσης του ελεγχόμενου έργου, επιβεβαιώνει την απρόβλεπτη περίπτωση, η οποία επέβαλε την κατεπείγουσα αντιμετώπιση του προβλήματος της αποκατάστασης της αγροτικής οδοποιίας, προκειμένου να αντιμετωπιστούν προβλήματα βατότητας κατά την διάρκεια της επικείμενης χειμερινής περιόδου. Όπως δε υποστηρίζει ο ***** , το γεγονός ότι διέδραμε χρονικό διάστημα από τα τελευταία ακραία καιρικά φαινόμενα που έπληξαν την περιοχή μέχρι την απευθείας ανάθεση του έργου οφείλεται στο γεγονός ότι η Τεχνική Υπηρεσία του έπρεπε να συντάξει μελέτες για έργα αποκατάστασης για τις 22 Δημοτικές και Τοπικές Ενότητες του που είχαν πληγεί.....» Επικαλούμαστε επιπλέον και την απόφαση 121/2017, του Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών στο VII Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά την οποία: «Με δεδομένα τα ανωτέρω και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη μείζονα σκέψη (II) της παρούσας, συνάγεται ότι η **** απόφαση της ***** του ***** ...-..., με την οποία εγκρίθηκε η απευθείας ανάθεση του έργου, ελήφθη στον συντομότερο δυνατό, κατά τις περιστάσεις, χρόνο επέλευσης της θεομηνίας (22.10.2015), δοθέντος ότι για τη λήψη της απόφασης αυτής προηγήθηκε αφενός η διαδικασία έγκρισης της χρηματοδότησης των απαιτούμενων έργων αποκατάστασης από το Υπουργείο ***** και αντίστοιχης αναμόρφωσης του προϋπολογισμού του ***** , αφετέρου η

σύνταξη της προβλεπόμενης μελέτης του συγκεκριμένου έργου.» Συμπερασματικώς, κατά τη πάγια σχετική νομολογία η σύναψη σύμβασης με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, για την κατασκευή δημοσίου έργου αποτελεί πράγματι εξαιρετική αλλά οπωσδήποτε νόμιμη διαδικασία επιλογής αναδόχου, που εφαρμόζεται σε ειδικές, ρητώς καθοριζόμενες στο νόμο περιπτώσεις, όπως έργων που εκτελούνται προς αποτροπή σοβαρού επικείμενου κινδύνου. Τέτοιο έργο είναι το προκείμενο αφού αποσκοπεί στην αποτροπή του ως άνω συνεχούς και επικρεμάμενου κινδύνου, η οποία (αποτροπή) δεν είναι δεκτική αναβολής επειδή σχετίζεται με την ζωή και τη σωματική ακεραιότητα των πολιτών της περιοχής. Επιπλέον η διαδικασία αυτή ενεργείται εν προκειμένω σε χρονική εγγύτητα προς τον χρόνο εκδήλωσης των ανωτέρω ειδικών περιστάσεων, η οποία προσμετράται από την ολοκλήρωση της εξεύρεσης χρηματοδότησης και της ολοκλήρωσης των μελετών. Η τήρηση της συνήθους διαγωνιστικής διαδικασίας εν προκειμένω είναι αδύνατη πρωτίστως επειδή ο επικρεμάμενος κίνδυνος δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες της εν λόγω συνήθους διαγωνιστικής διαδικασίας που θα απαιτούσε χρόνο οπωσδήποτε πέραν του οκταμήνου (μη συνυπολογιζομένης της άσκησης προσφυγών, η οποία παρίσταται βεβαία σε διαγωνισμούς αυτού του είδους) που αφενός α) θα μεγιστοποιούσε τον κίνδυνο δυστυχήματος κατά την χειμερινή περίοδο 2020-2021 και β) θα άλλαζε το μελετητικό και κατασκευαστικό αντικείμενο εφόσον αν παρέλθει και ο ήδη εκκινήσας χειμώνας, θα υπάρξουν οπωσδήποτε μείζονες αλλοιώσεις, με αποτέλεσμα να απαιτηθεί νέα μελέτη και οπωσδήποτε πρόσθετη επιβάρυνση του προϋπολογισμού του έργου. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα η παρούσα διαδικασία είναι απολύτως νόμιμη, η δε υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της». Περαιτέρω, στις 08.01.2021, ήτοι πέντε ημέρες πριν τη συζήτηση της Υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στο κρίνον κλιμάκιο έγγραφο τιτλοφορούμενο «Αποφάσεις ΑΕΠΠ επί συναφών υποθέσεων», ωστόσο κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 1 ν. 4412/2016, όπως ισχύει, και εν προκειμένω εκπροθέσμως.

14. Επειδή, ο α' παρεμβαίνων κατόπιν παράθεσης σύντομου ιστορικού ισχυρίζεται ότι «1. Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής της η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της υπ' αριθμ. ***** ισχυριζόμενη ότι μολονότι διαθέτει τα κατά νόμο προσόντα για την ανάληψη και εκτέλεση του επίμαχου έργου εν τούτοις δεν προσκλήθηκε στην διαγωνιστική διαδικασία. Ο λόγος αυτός της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Ειδικότερα: ...Εν προκειμένω η προσφεύγουσα είναι προφανές πως αναγνωρίζει την σωρευτική συνδρομή όλων των προϋποθέσεων για την εφαρμογή της διαδικασίας του άρθρου 32.2.γ. του Ν. 4412/2016 δεδομένου ότι, όπως η ίδια αναφέρει στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, υπέβαλε ανεπιφυλάκτως προσφορά στις 26.11.2020 προκειμένου να της ανατεθεί η επίδικη σύμβαση. Εφόσον συνεπώς συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις για την εφαρμογή της διαδικασίας του άρθρου 32.2.γ. του Ν. 4412/2016 καταλείπεται ευρεία διακριτική ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να προσκαλέσει όποιον οικονομικό φορέα κρίνει ότι είναι ικανός να εκτελέσει άρτια, έντεχνα και εμπρόθεσμα το προς ανάθεση κατεπείγον έργο. Επισημαίνουμε ότι, όπως γίνεται δεκτό και από την αρχή σας, στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016 οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της προστασίας του ανταγωνισμού μπορεί άνευ ετέρου να υποχωρούν έναντι των επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος για τους οποίους επιλέγεται η διαδικασία της διενέργειας διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς την προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης (ΑΕΠΠ 329/2020 σκ. 11) Εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή αφού αιτιολόγησε πλήρως και ειδικώς την προσφυγή στην άνω εξαιρετική διαδικασία έκρινε ότι ικανές να εκτελέσουν άρτια, έντεχνα και εμπρόθεσμα το επίμαχο έργο ήταν οι έξι (6) προσκληθέντες οικονομικοί φορείς. Δεν προβλέπεται στον νόμο, ούτε άλλωστε η προσφεύγουσα επικαλείται κάποια σχετική διάταξη του Ν. 4412/2016, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να προσκαλεί στην διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση διακήρυξης όλους τους οικονομικούς φορείς που έχουν τα νόμιμα προσόντα, και είναι πολλές χιλιάδες σε ενωσιακό επίπεδο, να εκτελέσουν τη σύμβαση. Εάν όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα η αναθέτουσα ήταν υποχρεωμένη να καλέσει όλους τους οικονομικούς φορείς, που διαθέτουν τα

τυπικά προσόντα συμμετοχής ή εάν δεχόταν προσφορές και από μη προσκληθέντες οικονομικούς φορείς η διάταξη του άρθρου 32.2.γ. του Ν. 4412/2016 δεν έχει κανένα λόγο ύπαρξης. Ο νομοθέτης με το άρθρο 32.2.γ. του Ν. 4412/2016 παρέχει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να προσκαλέσει όποιον οικονομικό φορέα επιθυμεί (ακόμη και έναν) χωρίς να υποχρεούται να δεχθεί προσφορά άλλου οικονομικού φορέα που δεν έχει νομίμως προσκληθεί. Εν προκειμένω **** δεν περιορίσθηκε στο να καλέσει ένα υποψήφιο και να διαπραγματευθεί μαζί του αλλά προσκάλεσε έξι (6) οικονομικούς φορείς, αριθμό διπλάσιο από το συνήθως συμβαίνουν στις διαδικασίες του 32.2.γ. όπου καλούνται τρεις (3) διαγωνιζόμενοι. Το γεγονός ότι η προσφεύγουσα δεν ήταν ανάμεσα στους προσκληθέντες για υποβολή προσφοράς δεν επηρεάζει την νομιμότητα της όλης διαδικασίας και δεν υποχρεώνει **** να προβεί στην αποσφράγιση της προσφοράς της, όπως αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Εν όψει των ανωτέρω ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος.

2. Με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής της η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ***** ισχυριζόμενη ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις για την εφαρμογή της διαδικασίας του άρθρου 32.2.γ του Ν. 4412/2016 και να «.... διαταχθεί **** να διεξαγάγει διαδικασία τακτικού διαγωνισμού με προσφυγή σε κλειστή ή ανοικτή διαδικασία για το συγκεκριμένο έργο, άλλως να προσφύγει εκ νέου σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 32 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, με τη συμμετοχή της εταιρίας.» 2.1. Κατ' αρχήν θα πρέπει να επισημάνουμε ότι ο λόγος όπως προβάλλεται είναι απορριπτέος ως αντιφατικός. Είτε δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της διαδικασίας του άρθρου 32.2.γ, και πρέπει να ακυρωθεί, είτε συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της άνω διαδικασίας και καλώς η αναθέτουσα αρχή προσέφυγε σ' αυτήν. Κατά την προσφεύγουσα εφόσον διαταχθεί η αναθέτουσα αρχή να την συμπεριλάβει στον κατάλογο των προσκαλούμενων οικονομικών φορέων τότε θα πληρούνται όλες οι προϋποθέσεις προσφυγής στην διαδικασία του άρθρου

32.2.γ. 2.2. Όπως και ανωτέρω αναφέραμε το αίτημα της προσφεύγουσας είναι να διαταχθεί η αναθέτουσα αρχή να διεξαγάγει διαδικασία τακτικού διαγωνισμού, με προσφυγή σε ανοιχτή ή κλειστή διαγωνιστική διαδικασία για το συγκεκριμένο έργο, άλλως να προσφύγει εκ νέου σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σύμφωνα με του όρους και τις προϋποθέσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 32 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, με τη συμμετοχή και της προσφεύγουσας. Εντούτοις, τα ως άνω αιτήματα απαραδέκτως προβάλλονται, καθώς η ΑΕΠΠ επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνει την παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και δεν έχει εξουσία να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣτΕ 54/2018, ΑΕΠΠ 128/2020).

2.3. Κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Εξ άλλου, η βλάβη αυτή δεν ταυτίζεται με το έννομο συμφέρον για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως αλλά, στο πλαίσιο εξετάσεως προδικαστικής προσφυγής, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινά προστατευτέα και να δικαιολογεί την χορήγηση προσωρινού μέτρου. Ως βλάβη, συνεπώς, στην περίπτωση αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευόμενα, αφορώντα την νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου

συμμετέχοντος, τα οποία είτε αποκλείουν είτε καθιστούν υπερβολικά δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της (βλ. Ε.Α. 12/2018 Ολομ., 86/2018, 353/2018). Τα ανωτέρω ισχύουν και σε περίπτωση που ο αιτών μετάσχει στον διαγωνισμό με επιφύλαξη (Ε.Α. 353/2018, πρβλ. ΕΑ 146- 148/2016 Ολομ., 16/2015, 718/2012, 616/2012 κ.α.). Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης κατ' άρθρο 32.2.γ του Ν. 4412/2016 στις 24.11.2020. Χωρίς να αμφισβητήσει την νομιμότητα προσφυγής στην διαδικασία του άρθρου 32.2.γ του Ν. 4412/2016, όπως η ίδια συνομολογεί, στις 26.11.2020 υπέβαλε προσφορά, χωρίς να διατυπώσει κάποια επιφύλαξη, αποδεχόμενη έτσι στο σύνολό του το περιεχόμενο της πρόσκλησης. Εφόσον η προσφεύγουσα έλαβε μέρος στο διαγωνισμό και αποδέχθηκε έτσι τους όρους της πρόσκλησης, ασκεί την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή χωρίς έννομο συμφέρον. Σε κάθε περίπτωση επισημαίνουμε και πάλι ότι το βασικό και κύριο αίτημα της προσφεύγουσας είναι είτε να ανοιχθεί η προσφορά που υπέβαλε στις 26.11.2020 είτε να διενεργηθεί εκ νέου ο επίμαχος διαγωνισμός με προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32.2.γ του Ν. 4412/2016 και να κληθεί να συμμετάσχει και η ίδια. Εν όψει των ανωτέρω και ανεξαρτήτως της αβασιμότητάς του, για την οποία θα αναφερθούμε αμέσως κατωτέρω, ο συγκεκριμένος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος για έλλειψη έννομου συμφέροντος της προσφεύγουσας. 2.4. Αντικρούοντας επί της ουσίας το δεύτερο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής αναφέρουμε τα εξής: Το άρθρο 26 του Ν. 4412/2016 με τίτλο: «Επιλογή των διαδικασιών», το οποίο αποτελεί μεταφορά του αντίστοιχου άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και στην παρ. 6 ορίζει ότι: «Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που

αναφέρονται ρητά στο άρθρο 32, οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να προσφεύγουν σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ή διαγωνισμό.». Το δε άρθρο 32 του Ν. 4412/2016 με τίτλο: «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζει στην παρ. 2, περιπτ. γ) 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.» 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» (παραθέτει νομολογία επί των σωρευτικών προϋποθέσεων εφαρμογής της οικείας διαδικασίας) και ισχυρίζεται «Στην παρούσα περίπτωση όπως προκύπτει από την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 32.2.γ. του Ν. 4412/2016, δεν θα μπορούσε άλλωστε δεδομένου ότι τα πλημμυρικά φαινόμενα στην ***** στις 24-25/11/2019 είναι πασίδηλο γεγονός γνωστό σε όλη τη χώρα μέσω των τηλεοπτικών δεκτών. Αυτό που αμφισβητεί ως λόγο αδυναμίας εφαρμογής της διαδικασίας επιλογής αναδόχου χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης είναι α) ότι ο χρόνος της συνολικής προθεσμίας περαίωσης του έργου είναι οκτώ (8) μήνες κάτι το οποίο θεωρεί ότι δεν συμβαδίζει με τον κατεπείγοντα χαρακτήρα της ανάγκης που καλείται να εξυπηρετήσει και β) ότι δεν υπάρχει χρονική εγγύτητα μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος (πλημμυρικά φαινόμενα της 24- 25/11/2019) και της αποστολής της σχετικής πρόσκλησης (3.11.2020). Αντικρούοντας τους άνω ισχυρισμούς της προσφεύγουσας αναφέρουμε τα εξής: Η προσφεύγουσα ενώ αναφέρει την

συνολική προθεσμία περαίωσης του έργου, που είναι οκτώ (8) μήνες, αποκρύπτει ότι στην πρόσκληση προς διαπραγμάτευση «ορίζεται τμηματική προθεσμία εξήντα (60) ημερών για την ολοκλήρωση των εργασιών απομάκρυνσης των πάσης φύσεως φερτών υλικών» (εδ. 8 πρόσκλησης) . Οι άνω εργασίες που θα πρέπει να εκτελεσθούν εντός 60 ημερών όπως αναφέρει και η προσφεύγουσα στην σελίδα 21 της προσφυγής της αντιγράφοντας τις απόψεις της μειοψηφίας των μελών της ***** αφορούν «... εργασίες επικίνδυνες για την ασφάλεια των πολιτών (καθαρισμοί ρεμάτων, τεχνικών κλπ.». Περαιτέρω η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της ότι η προγραμματική σύμβαση μεταξύ της ***** για την εκτέλεση του επίμαχου έργου υπεγράφη στις 20.10.2020 και η πρόσκληση απεστάλη στις 3.11.2020, ήτοι **** άμεσα προχώρησε τις διαδικασίες χωρίς να επιδείξει καμία αμέλεια ή καθυστέρηση και προσκάλεσε τους οικονομικούς φορείς που έκρινε ικανούς να εκτελέσουν άρτια, έντεχνα και εμπρόθεσμα το έργο να υποβάλλουν προσφορά. Αυτονόητο είναι ότι η οποιαδήποτε διαδικασία δημοπράτησης δεν μπορούσε να ξεκινήσει πριν την υπογραφή της προγραμματικής σύμβασης μεταξύ της **** και πριν την έγκριση της μελέτης εκτέλεσης του έργου από τα αρμόδια όργανα της*****. Η προσφεύγουσα ενώ αναφέρει ότι η εκπονηθείσα από το **** μελέτη διαβιβάσθηκε ***** στις 18.3.2020, δεν αναφέρει αν η μελέτη ήταν πλήρης ή αν ενσωματώθηκε σε άλλη μελέτη της ***** και πότε σε κάθε περίπτωση εγκρίθηκε η μελέτη εκτέλεσης του έργου από την μόνη αρμόδια προς τούτο ***** . Εν όψει των ανωτέρω και ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος».

15. Επειδή, ο β' παρεμβαίνων κατόπιν παράθεσης σύντομου ιστορικού, ισχυρίζεται ότι «Η προσφεύγουσα εταιρεία προβάλλει δύο λόγους ακύρωσης: 1) Ότι στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης δύναται να μετάσχει αυτοκλήτως οιοσδήποτε οικονομικός φορέας, έστω και αν δεν έχει προσκληθεί, υπό την προϋπόθεση ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής όπως τίθενται από τη διακήρυξη. 2) Ότι σε κάθε περίπτωση δεν συντρέχει επείγουσα ανάγκη για την επιλογή της συγκεκριμένης διαδικασίας ανάθεσης. Αμφότερες οι ανωτέρω αιτιάσεις είναι αβάσιμες για τους εξής λόγους: 1.

Ισχυρισμός περί δυνατότητας αυτόκλητης συμμετοχής οικονομικού φορέα Το άρθρο 32 του Ν. 4412/2016 προβλέπει τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης. Ο ορισμός αυτής της διαδικασίας ανάθεσης υπάρχει στην προϋσχύσασα Οδηγία 2004/18/EK και στο Π.Δ/60/2007, δυνάμει του οποίου μεταφέρθηκε η εν λόγω Οδηγία στην εσωτερική έννομη τάξη. Ο συγκεκριμένος ορισμός, όπως παρατίθεται στο άρθρο 2 παρ. 11.δ' του π.δ. 60/2007, έχει ως εξής: «δ) "Διαδικασίες με διαπραγμάτευση" είναι οι διαδικασίες, στο πλαίσιο των οποίων οι αναθέτουσες αρχές διαβουλεύονται με τους οικονομικούς φορείς της επιλογής τους και διαπραγματεύονται τους όρους της σύμβασης με έναν ή περισσότερους από αυτούς.» Ο ορισμός αυτός δεν επαναλαμβάνεται μεν στη νέα Οδηγία 2014/24/ΕΕ, πλην όμως η βασική δομή της συγκεκριμένης διαδικασίας δεν έχει τροποποιηθεί και, ως εκ τούτου, ισχύει και υπό την ανωτέρω Οδηγία (βλ. σχετικά Δ. Ραΐκου κ.λπ. «Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016», σελ. 319 § 1). Κατά συνέπεια, καθίσταται προφανές ότι ουδείς τρίτος, μη προσκληθείς οικονομικός φορέας δικαιούται να συμμετάσχει αυτοκλήτως στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης του άρθρου 32 Ν. 4412/2016 και να υποβάλει προσφορά. Περαιτέρω, το ανωτέρω συμπέρασμα εξάγεται και από τη συνδυαστική ερμηνεία των συναφών διατάξεων και τον σκοπό που αυτές επιδιώκουν. Ειδικότερα: - Η διαδικασία με διαπραγμάτευση είναι το υποκατάστατο της απευθείας ανάθεσης για έργα εκτιμώμενης αξίας άνω των 20.000 ευρώ. Ουσιαστικά πρόκειται για την ίδια κατά βάση διαδικασία, με τη διαφορά ότι θεσμοποιείται η διαπραγμάτευση ως αναγκαίο συστατικό της συγκεκριμένης διαδικασίας ανάθεσης· δηλ. της ανάθεσης της σύμβασης σε συγκεκριμένο ανάδοχο θα πρέπει να προηγηθεί διαπραγμάτευση. - Η πρόσκληση περισσότερων της μιας εργοληπτικών επιχειρήσεων για να υποβάλουν προσφορά κατά την παρούσα διαδικασία εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής και δεν αποτελεί απαραίτητη υποχρέωσή της. Κάλλιιστα η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να καλέσει μόνο μία εργοληπτική επιχείρηση για να διαπραγματευθεί μαζί της την ανάθεση της σύμβασης. Η πρόσκληση περισσότερων εργοληπτικών επιχειρήσεων γίνεται αφενός για να έχει η αναθέτουσα αρχή περισσότερες

επιλογές προς τον σκοπό της επίτευξης του βέλτιστου αποτελέσματος και αφετέρου για την ύπαρξη μεγαλύτερης διαφάνειας και ανταγωνισμού κατά τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης. Η αυτόκλητη υποβολή προσφοράς από τρίτο μη προσκληθέντα οικονομικό φορέα καταργεί στην πράξη τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να καθορίσει αυτή τον αριθμό και την ταυτότητα των οικονομικών φορέων που θα καλέσει προς διαπραγμάτευση, αναιρώντας όλους τους λόγους θέσπισης του συγκεκριμένου εξαιρετικού συστήματος επιλογής αναδόχου. - Εάν κάθε οικονομικός φορέας δικαιούται κατ' αρχήν να υποβάλει προσφορά, τότε ο σκοπός του συγκεκριμένου συστήματος, που είναι η ταχύτητα και η απλοποίηση της διαδικασίας ώστε να αναδειχθεί ανάδοχος άμεσα προς αντιμετώπιση κάποιου επείγοντος και απρόβλεπτου προβλήματος, καταργείται στην πράξη. Μάλιστα, από τη στιγμή που δεν προβλέπεται στη συγκεκριμένη διαδικασία η κατάθεση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η υποβολή προσφοράς ουδέν κόστος έχει για τον οιονδήποτε, ακόμη και απολύτως άσχετο με το αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης, οικονομικό φορέα· ήτοι, δύναται να υποβληθούν δεκάδες προσφορές από παντελώς ακατάλληλους και μη πληρούντες κανένα κριτήριο ποιοτικής επιλογής οικονομικούς φορείς, επιβαρύνοντας την αναθέτουσα αρχή με δυσβάστακτο και περιττό εργασιακό βάρος. Έτσι, όμως, αναιρείται ολοσχερώς στην πράξη ο σκοπός της εφαρμογής του προκείμενου απολύτως εξαιρετικού συστήματος ανάθεσης, που είναι η απλοποίηση και η επίσπευση των διαδικασιών προς τον σκοπό της αντιμετώπισης επείγουσών περιστάσεων. - Περαιτέρω, από την όλη διατύπωση των επιμέρους παραγράφων και εδαφίων του άρθρου 32 συνάγεται σαφώς ότι η επιλογή των οικονομικών φορέων που θα προσκαλέσει η αναθέτουσα αρχή προς διαπραγμάτευση αποτελεί προνόμιο της αναθέτουσας αρχής. Π.χ. το πρώτο εδάφιο της παρ. 6 του άρθρου 32 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για νέα έργα ή υπηρεσίες που συνίστανται στην επανάληψη παρόμοιων έργων ή υπηρεσιών που ανατέθηκαν στον οικονομικό φορέα ανάδοχο της αρχικής σύμβασης»· προβλέπει δηλ. την απευθείας ανάθεση επομένων συμβάσεων στον αρχικό ανάδοχο. Εάν ηδύνάτο να υποβάλει προσφορά και οιοσδήποτε

τρίτος, τότε ο λόγος ύπαρξης της συγκεκριμένης νομοθετικής διάταξης θα εξαλείφετο πλήρως. - Τέλος, από το ίδιο το συστατικό στοιχείο του προκειμένου συστήματος της μη δημοσίευσης προκήρυξης συνάγεται, εξ αντιδιαστολής από την ratio θέσπισής του, η απαγόρευση οιασδήποτε μη προσκληθέντος οικονομικού φορέα να υποβάλει αυτοκλήτως προσφορά. Και τούτο, διότι ο σκοπός της δημοσίευσης της προκήρυξης είναι να λάβουν γνώση όλοι, γενικώς και αορίστως, οι τυχόν ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς της διενέργειας ενός δημόσιου διαγωνισμού, ώστε να προετοιμασθούν και να υποβάλουν προσφορά. Κατά συνέπεια, η κατάργηση της υποχρέωσης δημοσίευσης σημαίνει ότι στην προκείμενη διαδικασία δεν υφίσταται η ανάγκη δημόσιας γνωστοποίησης της διεξαγωγής του διαγωνισμού, εφόσον δικαίωμα συμμετοχής έχουν μόνον όσοι προσκληθούν ειδικώς από την αναθέτουσα αρχή. Για όλους τους προαναφερθέντες λόγους είναι σαφές ότι η προσφεύγουσα εταιρεία δεν είχε δικαίωμα αυτόκλητης συμμετοχής στην προκείμενη διαδικασία ανάθεσης και υποβολής προσφοράς κατ' αυτήν. Ως εκ τούτου, ο σχετικός λόγος είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. 2. Επί της συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθρου 32 περ. 2 γ'. Η εταιρεία μας προσεκλήθη στη συγκεκριμένη διαδικασία που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή. Ανταποκρίθηκε στην πρόσκληση και αναδείχθηκε ανάδοχος. Ως είναι αυτονόητο, δεν γνωρίζουμε τα δεδομένα βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την επιλογή της συγκεκριμένης διαδικασίας. Ωστόσο, θεωρούμε ότι τα δεδομένα που καθιστούν νόμιμη την εφαρμογή της συγκεκριμένης διαδικασίας συντρέχουν στην προκείμενη περίπτωση και για τον λόγο αυτό παραπέμπουμε στην αιτιολογία που έχει περιληφθεί στην προσβαλλόμενη με την παρούσα προδικαστική προσφυγή υπ' αριθ. **** απόφαση της*****, η οποία έχει ως ακολούθως» (παρατίθεται η αιτιολογία της προσβαλλόμενης). Για τους ανωτέρω λόγους καθίσταται απορριπτέος και ο δεύτερος ως άνω λόγος της προδικαστικής προσφυγής.

16. Επειδή ο προσφεύγων με το από 05.01.2021 Υπόμνημα του κατόπιν προβολής λόγων περί απαραδέκτου της ασκηθείσας παρέμβασης εκ του α' παρεμβαίνοντος, ισχυρίζεται «II. Αντίκρουση των απόψεων της Διοίκησης και

σε κάθε περίπτωση της ασκηθείσας παρέμβασης: **Α. Ως προς το δήθεν απαράδεκτο αμφισβήτησης της διαδικασίας και συνακόλουθα του δεύτερου λόγου προσφυγής μας** 1. Κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης στην οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων που διέπουν την ανάθεσή τους. Κατά συνέπεια, αν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά την έννοια του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης / Πρόσκλησης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεστεί με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη λόγω παραβίασης των κανόνων που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη λυσιτελή συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΑΕΠΠ 689/2020, 7^ο Κλιμάκιο, καθώς και ΑΕΠΠ 7^ο Κλιμάκιο Α272/2020 που διέταξε τα προσωρινά μέτρα στην ένδικη περίπτωση). Εξάλλου, όπως έχει κριθεί, το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της συνάψεως συμβάσεων του νόμου αυτού, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι ανωτέρω συμβάσεις από βλάβη την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν, εξαιτίας πιθανολογούμενης παράβασης, εκ μέρους της Διοίκησης, των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία της επιλογής του αναδόχου της μελλούσης να συναφθεί σύμβασης, καθώς και τα κριτήρια βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο ανάδοχος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση έργου ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεστεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις

προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια (βλ. ΕΑ 434, 472, 616/2012, 182/2011, πρβλ., υπό την ισχύ του άρθρου 2 παρ. 1 του ν. 2522/1997, ΕΑ 634, 1291/2009, 1148/2009, 350/2008, 1023/2007 κ.ά.), σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στο διαγωνισμό (Ε.Α. 472/2012, 182/2011, 1023/2007). Σε περίπτωση, δε, που ο αϊτών τελικώς μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη και προσβάλει με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων συγκεκριμένο όρο της διακηρύξεως, προβάλλοντας ότι ο όρος αυτός είναι παράνομος, διότι τον αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στο διαγωνισμό, έχει έννομο συμφέρον για προσβολή του εν λόγω όρου, μόνον εφόσον προβάλλει ειδικούς ισχυρισμούς ότι, παρά το γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στο διαγωνισμό, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον όρο αυτό της διακηρύξεως (βλ. ΕΑ ΣτΕ 353/2018, 718/2012).2. Στην κρινόμενη προσφυγή η εταιρία μας, επικαλέστηκε και απέδειξε ότι δραστηριοποιείται στη σχετική με το αντικείμενο της πρόσκλησης αγορά, καθότι αποτελεί επιχείρηση, εγγεγραμμένη στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (*****) στην 6η τάξη, για έργα Υδραυλικά, Οδοποιία, Οικοδομικά, Βιομηχανικά-Ενεργειακά, Ηλεκτρομηχανολογικά, Λιμενικά, όπως προκύπτει, άλλωστε, από την προσκομιζόμενη ενημερότητα του πτυχίου της. Μάλιστα, όσον αφορά στο προκηρυχθέν συμβατικό αντικείμενο η εταιρεία μας έχει αναπτύξει εκτεταμένη δραστηριότητα τόσο στον χώρο των δημόσιων, όσο και των ιδιωτικών έργων. Περαιτέρω διαθέτει τα κατάλληλα επαγγελματικά προσόντα και διατηρεί τον αναγκαίο εξοπλισμό και προσωπικό για την εκτέλεση το έργου και πληροί όλες τις σχετικές τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις, όπως αποδεικνύεται από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά. Ωστόσο εμποδίζεται παρανόμως να συμμετάσχει στην υπό εξέλιξη διαδικασία και να διεκδικήσει την ανάληψη του επίμαχου έργου, λόγω της παράνομης παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να συμπεριλάβει αυτή μεταξύ των οικονομικών φορέων προς τους οποίους απηύθυνε την προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή Πρόσκληση. Συνεπώς η εταιρία μας έχουσα πρόδηλο έννομο συμφέρον κατά την σχετική νομολογία της ΑΕΠΠ (689/2020 ΑΕΠΠ 7ο

Κλιμ.), παραδεκτά στρέφεται κατά των προαναφερθεισών πράξεων διότι υφίσταται άμεση ζημία από αυτές, δοθέντος ότι ιδίως με την πρώτη προσβαλλόμενη πράξη εμποδίζεται παρανόμως να διεκδικήσει επί ίσοις όροις την ανάληψη του επίμαχου έργου με αποτέλεσμα την βλάβη των οικονομικών και ευρύτερα επαγγελματικών της συμφερόντων. Επιδιώκει συνεπώς παραδεκτά την μερική ακύρωση της προσβαλλόμενης***** (κατά το σκέλος που δεν περιλαμβάνει την εταιρεία μας μεταξύ των αποδεκτών της, άλλως και εντελώς επικουρικώς την συνολική ακύρωση της υπ' αριθ. ***** καθώς και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας. 3.Επιπρόσθετα, έχει κριθεί ότι η Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 203/2019) στο πλαίσιο οικονομίας της διαδικασίας δύναται να θεωρήσει συμπροσβαλλόμενες και μη ρητώς προσβαλλόμενες πράξεις, εφόσον αυτές είναι συναφείς με τις ευθέως προσβαλλόμενες (πρβλ. κατ' αναλογία ΣτΕ 1086/1988) και υπό την περαιτέρω προϋπόθεση ότι η προδικαστική προσφυγή ασκείται κατ' αρχήν παραδεκτώς, με την έννοια ότι με αυτή προσβάλλεται ευθέως τουλάχιστον μια εκτελεστή πράξη (πρβλ. κατ' αναλογία ΣτΕ 2632/2006). Έτσι, σε περίπτωση που κριθεί βάσιμος κάποιος λόγος ακύρωσης που αφορά τη νομιμότητα της ρητώς προσβαλλόμενης πράξης, μαζί με αυτήν ακυρώνονται και οι μεταγενέστερες πράξεις, ανεξαρτήτως του αν κατ' αυτών δεν προβάλλονται αυτοτελείς λόγοι ακύρωσης, τούτο δε ως αυτονόητη συνέπεια της αυτεπάγγελτης διεύρυνσης του αντικειμένου της διαδικασίας (της φερόμενης προς κρίση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. εν προκειμένω). Στην Ενώπιον Σας αχθείσα υπόθεση ήδη μετά την άσκηση της προσφυγής μας εκδόθηκε η απόφαση υπ' αριθ. ***** με την οποία εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό, σύμφωνα με το οποίο η Επιτροπή εισηγήθηκε την κατακύρωση της σύμβασης στον οικονομικό φορέα *****, την οποία ήδη έχουμε θέσει υπόψη Σας. Συνεπώς και ενόψει των ανωτέρω η συγκεκριμένη απόφαση λογίζεται ως μεταγενέστερη συμπροσβαλλόμενη πράξη στο πλαίσιο της ανοιχθείσας σύνθετης διοικητικής ενέργειας, δηλαδή της διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως και η Α.Ε.Π.Π. οφείλει να επεκτείνει τον έλεγχό της και το τυχόν ακυρωτικό αποτέλεσμα και στην πράξη αυτή. 4. Περαιτέρω υπογραμμίζεται πως το ως άνω έννομο συμφέρον της εταιρίας μας κρίθηκε και έγινε αποδεκτό και με την

Α272/2020 απόφαση του Κλιμακίου Σας, η οποία διέταξε τα αναφερόμενα σε αυτή προσωρινά μέτρα, στο πλαίσιο της προδικαστικής προσφυγής μας. Περαιτέρω, με την πιο πάνω απόφαση του Κλιμακίου Σας κρίθηκε (ad hoc) ότι: «...Εξάλλου έχει κριθεί ότι σε περίπτωση άσκησης προσφυγής κατά όρων της διακήρυξης, παραδεκτώς προσβάλλονται αυτοί κατ' άρθρο 360 τον Ν. 4412/2016, καθώς το δικαίωμα άσκησης αυτής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται να μετάσχει στον διαγωνισμό και όχι απλά έχει υποστεί ζημία, αλλά και ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη. Το έννομο συμφέρον στην περίπτωση αυτή παγίως ερμηνεύεται με ευρύτητα, ώστε στην περίπτωση της προσβολής όρων διακήρυξης να καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά, πλην, όμως, η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων της διακήρυξης ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό της προσφοράς του, άρα στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή ενόψει της συμμετοχής του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Έτσι, κρίθηκε ότι το έννομο συμφέρον οικονομικού φορέα συνίσταται αυτοτελώς στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχοντας άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι αυτής, δοθέντος ότι δια των συγκεκριμένων προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης υφίσταται ζημία, αφού καθίσταται αφενός υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό και αφετέρου ευνοείται μόνον ένας συγκεκριμένος οικονομικός φορέας (ΑΕΠΠ 329/2020, 3ο Κλιμ.). Για την ταυτότητα του νομικού λόγου οι ίδιες προϋποθέσεις κατάφασης του εννόμου συμφέροντος ελέγχονται και στην περίπτωση της προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, άνευ, δηλαδή ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας. Επίσης, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι αποδεικνύεται η συνδρομή των απαιτούμενων για την ανάθεση της σύμβασης τυπικών και ουσιαστικών προσόντων και την τήρηση των επιμέρους προϋποθέσεων βάσει του άρθρου 23 της διακήρυξης. Εν προκειμένω, ισχυρίζεται ότι κατέθεσε τα κάτωθι απαιτούμενα εκ του άρθρου 22Α της

διακήρυξης δικαιολογητικά αναφορικά με τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού: Επομένως, θεμελιώνει κατ'αρχήν παραδεκτώς το έννομο συμφέρον του».5 Το γεγονός ότι η εταιρία μας κατέθεσε φάκελο συμμετοχής στην επίμαχη διαδικασία, επουδενί δεν αναιρεί το έννομο συμφέρον μας - τουναντίον μάλιστα το θεμελιώνει - διότι: α) σύμφωνα με τα παγίως γενόμενα δεκτά ανωτέρω, παρά την υποβολή εκ μέρους μας φακέλου συμμετοχής και παρά το γεγονός ότι η εταιρία μας πληρούσε το σύνολο των τυπικών και ουσιαστικών προϋποθέσεων συμμετοχής, εξαιτίας της επίμαχης Πρόσκλησης και της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής και των όρων αυτών, η εταιρία μας παρεμποδίστηκε παράνομα (και κατά παράβαση των αρχών της ισότητας, της διαφάνειας και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού) να συμμετάσχει στην εν λόγω διαδικασία και να διεκδικήσει επί ίσοις όροις την ανάληψη του επίμαχου έργου προς βλάβη των οικονομικών και επαγγελματικών της συμφερόντων, αφού, όπως συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, η προσφορά μας ουδόλως εξετάστηκε από αυτή, με αποτέλεσμα να υφίσταται άμεση ζημία από τις προσβαλλόμενες πράξεις, β) σε κάθε περίπτωση, η συμμετοχή της εταιρίας **μας τελούσε υπό την επιφύλαξη**, όπως προκύπτει και από τη με αριθ. πρωτ. **** αίτησή μας προς την αναθέτουσα αρχή (βλέπετε σχετ.7 της προδικαστικής προσφυγής), ενώ πράγματι με την προδικαστική προσφυγή μας αμφισβητήσαμε τόσο τη νομιμότητα της παράλειψης εξέτασης της προσφοράς της εταιρίας μας, αλλά και εν γένει τη νομιμότητα της διαδικασίας διαπραγμάτευσης άνευ δημοσίευσης γ) η κατάθεση του φακέλου προσφοράς μας συνοδευόμενου από πλήρη και νόμιμα δικαιολογητικά έγγραφα, όπως και εν γένει η συμμετοχή μας στη διαδικασία, αποδεικνύει ακριβώς την ύπαρξη της πραγματικής δυνατότητας ανάδειξης της εταιρείας μας ως αναδόχου και συνακόλουθα την υφιστάμενη άμεση και πραγματική οικονομική και επαγγελματική μας ζημία. 6.Εμφατικά επισημαίνεται άλλωστε στο σημείο αυτό πως στις περιπτώσεις που απευθύνεται Πρόσκληση σε οικονομικούς φορείς στο πλαίσιο διαδικασίας απευθείας ανάθεσης, η σαφής οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ (βλ. ιστότοπο, θέση "συχνές ερωτήσεις", αριθμός 24) είναι να εξετάζονται και να αξιολογούνται οι προσφορές που τυχόν υποβληθούν από εταιρίες οι οποίες δεν

έχουν προσκληθεί. Η ανωτέρω οδηγία αποτελεί τμήμα του λεγομένου “μαλακού” ή “ήπιου δικαίου” (soft law), στην έννοια του οποίου εντάσσονται άτυπες ρυθμίσεις που εκδίδονται από διοικητικά όργανα και Ανεξάρτητες Αρχές. Οι τελευταίες δεν συγκεντρώνουν τα τυπικά χαρακτηριστικά που είναι αναγκαία προκειμένου να περιβληθούν των ιδιοτήτων των κλασικών κανόνων δικαίου, παρά ταύτα, όπως και αυτοί, σκοπούν στον προσανατολισμό της συμπεριφοράς των αποδεκτών τους, έλκοντας τη νομιμοποίησή τους από την αυθεντία και εξειδίκευση των οργάνων από τα οποία προέρχονται. Ειδικότερα, οι “Οδηγίες”, άλλως “κατευθυντήριες γραμμές” (“directives”) εκδίδονται συνήθως από Ανεξάρτητες Αρχές διότι προσιδιάζουν στην ρυθμιστική τους λειτουργία, υπό την έννοια ότι εξυπηρετούν την εξειδίκευση των γενικών διακηρυσσόμενων στόχων των ιδρυτικών του κειμένων καθιστώντας περισσότερο προβλέψιμη για τους ιδιώτες την διοικητική τους δραστηριότητα (βλ. και Γ. Δελλή, Soft Law και διαβούλευση. Δυο εκφάνσεις της ρυθμιστικής μεταρρύθμισης της διοικητικής δράσης, σε: Χαριστήριο εις Λουκά Θεοχαρόπουλο και Δήμητρα Κοντογιώργα-Θεοχαροπούλου, 2009, τόμος Ι, σ. 131 επ., Ε. Πρεβεδούρου, Κανόνες soft law στο Διοικητικό Δίκαιο, 2017, σ. 83 επ.). Από κανονιστική σκοπιά οι ρυθμίσεις αυτές προσανατολίζουν την συμπεριφορά των αποδεκτών τους λειτουργώντας ως κοινωνική, ηθική και οικονομική πίεση προς συμμόρφωση με το περιεχόμενο του κανόνα ήπιου δικαίου (βλ. Α. Φατούρου, Προλεγόμενα στη μελέτη του μαλακού δικαίου, ΕΕΕυρΔ 1994, σ. 1006). Υπό την έννοια αυτή δημιουργούν νομικές υποχρεώσεις για τα διοικητικά όργανα, στα οποία καταλείπεται περιθώριο να αποκλίνουν από το περιεχόμενο της ρύθμισης με ειδική αιτιολογία. Με άλλα λόγια, οι ρυθμίσεις αυτές λειτουργούν ως μέσο “αυτοδέσμευσης” της διοικητικής δράσης (βλ. σχετ. Ι. Μαθιουδάκη, Η αυτοδέσμευση της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης, ιδίως με την έκδοση κατευθυντήριων γραμμών, Αρμ. 7/2016, σ. 1273), ιδίως σε τομείς όπου καταλείπεται ευρεία διακριτική ευχέρεια, όπως σ’ αυτόν της οικονομίας και κατ’ επέκταση της ανάθεσης δημόσιας συμβάσεως. Αυτή η a priori δέσμευση, επιδιώκει τον εξορθολογισμό της διοικητικής δράσης, λειτουργώντας ως μέσο πρόβλεψης των εξελίξεων και σχεδιασμού των μελλοντικών κινήσεων στον οικονομικό τομέα. Έτσι,

επιτυγχάνεται η πρόληψη της παραβίασης της αρχής της ισότητας που μπορεί να προκύψει από τη διαφορετική χρήση της διακριτικής ευχέρειας σε διοικούμενους που τελούν υπό τις αυτές συνθήκες. 7. Σημειωτέον ότι η αυτοδέσμευση της Διοίκησης αναγνωρίζεται από το Συμβούλιο της Επικράτειας σε ό,τι αφορά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους των διοικητικών οργάνων ως γενική αρχή του δικαίου (ενδεικτικά, ΣτΕ 4474/2014 και την παραπεμπτική 2357/2014). Από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας συμπεραίνεται ότι η απόκλιση από τους κανόνες ήπιου δικαίου που περιορίζουν την διακριτική ευχέρεια δεν είναι καταρχήν επιτρεπτή, εκτός αν επιβάλλεται σε συγκεκριμένη περίπτωση, είτε επειδή η απόκλιση αποτελεί την προσήκουσα άσκηση της διακριτικής εξουσίας, είτε λόγω της ιδιαιτερότητας της εκάστοτε περίπτωσης, είτε για λόγους που ανάγονται στο δημόσιο συμφέρον. Σε περίπτωση απόκλισης η Διοίκηση υποχρεούται να αιτιολογήσει ειδικά τους λόγους για τους οποίους αυτή έλαβε χώρα (πρβλ την απόφαση ΣτΕ 2007/2013, με την οποία κρίθηκε ότι «Προκειμένου να διασφαλισθεί ο αποτρεπτικός χαρακτήρας του προστίμου, η Επιτροπή Ανταγωνισμού έχει τη δυνατότητα να αποκλίνει από τη μέθοδο που εισάγεται με την παρούσα Ανακοίνωση, σε κάθε περίπτωση που οι ιδιαιτερότητες ορισμένης υπόθεσης το υπαγορεύουν. Στην περίπτωση αυτή η απόκλιση πρέπει να αιτιολογείται»). Στο πλαίσιο αυτό οι ιδιώτες, παρότι δεν αρύονται ευθέως δικαιώματα από τις ρυθμίσεις αυτές, δύναται καταρχήν να προβάλουν τον παράνομο χαρακτήρα της παράλειψης τήρησής τους εφόσον θίγονται από αυτήν. Στο ίδιο πλαίσιο δύναται να προβάλουν ότι η κατά παράβαση των συγκεκριμένων ρυθμίσεων εκδιδόμενες δυσμενείς ατομικές διοικητικές πράξεις παραβιάζουν την δικαιολογημένη εμπιστοσύνη τους ως προς τη σύμφωνη με την ρύθμιση εφαρμογή των εκάστοτε εφαρμοζόμενων νομοθετικών ή κανονιστικών προβλέψεων. Με τον τρόπο αυτό εξυπηρετείται ο έλεγχος νομιμότητας των ατομικών διοικητικών πράξεων, ο οποίος είναι έλεγχος των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας και όχι επί της ουσίας έλεγχος των τεχνικών κρίσεων της διοίκησης, λειτουργώντας ως μέσο διαπίστωσης και μέτρησης της διοικητικής παραβατικότητας. 8. Κατά μείζονα λόγο ισχύει ο ανωτέρω περιορισμός της διακριτικής ευχέρειας της

αναθέτουσας στην περίπτωση της προσφυγής σε διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση της διακήρυξης, η οποία εμφανίζει πρόδηλη νομική αναλογία με τη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης, ιδίως δεδομένου ότι κοινό χαρακτηριστικό αυτών των διαδικασιών είναι ότι εξελίσσονται χωρίς δημοσίευση των όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά περιορισμό της αρχής της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού. Μάλιστα, η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης εμφανίζεται ακόμα περισσότερο "κλειστή" στην συμμετοχή περισσότερων προσώπων από την διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, καθώς στην πρώτη περίπτωση δεν απαιτείται απόφαση συλλογικού οργάνου για προσφυγή στην διαδικασία αυτή, προϋπόθεση που ανυπερθέτως απαιτείται στην περίπτωση της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση και έλαβε άλλωστε χώρα και στην παρούσα διαδικασία (βλ. την απόφαση *****). Είναι χαρακτηριστικό ότι η οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ δεν αναφέρεται σε συγκεκριμένο άρθρο του Ν. 4412/2016, εν προκειμένω στο άρθρο 118, που ορίζει τα της απευθείας αναθέσεως, ακριβώς θέλοντας να επιτρέψει την ερμηνευτική συμπερίληψη κάθε διαδικασίας που προσομοιάζει με αυτή, ήτοι που απευθύνεται εξ αρχής σε ορισμένο (ευρύτερο ή στενότερο) κύκλο προσώπων. Συνεπώς, το αίτημά μας προς την αναθέτουσα αρχή, δεν ήταν προφανώς να προσκαλέσει όλους τους "χιλιάδες" οικονομικούς φορείς που υπάρχουν σε ενωσιακό επίπεδο, όπως ειρωνικά και προς δημιουργία εντυπώσεων μας προσάπτει, αλλά να κάνει δεκτή την προσφορά που υποβάλαμε, σύμφωνα με την κατεύθυνση που ενσωματώνει η προαναφερθείσα Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ και προς όφελος, άλλωστε, του δημοσίου συμφέροντος. 9. Σημειωτέον, εξάλλου πως η ίδια η Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, και συγκεκριμένα ο κανονιστικός όρος 21.1 αυτής, δεν αποκλείει την υποβολή Προσφοράς από οικονομικούς φορείς άλλους από τους προσκληθέντες. Εν προκειμένω, δεν αναφέρει ότι δικαίωμα συμμετοχής έχουν αποκλειστικώς και μόνον όσοι προσεκλήθησαν από την ***** Η συνδυαστική θεώρηση του συγκεκριμένου νομικού δεδομένου με την ερμηνευτική υπόδειξη που ενσωματώνει η προαναφερθείσα οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ ως προς τον επιβαλλόμενο χειρισμό εκ μέρους της αναθέτουσας -της οποίας γνώση

αναμφιβόλως είχε η αντίδικος αρχή- υποδεικνύει ότι, προεχόντως για λόγους ασφάλειας δικαίου, εάν όντως ήθελε να αποκλείσει την υποβολή προσφοράς από μη προσκληθέντες οικονομικούς φορείς, θα όφειλε να είχε εντάξει σχετικό όρο στην Διακήρυξη (ως είχε δικαίωμα εφόσον αιτιολογημένα το θεωρούσε σκόπιμο). Η αναθέτουσα, ωστόσο, δεν έπραξε εις γνώσιν της τίποτα σχετικό, γεγονός που σημαίνει ότι ισχύει και στην περίπτωση αυτή ο γενικός κανόνας, όπως καθορίζεται από την οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ. 10. Κατόπιν αυτών γίνεται εμφανές ότι καταρρέει το επιχείρημα της αναθέτουσας αρχής, ότι δήθεν δεν έχουμε δικαίωμα προσβολής της διαδικασίας καθώς την έχουμε αποδεχθεί δια της συμμετοχής μας, δεδομένου ότι α) η κανονιστική διάρθρωση του πλαισίου που την διέπει επέτρεπε καταρχάς την συμμετοχή μας σε αυτή β) υφιστάμεθα πρόδηλη βλάβη διότι παρά το γεγονός ότι η διαδικασία δεν αποκλείει την υποβολή προσφοράς εκ μέρους μας, λανθασμένα η Αναθέτουσα Αρχή θεωρεί ότι δικαίωμα συμμετοχής έχουν "μόνον" οι προσκληθέντες οικονομικοί φορείς. 11. Κατά συνέπεια, οι αντίθετοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και σε κάθε περίπτωση της παρεμβαίνουσας, περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι.

Β. Ως προς τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής 1. Όπως λεπτομερώς αναφέρουμε στον πρώτο λόγο προσφυγής μας, όπου κατά τα λοιπά Σας παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, η παράλειψη πρόσκλησης του οικονομικού φορέα μας με τις προσβαλλόμενες πράξεις να συμμετάσχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης και συνακόλουθα ο αποκλεισμός της εταιρίας μας, παρότι διαθέτει τα απαιτούμενα τυπικά και ουσιαστικά προσόντα για τη συμμετοχή στην εν λόγω διαδικασία και δραστηριοποιείται ακριβώς στο ίδιο αντικείμενο αγοράς, όπως, άλλωστε, αποδείξαμε νομότυπα με τα προσκομιζόμενα δικαιολογητικά συμμετοχής, α) παραβιάζει πρόδηλα τις αρχές της διαφάνειας, της ισότιμης συμμετοχής στις διαδικασίες κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού, β) συνιστά κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης και γ) δεν αιτιολογείται ειδικά, κατά τα αναλυτικώς εκτεθέντα στον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής μας. 2. Και αυτό, διότι, οι αναθέτουσες αρχές έχουν,

μεν, την ευχέρεια να απευθύνονται σε συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς της επιλογής τους, ωστόσο, τούτο δεν αποκλείει την πιθανότητα άλλος οικονομικός φορέας να υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο της διαδικασίας διαπραγμάτευσης. Στην περίπτωση αυτή, ενεργοποιούνται οι αρχές της χρηστής διοίκησης, της ορθής χρήσης της διακριτικής ευχέρειας, αλλά και αυτές της ισότιμης μεταχείρισης, της διαφύλαξης της διαφάνειας και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος μέσω της ενδεχόμενης επίτευξης ακόμη καλύτερης προσφοράς κοκ, οι οποίες επιτάσσουν στον αναθέτοντα φορέα να αποδεχθεί την προσφορά που υποβλήθηκε εκτός Πρόσκλησης και να την εξετάσει σύμφωνα με τους όρους της Πρόσκλησης της διαπραγμάτευσης (βλ. ενδεικτικά, σχετικό 9, η με αρ. 314/2020 απόφαση της ***** του ****, όπου η εκεί αναθέτουσα αρχή κατ' εφαρμογή των πιο πάνω αρχών, εξέτασε σύμφωνα με τους όρους της σχετικής Πρόσκλησης προσφορά οικονομικού φορέα που είχε υποβληθεί χωρίς αυτός να προσκληθεί σε πρώτη φάση). Παρατηρείται, άλλωστε, ότι σε περίπτωση που δεν ήθελε αναγνωρισθεί η υποχρέωση της αναθέτουσας να εξετάσει την προσφορά μας μετά των υπολοίπων, θα υφίστατο σοβαρό έλλειμμα ασφάλειας δικαίου και παραβίαση της ισότιμης συμμετοχής στις διαγωνιστικές διαδικασίες και της εμπιστοσύνης του καλόπιστου τρίτου, καθώς η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή θα εμφανιζόταν να πράττει αυθαίρετα κατά το δοκούν κατά παραβίαση των σχετικών υποδείξεων της ΕΑΑΔΗΣΥ, όπως αναλυτικά έχουμε εκθέσει στο πιο πάνω κεφάλαιο του παρόντος. 3. Εξάλλου, η επίμαχη διαδικασία, για τους λόγους που αναφέρουμε στον πρώτο λόγο προδικαστικής προσφυγής, οφείλει να μην γίνει αντιληπτή ως κλειστή, στην οποία προσφορές δύνανται να υποβάλλουν αποκλειστικά οι υποψήφιοι που προσκλήθηκαν, ιδίως ενόψει της απουσίας αντίστοιχης πρόβλεψης στο κείμενο της διακήρυξης, οι όροι της οποίας παραπέμπουν σε διαδικασία στην οποία μπορεί να λάβει μέρος κάθε ενδιαφερόμενος (που πληροί τις ουσιαστικές και τυπικές προϋποθέσεις) αλλά ως έναρξη ανοιχτού ανταγωνιστικού διαλόγου στον οποία έχουμε ήδη λάβει μέρος, ώστε να γίνει αποδεκτή η υποχρέωση συνεκτίμησης της προσφοράς μας μεταξύ των υπόλοιπων προσφορών των υποψηφίων. 4. Το τελευταίο τούτο επιρρωνύεται

από το γεγονός ότι -όπως αναφέρουμε στον πρώτο λόγο της προσφυγής μας-
***** με τις επικαλούμενες στην προσφυγή μας αποφάσεις [(βλέπετε σχετικά 10,
11, 12,13,14,15) όπου αντίστοιχα παραπέμπει στα με αριθ. πρωτ. *****
έγγραφα), έχει επανειλημμένως και συστηματικά εκδώσει αποφάσεις με τις
οποίες εγκρίνει την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς
προηγούμενη δημοσίευση κατ' άρθρο 32 παρ. 2 γ του ν. 4412/2016, καθώς και
πίνακες συγκεκριμένων εργοληπτικών επιχειρήσεων που θα μετέχουν στη
διαπραγμάτευση. Από την επισκόπηση των δεδομένων αυτών αποδεικνύεται η
συστηματική παραβίαση των αρχών της διαφάνειας, της ισότιμης συμμετοχής
στις διαδικασίες κατάρτισης των δημοσίων έργων και του ελεύθερου
ανταγωνισμού δια της προσκλήσεως συγκεκριμένων εταιρειών, ενώ οι ίδιες
εταιρείες έχουν κληθεί να συμμετάσχουν και σε περισσότερες διαδικασίες
διαπραγμάτευσης κατ' ευθεία παραβίαση των πιο πάνω αρχών (λ.χ. η εταιρία
**** έχει συμπεριληφθεί σε δύο πίνακες για δύο διαφορετικές διαδικασίες
διαπραγμάτευσης, ήτοι τόσο στη διαδικασία που αφορά το έργο «Αποκατάσταση
ζημιών των οδικών υποδομών και των συνοδών τους υδραυλικών έργων στο
***** που επλήγη από τις φυσικές καταστροφές της 15ης Νοεμβρίου 2017 και
της 26^ και 2ΤΑ Ιουνίου 2018», όσο και στη διαδικασία που αφορά το έργο
«***** που επλήγη από τη φυσική καταστροφή της 23ης Ιουλίου 2018»). Τέλος,
αναφέρουμε ότι με την πρόσφατη με αριθ. πρωτ. ***** (Σχετικό 15),
αποφασίστηκε για ακόμη μια φορά κατά παραβίαση των ίδιων ως άνω αρχών α)
η έγκριση δέσμευσης προϋπολογισμού 4.750.800,006 συμπεριλαμβανομένου
ΦΠΑ και η διάθεση σχετικής πίστωσης για τη δημοπράτηση του έργου «*****
που επλήγη από τις φυσικές καταστροφές της ****», β) η έγκριση της
διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση για την ανάθεση του υπόψη
έργου σύμφωνα με την παρ. 2 γ του άρθρου 32 και 32Α του ν. 4412/2016, και γ)
η έγκριση του πίνακα των προσκαλούμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων.
Καθίσταται δηλαδή απολύτως εναργές πως για την ίδια περιοχή που αφορά και
η επίμαχη διαδικασία διαπραγμάτευσης, έχει αποφασιστεί και άλλη διαδικασία
διαπραγμάτευσης για τις ίδιες ακριβώς αιτίες (αποκατάσταση ζημιών που
προκλήθηκαν από φυσικά φαινόμενα), γεγονός που αποδεικνύει την κατ'

εξακολούθηση παραβίαση των διατάξεων του ενωσιακού και εσωτερικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την καταστρατήγηση των διατάξεων του άρθρου 32 παρ. 2γ και του άρθρου 32 Α του ν. 4412/2016. 5. Από τα παραπάνω συνάγεται ευχερώς ότι συντρέχουν όλες οι προϋποθέσεις ώστε η επίμαχη διαδικασία να εκληφθεί ως διαδικασία ανοιχτού ανταγωνιστικού διαλόγου (και όχι ως κλειστή διαδικασία που θέλει να παρουσιάσει η αναθέτουσα αρχή), στον οποίο έχουμε ήδη λάβει μέρος, ώστε να γίνει αποδεκτή η υποχρέωση συνεκτίμησης της προσφοράς μας μεταξύ των υπόλοιπων προσφορών των υποψηφίων. 6. Άλλωστε και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της δεν επικαλείται ειδικότερη αιτιολογία για τη μη αποδοχή και συνακόλουθα μη αξιολόγηση της προσφοράς της εταιρείας μας, αποφεύγοντας να εισφέρει έστω και εκ των υστέρων μία δικαιολόγηση του χειρισμού της, την στιγμή, μάλιστα, που η ίδια έχει καταστρατηγήσει τις πιο πάνω διατάξεις, εκ της μη πρόβλεψης στο κείμενο της διακήρυξης περιορισμένου αριθμού εργοληπτικών επιχειρήσεων, κατά τα ειδικώς διαλαμβανόμενα στον πρώτο λόγο προσφυγής μας. 7. Οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας στηρίζονται στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι εν προκειμένω αφενός πρόκειται για κλειστή διαδικασία αφετέρου πρόκειται για διαδικασία που ορθώς επελέγη ως τέτοια, γεγονός που, όμως, δεν συμβαίνει σύμφωνα με όσα ισχυριζόμαστε στον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής. Γ. Επί του δεύτερου λόγου της προδικαστικής προσφυγής μας Ι. Στο άρθρο 26 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι: «...6. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που αναφέρονται ρητά στο άρθρο 32, οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να προσφεύγουν σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ή διαγωνισμό». Στο άρθρο 32 παρ. 2, στοιχ. γ) του Ν. 4412/2016 (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), που είναι εφαρμοστέο στην εξεταζόμενη περίπτωση, ορίζεται ότι: «[...] Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: [...] γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την

αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη. [...]». Στο άρθρο 32 του ν.4412/2016, ορίζεται πως «Εξαιρούνται της υποχρεωτικής εφαρμογής των άρθρων 22 παράγραφοι 1, 36, 72 παράγραφος 1 περίπτωση α79 παράγραφοι 1 έως 4, και 221 παράγραφοι 8 και 9, οι ακόλουθες περιπτώσεις του άρθρου 32:β) λόγω του επείγοντος χαρακτήρα της ανάθεσης σύμφωνα με την περίπτωση γ' της παραγράφου 2,... Στις περιπτώσεις α' και β' η διαδικασία διεξάγεται σύμφωνα με τα οριζόμενα 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 τριμελές όργανο, το οποίο συγκροτείται από την Αναθέτουσα Αρχή και εισηγείται προς το αποφαινόμενο όργανο για κάθε θέμα που ανακύπτει κατά την ανάθεση της σύμβασης». 2. Όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη (1) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι αναθέτουσες αρχές, οφείλουν πρωτεύοντος να εφαρμόζουν τις ανοικτές ή κλειστές διαδικασίες που προβλέπει το άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως αυτή ρητά παραπέμπει στα άρθρα 27 έως 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρα 27 έως 31 του Ν. 4412/2016). Εντούτοις, η παρ. 6 του άρθρου 26 της ανωτέρω Οδηγίας (παρ. 6 του άρθρου 26 του Ν. 4412/2016), προβλέπει κατ' εξαίρεση, στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις του άρθρου 32 της ως άνω Οδηγίας (άρθρα 32 του Ν. 4412/2016) ότι μπορεί να εφαρμόζεται διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης ή χωρίς τη διεξαγωγή διαγωνιστικής διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης σε ανάδοχο. Η δε απαρίθμηση του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016 είναι περιοριστική και δεν επιτρέπει στα κράτη μέλη να ερμηνεύουν διασταλτικά τις εν λόγω διατάξεις, εφαρμόζοντας τις εξαιρετικές αυτές διαδικασίες και σε άλλες περιπτώσεις, εκτός από εκείνες που ρητά αναφέρονται στο κείμενο του νόμου. Όπως συνάγεται, συνεπώς, από τα ανωτέρω, η περίπτωση (γ) της παρ.2 του άρθρου 32, αποτελεί μία από τις προβλεπόμενες εκ του νόμου περιπτώσεις,

η οποία δίνει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, στον βαθμό που αυτό κρίνεται απολύτως απαραίτητο, εξαιτίας κατεπείγουσας ανάγκης, η οποία οφείλεται σε απρόβλεπτα γεγονότα, τα οποία αποκλείουν την τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις τακτικές διαγωνιστικές διαδικασίες, υπό τον πρόσθετο όρο ότι, οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη. Λόγω των επιζήμιων επιπτώσεων στον ανταγωνισμό, οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση γνωστοποίηση προκήρυξης σύμβασης θα πρέπει να χρησιμοποιούνται μόνο σε άκρως εξαιρετικές περιπτώσεις. Η εξαίρεση αυτή θα πρέπει να περιορίζεται σε περιπτώσεις που είτε η δημοσίευση είναι αδύνατη, για λόγους κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα τα οποία η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να προβλέψει και για τα οποία δεν ευθύνεται, είτε είναι σαφές εξ αρχής ότι η δημοσίευση δεν θα οδηγήσει σε μεγαλύτερο ανταγωνισμό ή σε καλύτερα αποτελέσματα όσον αφορά την προμήθεια, μεταξύ άλλων και γιατί αντικειμενικά υπάρχει μόνο ένας οικονομικός φορέας που μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση (βλ. αιτιολογική σκέψη 50 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Περαιτέρω, μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις όπου καταστάσεις κατεπείγουσας ανάγκης τις οποίες η οικεία αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να προβλέψει και για τις οποίες δεν είναι υπεύθυνη καθιστούν αδύνατη τη διεξαγωγή συνήθους διαδικασίας ακόμη και με συντόμευση της προθεσμίας, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να μπορούν, στο μέτρο του απολύτως αναγκαίου, να αναθέτουν συμβάσεις κάνοντας χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. Αυτό μπορεί να συμβεί σε περίπτωση φυσικών καταστροφών, όπου απαιτείται άμεση δράση (βλ. αιτιολογική σκέψη 80 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). 3. Κατά την έννοια του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το προγενέστερο καθεστώς, για τη σύναψη συμβάσεων που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της Οδηγίας (και κατ' επέκταση του Ν. 4412/2016) 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 δε 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.). Η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί της προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης πρέπει 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 (πρβλ. ενδεικτικά ΕΛΣυν 280/2010 VI Τμ., ΕΛΣυν 206/2007, 41, 102/2008 Πράξεις του IV Τμ. Και ΕΛΣυν 168/2012 Πράξη) και εν προκειμένω, καταρχήν από την ΑΕΠΠ. 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 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C: 1993:344, Συλλ. 1993, σ. 1-4655, σκέψη 12, της 28ης Μαρτίου 1996, C- 318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C: 1996:149, Συλλ. 1996, σ. 1-1949, σκέψη 14 και της 2ας Ιουνίου 2005, Ψ68/04, Επιτροπή κατά Ελλάδας, EU:C:2005:347, Συλλ. 2005, 1- 4713, σκέψη 40). 4. 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 C199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C- 57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. 1-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, 0318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. 1-1949 και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, 1-4713, σκέψη 33). 5. Σημειώνεται ότι όλα τα παραπάνω περιέχονται και στη μείζονα σκέψη της Α272/2020 απόφασης περί προσωρινών μέτρων του Κλιμακίου Σας. 6. Στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της δεν απέδειξε ως όφειλε, έχοντας το σχετικό βάρος απόδειξης, τη συνδρομή των προϋποθέσεων για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης κατά παρέκκλιση της ανοικτής διαδικασίας. Ούτε και προσέδωσε κάποια ειδικότερη αιτιολογία περί της τυχόν νομιμότητας προσφυγής στην εν λόγω διαδικασία. 7. Αντίθετα, από τα επικαλούμενα στις

απόψεις της αναθέτουσας αρχής, αποδεικνύεται ότι αυτή με δική της αποκλειστικά ευθύνη δεν προσέφυγε, ενώ είχε τη δυνατότητα, σε κανονική διαγωνιστική διαδικασία. Και αυτό, διότι, όπως επικαλούμαστε στο δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, είχε μεσολαβήσει ένας και πλέον χρόνος από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή και η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να πετύχει το στόχο της με την προσφυγή στην ανοικτή διαδικασία ακόμη και με τη σύντμηση των σχετικών προθεσμιών κατ' άρθρο 27 του ν. 4412/2016, όπου υφίσταται πρόβλεψη κατ' ελάχιστον 15ημερης προθεσμίας υποβολής προσφορών σε περίπτωση επείγουσας κατάστασης, έτσι, ώστε, κατ' αποτέλεσμα να επιτυγχάνονται περίπου ίδιοι χρόνοι διεξαγωγής της διαδικασίας, με τους αντίστοιχα απαιτούμενους για τη διαπραγμάτευση του άρθρου 32 παρ. 2 γ, χωρίς να χρειάζεται ο περιορισμός των εν δυνάμει υποψηφίων συμμετεχόντων. Έτσι, είναι σαφές - σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας - ότι δεν μπορεί να υποστηριχτεί εν προκειμένω βάσιμα ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης διενεργείται σε συμμόρφωση με τη *ratio leges* της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2γ, δεδομένης της έλλειψης χρονικής εγγύτητας μεταξύ της εκδήλωσης των έντονων καιρικών φαινομένων και των προκληθεισών ζημιών και της λήψης απόφασης περί προσφυγής στην εξαιρετική αυτή διαδικασία (*ad hoc* αποφάσεις ΑΕΠΠ 7ου Κλιμακίου 1078/2018 σκέψη 34, 689/2020). 8. Η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επαναλαμβάνει το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης της *****, η οποία επικαλούμενη απλά τις διατυπώσεις του άρθρου 32 παρ. 2 γ αναφέρει «...Σε ότι αφορά τις ως άνω προϋποθέσεις (εν. του πιο πάνω άρθρου) αυτές συντρέχουν στη συγκεκριμένη περίπτωση ως εξής: Οι συνήθεις διαδικασίες ανάθεσης έργων (ανοικτή με προηγούμενη δημοσίευση κλπ) απαιτούν για την ολοκλήρωσή τους κατά μέσο όρο, οκτώ με δέκα μήνες έως την υπογραφή της σύμβασης. Δεν θα υπήρχε η ανάγκη για άμεση επέμβαση στην περιοχή αν δεν είχε προηγηθεί η καταστροφική πλημμύρα της 24-25/11/2019. Λόγω των ακραίων φαινομένων είναι επιτακτική και κατεπείγουσα ανάγκη να ξεκινήσουν άμεσα οι εργασίες για την αποφυγή περαιτέρω δυσμενών συνεπειών σε ενδεχόμενη εκδήλωση νέου

πλημμυρικού φαινομένου, λαμβάνοντας υπόψη τα νέα δεδομένα, όπως αυτά διαμορφώθηκαν. Η κατεπείγουσα ανάγκη δεν απορρέει σε καμία περίπτωση από υπαιτιότητα της υπηρεσίας μας...». Με όσα εκθέτει, όμως, η αναθέτουσα αρχή, δεν αιτιολογεί, όπως απαιτείται, τους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία, καθώς η τελευταία δεν επικαλείται κατά τρόπο σαφή και ορισμένο ούτε ένα πραγματικό περιστατικό ή περίσταση από τα οποία να αιτιολογείται δεόντως και επαρκώς για ποιο λόγο η διαδραματίσα χρονική περίοδος του ενός και πλέον έτους δεν επαρκούσε ώστε να προκηρυχτεί ανοικτή ή ακόμη και κλειστή διαδικασία με δημοσίευση προκήρυξης. 9. Με άλλα λόγια, η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολογεί επαρκώς ούτε με τις απόψεις της, για ποιο λόγο δεν εδύνατο να εκκινήσει τη διαδικασία δημοπράτησης των επίμαχων εργασιών, σε νωρίτερο χρόνο, δεδομένου ότι τα έντονα καιρικά φαινόμενα και οι εξαιτίας αυτών ζημίες συνέβησαν πριν από ένα και πλέον έτος και σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής η αναθέτουσα αρχή είχε όλα το χρόνο να προβεί στον απαιτούμενο προγραμματισμό για την εύρεση πιστώσεων και τη σύνταξη των σχετικών μελετών και λοιπών ενεργειών και να προβεί εγκαίρως σε κανονική διαδικασία δημοπράτησης. 10. Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, όπως και με την προσβαλλόμενη απόφασή της, επικαλείται αορίστως, για να αιτιολογήσει την αδράνεια της, την αναγκαία προηγούμενη εκπόνηση και έγκριση των σχετικών μελετών και την εξεύρεση χρηματοδότησης. Όμως, όπως προκύπτει τόσο από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, όσο και από την προσβαλλόμενη απόφαση της *****, το μεγαλύτερο μέρος των πιστώσεων υπήρχε ήδη από το Δεκέμβριο του 2019, ενώ η μελέτη του έργου είχε εγκριθεί από τον Μάρτιο του 2020, ενώ σε κάθε περίπτωση για τα πιο πάνω η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να φροντίσει ακόμη ενωρίτερα, ώστε να μην δικαιολογείται και να μην προκύπτει σε καμία περίπτωση η συνδρομή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 γ του ν. 4412/2016. Σε κάθε περίπτωση, η όποια τυχόν καθυστέρηση στην εύρεση χρηματοδότησης ή την εκπόνηση και έγκριση των αναγκαίων μελετών ή της σύναψης των απαιτούμενων προγραμματικών συμβάσεων, οφείλεται σε έλλειψη προγραμματισμού της αναθέτουσας αρχής που, όπως παγίως έχει κριθεί, δεν

δύναται να δικαιολογήσει τη συνδρομή των προϋποθέσεων της εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 32 παρ. 2 γ του ν. 4412/20176 και τη παράκαμψη της ανοικτής διαδικασίας (ΑΕΠΠ 689/2020, 1078/2018, 7° Κλιμάκιο), γεγονός που επισημάνθηκε και από τη μειοψηφία των μελών της ***** που επικαλούμαστε στην προδικαστική προσφυγή και υπάρχει στο σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης. 11. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι η αναθέτουσα αρχή δεν εδύνατο να εκτελέσει τις εργασίες σε νωρίτερο χρόνο, ουδόλως προκύπτει ότι κωλύετο προς τούτο για λόγους που εκφεύγουν της σφαίρας επιρροής της, κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα. Εξάλλου, στο άρθρο 27 «Ανοικτή Διαδικασία» του ν. 4412/2016, υφίσταται πρόβλεψη περί κατ' ελάχιστον 15μερης προθεσμίας υποβολής προσφορών σε περίπτωση επείγουσας κατάστασης και έτσι κατ' αποτέλεσμα, επιτυγχάνονται περίπου ίδιοι χρόνοι διεξαγωγής της διαδικασίας, με τους αντίστοιχα απαιτούμενους για τη διαπραγμάτευση του άρθρου 32 παρ. 2γ, χωρίς να χρειαστεί ο περιορισμός των εν δυνάμει υποψηφίων συμμετεχόντων (βλ. ΑΕΠΠ 689/2020, 7° Κλιμάκιο). Εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή ουδόλως απαντά στον ισχυρισμό μας και συγκεκριμένα στην ημερολογιακή ανάλυση που εκθέτουμε στην σκέψη 28 της προσφυγής μας, η οποία καταδεικνύει πέραν πάσης αμφιβολίας καθυστερήσεις της αναθέτουσας που αν δεν είχαν επισυμβεί θα ήταν εφικτή -χωρίς αρνητικές συνέπειες- η εφαρμογή της ανοικτής διαδικασίας του διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού. 12. Συνεπώς ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι "από την έγκριση της Μελέτης ... μεσολάβησαν μόλις επτά ημέρες μέχρι την έγκριση απόφασης περί έγκρισης της ανάθεσης μέσω πρόσκλησης" σχετίζεται αποκλειστικά και μόνο με την καταγραφή των γεγονότων. Καίτοι αληθής, ο ισχυρισμός με κανέναν τρόπο δεν απαντά ούτε δικαιολογεί το ότι μεταξύ των διαδοχικών γεγονότων που αναφέρονται μεσολαβεί πολύ μεγαλύτερο χρονικό διάστημα από το εύλογο, δημιουργούμενων κατ' αυτόν τον τρόπο σημαντικών καθυστερήσεων, τις οποίες αναλυτικά καταγράφουμε στην σκέψη 28 της προσφυγής μας και που αν είχαν αποφευχθεί θα μπορούσε να έχει εφαρμοσθεί κανονικά η ανοικτή διαδικασία του διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού. Για παράδειγμα, η Μελέτη του ***** υπεβλήθη στις 18 Μαρτίου 2020 στην

Αναθέτουσα Αρχή και, δεδομένου ότι υπήρχαν ήδη εγγεγραμμένες επαρκείς για την χρηματοδότησή της πιστώσεις στον Προϋπολογισμό *****, θα μπορούσε αμέσως να έχουμε οδηγηθεί στην υπογραφή της Προγραμματικής Σύμβασης εντός του Απριλίου του 2020, ενώ αυτό συνέβη μόλις τον Οκτώβριο του 2020 (καθυστέρηση τουλάχιστον 5,5 μηνών). Ομοίως, η αύξηση της πίστωσης από 9.000.000 € (που είχαν δεσμευθεί από 11.12.2019 στον Προϋπολογισμό έτους 2020) σε 18.950.000 €, έγινε με την 2η Αναμόρφωση του Προϋπολογισμού στις 29.07.2020, παρότι το σχετικό αίτημα από την Υπηρεσία (όπως αναφέρεται στο σημείο 14 του προοιμίου της υπ αρ. *****) εστάλη στις 20.03.2020 και παρότι είχε λάβει χώρα η διαδικασία της 1ης Αναμόρφωσης του Προϋπολογισμού στις 16.04.2020 (καθυστέρηση ακριβώς 3,5 μηνών). Εν κατακλείδι, η αναθέτουσα ουδόλως απαντά επί του τεκμηριωμένου στην σκέψη 28 ισχυρισμού μας ότι ο ανοιχτός διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός θα μπορούσε να έχει διενεργηθεί το αργότερο περί τα μέσα του μηνός Μαΐου 2020.13. Εξάλλου η επίκληση από την Αναθέτουσα Αρχή της Πράξης 89/2018 του Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών στο VII Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν εισφέρει το παραμικρό επιχείρημα κατά του ανωτέρω ισχυρισμού μας, διότι η εν λόγω Πράξη αφορά περίπτωση όπου “η Τεχνική Υπηρεσία ...(ενν. του *****)... έπρεπε να συντάξει Μελέτες για έργα αποκατάστασης για 22 Δημοτικές και Τοπικές Κοινότητες που είχαν πληγεί...”. Είναι προφανές ότι αυτή η περίπτωση είναι εντελώς διαφορετική από την κρινόμενη, όπου όλες οι Μελέτες ήταν έτοιμες ήδη από τις 18 Μαρτίου 2020, όπως προκύπτει από την υπ αρ. *****, δηλαδή μέσα σε λιγότερο από 4 μήνες από την στιγμή που συνέβησαν τα πλημμυρικά φαινόμενα. Ομοίως, ούτε η επίκληση από την Αναθέτουσα Αρχή της απόφασης 121/2017 του Κλιμακίου Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών στο VII Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου εισφέρει κάποιο επιχείρημα προς αντίκρουση των ισχυρισμών μας, διότι η εν λόγω Πράξη αφορά περίπτωση που διαφέρει ουσιωδώς από την κρινόμενη όπου έλαβε χώρα μια χρονοβόρα διαδικασία έγκρισης χρηματοδότησης για έργο ***** από το κεντρικό Υπουργείο Υποδομών. Καμία σχέση δεν υφίσταται με την περίπτωσή μας, δεδομένου ότι η έγκριση της χρηματοδότησης πραγματοποιείται με απόφαση της ίδιας της αναθέτουσας

αρχής, η οποία κάλλιστα θα μπορούσε να έχει ληφθεί στις 16.04.2020, αντί της 29.07.2020. Προκειμένου, δε, να καταδειχθεί το πόσο γρήγορα μπορεί να εγκριθεί η διαδικασία χρηματοδότησης στην προκειμένη περίπτωση, σημειώνουμε ότι η αρχική έγκριση της χρηματοδότησης έγινε στις 11.12.2019, δηλαδή σε διάστημα μόλις 15 ημερών από τότε που συνέβησαν τα πλημμυρικά φαινόμενα. 14.Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της διατείνεται ότι «...2. Αντικείμενο του έργου. 2.1. Καθαρισμός πληγείσας περιοχής. 1. Προβλέπεται η απομάκρυνση από την κοίτη και τα πρανή των ρεμάτων του μεγάλου όγκου των από ανάντη φερτών υλικών, απορριμμάτων μπαζών κλπ ή και της τυχόν αυτοφυούς βλάστησης, προκειμένου να αποκατασταθεί άμεσα η ροή των όμβριων υδάτων ενόψει του επερχόμενου χειμώνα και λόγω του επαπειλούμενου κινδύνου από τυχόν παρόμοια πλημμυρικά φαινόμενα. Απομάκρυνση από το οδικό δίκτυο του οικισμού των των συσσωρευμένων φερτών υλικών, απορριμμάτων, μπαζών κλπ, προκειμένου το συντομότερο να αποκατασταθεί η κανονικότητα της ζωής των κατοίκων της περιοχής. Σημειώνεται ότι στα συσσωρευμένα υλικά τα οποία πρέπει να απομακρυνθούν περιλαμβάνονται και όλες οι ποσότητες υλικών οι οποίες προέκυψαν από προσωρινούς καθαρισμούς των ρεμάτων, οι οποίοι διενεργήθηκαν αμέσως μετά την πλημμύρα από υπηρεσίες της *****ς κλπ και οι οποίες ποσότητες δεν απομακρύνθηκαν αλλά συσσωρεύτηκαν σε διάφορους χώρους εντός και εκτός οικισμού. Γενικώς καμία ποσότητα του μεγάλου όγκου των φερτών υλικών, μπαζών, φερτών οικιακών απορριμμάτων δεν μεταφέρθηκε σε επιτρεπόμενους χώρους αλλά παραμένουν εντός και εκτός χώρων τον οικισμού. Στις εν λόγω ποσότητες περιλαμβάνονται και όλα τα οικιακά και λοιπά απορρίμματα τα οποία συσώρευσαν οι κάτοικοι από τον καθαρισμό των οικιών τους, οι οποίες ποσότητες εναποτέθηκαν στους εν λόγω χώρους. II. Κοπή και απομάκρυνση των μη υγιών δέντρων, τα οποία να βρίσκονται στα πρανή και την κοίτη των ρεμάτων και να εμποδίζουν την ροή των όμβριων υδάτων III. Καθαρισμός των φραγμένων φρεατίων, αγωγών και οχετών, δηλαδή φόρτωση και απομάκρυνση φερτών υλικών και απορριμμάτων, προκειμένου να γίνεται απρόσκοπτα η ροή των όμβριων υδάτων εντός αλλά και εκτός του οικισμού.

Λόγου του επείγοντος χαρακτήρα του έργου, της εκτεταμένης διασποράς των φερτών υλικών σε όλη την περιοχή και ως εκ τούτου της δυσχερούς καταγραφής και προμέτρησης των εν λόγω εργασιών, οι επιμέρους θέσεις παρέμβασης θα εκτείνονται στο σύνολο του οικισμού αλλά και εκτός αυτού, θα καθορίζονται δε επί τόπου από την Υπηρεσία. Εκτός του *****, το οποίο έχει προκαλέσει εκτεταμένες ζημιές εντός τον οικισμού, θα γίνει παρέμβαση καθαρισμού και των λοιπών ρεμάτων που βρίσκονται στα όρια ή και εκτός οικισμού και τα οποία μπορεί να εξελιχτούν σε περαιτέρω καθοριστικούς παράγοντες στην κακή εξέλιξη τυχόν άλλων παρόμοιων πλημμυρικών φαινομένων. 2.2. Με το παρόν έργο θα γίνουν παρεμβάσεις στο τμήμα του ρέματος της ***** έως την εκβολή του στη θάλασσα συνολικού μήκους 800μ 2.3. Προβλέπονται εργασίες αποκατάστασης των οδών που έχουν πληγεί, συντηρήσεις ή ανακατασκευές ανά περίπτωση». Όμως, με όσα διατείνεται η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, αφενός ουδόλως αναφέρει ειδικά και συγκεκριμένα τις ζημιές που προέκυψαν από τα έκτακτα καιρικά φαινόμενα, αφετέρου ουδόλως προκύπτει η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του συνόλου των εργασιών που αναθέτει με την επίμαχη διαδικασία ως κατεπειγουσών και των πλημμυρικών φαινομένων, αφού όπως διατείνεται η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, πολλές από τις ανατειθέμενες εργασίες προέκυψαν λόγω μη σωστής απομάκρυνσης των φερτών υλικών από τις εργασίες προσωρινού καθαρισμού των ρεμάτων. Επίσης, ως προς τις εργασίες αποκατάστασης των οδών δεν αναφέρονται συγκεκριμένα οι ζημιές που προέκυψαν και ουδόλως αιτιολογείται το κατεπείγον αυτών. Είναι προφανές ότι σε κάθε περίπτωση, δεν στοιχειοθετείται εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής η πραγματικά διαπιστωθείσα, ειδική και συγκεκριμένη ανάγκη που κρίνεται κατεπείγουσα, με την επίκληση συγκεκριμένων ζημιών οι οποίες εν τέλει δικαιολογούν την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 γ (βλ. ΑΕΠΠ 1078/2018 ό.π). 15. Εξάλλου, ως προς τον ισχυρισμό της αναθέτουσας ότι το έργο "...αποσκοπεί στην αποτροπή του ως άνω συνεχούς και επικρεμάμενου κινδύνου, η οποία (αποτροπή) δεν είναι δεκτική αναβολής επειδή σχετίζεται με την ζωή και την σωματική ακεραιότητα των πολιτών της περιοχής", σημειώνουμε καταληκτικώς ότι: α) η αναθέτουσα αρχή έχει ήδη

δημοπρατήσει το έργο "*****". Το έργο έχει ενταχθεί στο Πρόγραμμα Εκτελεστέων Έργων της *****και Προϋπολογισμό 4.898.0006, με ΚΑΕ *** και προϋπολογισμό 4.898.0006, δημοπρατήθηκε δε με την διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση (βλ. Απόφαση υπ' αρ.*****). Συνεπώς οι όποιες εργασίες καθαρισμών του υπό έλεγχο έργου δεν είναι κατεπείγουσες, καθότι οι τελευταίες έχουν ενταχθεί στο προαναφερθέν έργο β) οι εργασίες ασφαλιστικών σε οδούς του -***** που έχουν ενταχθεί στο επίμαχο έργο και προέρχονται από την σχετική προγραμματική Σύμβαση με τον ***** επίσης δεν είναι κατεπείγουσες για προφανείς λόγους που ανάγονται στην κοινή πείρα και λογική γ) οι εργασίες επένδυσης των πρανών δια σκυροδέματος και πασσαλομπήξεων που περιλαμβάνονται στο υπό κρίση έργο δεν αφορούν επείγουσες σημειακές επεμβάσεις σε επικίνδυνα σημεία αλλά, αντίθετα, επεκτείνονται σε μήκος εκατοντάδων μέτρων και προφανώς δεν μπορούν να χαρακτηριστούν κατεπείγουσες, ενώ ουδαμώς προσάγεται κάποια επιχειρηματολογία επ' αυτού από την Αναθέτουσα Αρχή (ούτε καν στοιχειώδης φωτογραφική τεκμηρίωση). Συμπερασματικά, η Αναθέτουσα Αρχή, όχι μόνον επικαλείται αόριστα την επικινδυνότητα, χωρίς την αναγκαία τεκμηρίωση που θα όφειλε ήδη να ανευρίσκεται στα τεύχη της Διακήρυξης, αλλά ούτε καν προσάγει τεκμηρίωση στην παρούσα φάση, ενώπιον της ΑΕΠΠ, οπότε και ο εν λόγω ισχυρισμός της έχει τεκμηριωμένα αμφισβητηθεί. 16. Και για τους λόγους αυτούς οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής τυγχάνουν απορριπτέες ως αβάσιμες, όπως και σε κάθε περίπτωση η ασκηθείσα παρέμβαση της εταιρίας*****, εφόσον δεν απορριφθεί προεχόντως ως απαράδεκτη. 17. Τονίζουμε ότι ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μας τελεί σε σχέση επικουρικότητας με τον πρώτο και για το λόγο αυτό δεν είναι αντιφατικός, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα εταιρία *****. Τα δε διαλαμβανόμενα από την παρεμβαίνουσα ότι δήθεν τα αιτήματά μας δεν είναι νόμιμα, είναι απορριπτέα, καθώς τα αιτήματά της σαφώς είναι ακυρωτικά των προσβαλλόμενων με την προδικαστική προσφυγή μας αποφάσεων και παραλείψεων, σε περίπτωση δε που ακυρωθούν μερικώς ή ολικώς οι προσβαλλόμενες πράξεις και παραλείψεις θα αναπεμφθεί η υπόθεση στην

αναθέτουσα αρχή για να πράξει τα νόμιμα σε συμμόρφωση με την εκδοθεισομένη απόφαση της ΑΕΠΠ. Επειδή ο έλεγχός Σας οφείλει να επεκταθεί στην υπ' αριθ. ****απόφαση της **** με την οποία εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό, σύμφωνα με το οποίο η Επιτροπή εισηγήθηκε την κατακύρωση της σύμβασης στον οικονομικό φορέα ****, ως μεταγενέστερης συμπροσβαλλόμενης πράξης εντός της υπό κρίση σύνθετης διοικητικής ενέργειας. Επειδή το παρόν είναι νόμιμο, βάσιμο και αληθινό. Επειδή παραδεκτά κατατίθεται εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας. Επειδή και πάλι αρνούμαστε τις απόψεις της διοίκησης και την ασκηθείσα παρέμβαση ως απαράδεκτη και αβάσιμη. Επειδή κατά τα λοιπά αναφερόμαστε στην προδικαστική προσφυγή μας και τους λόγους αυτής Για τους λόγους αυτούς ΖΗΤΟΥΜΕ Να γίνει δεκτό το παρόν υπόμνημά μας και η ένδικη προσφυγή μας. Σημειώνεται ότι ο προσφεύγων σε συνέχεια λήψης του από 08.01.2021 εγγράφου της αναθέτουσας αρχής κατέθεσε ενώπιον της ΑΕΠΠ το από 12.01.2021 «Συμπληρωματικό Υπόμνημα» του, ισχυριζόμενος ότι κατά την εκπνοή της εκ μέρους του προβλεπόμενης στο άρθρο 365 ν. 4412/2016, όπως ισχύει, προθεσμίας προς κατάθεση Υπομνήματος, η αναθέτουσα αρχή κατά παραβίαση των δικονομικών του δικαιωμάτων κατέθεσε τούτο (βλ. τελευταίο εδάφιο σκέψης 13 της παρούσας).

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 367 «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ» του ν. 4412/2016, ορίζεται «...5. Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που τίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ή ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας».

18. Επειδή, ανεξαρτήτως προβολής τους από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, οι προϋποθέσεις παραδεκτού της προδικαστικής προσφυγής, μεταξύ των οποίων η εμπρόθεσμη άσκηση της ως και το έννομο συμφέρον, ελέγχονται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. κατ' αναλογία ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα αλλά και μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ 1134/2019 του 7^{ου} Κλιμακίου). Οι δε προβαλλόμενοι από τον

Προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών κατά τη διοικητική διαδικασία ή περί παράβασης νόμου, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

19. Επειδή, το άρθρο 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.[...]

20. Επειδή, επομένως, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους νομικούς και πραγματικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα. Προαπαιτούμενο του ζητούμενου με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ελέγχου είναι η εκτελεστότητα της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. Εκ τούτων εναργώς προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη με αρ. ***** απόφαση συνιστά εκτελεστή πράξη αυτοτελώς δυναμένη να προσβληθεί, η

οποία και αποτελεί την πρώτη βλαπτική για τον προσφεύγοντα πράξη και δέουσα παραδεκτώς να προσβληθεί.

21. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 361 «Προθεσμία άσκησης της προσφυγής», ορίζεται ότι «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι:

(α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή

(β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως,

(γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ.

2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης.

22.Επειδή σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4727/2020 (Α 184/23.09.2020) «Ψηφιακή Διακυβέρνηση (Ενσωμάτωση στην Ελληνική Νομοθεσία της Οδηγίας (ΕΕ) 2016/2102 και της Οδηγίας (ΕΕ) 2019/1024) Ηλεκτρονικές Επικοινωνίες (Ενσωμάτωση στο Ελληνικό Δίκαιο της Οδηγίας (ΕΕ) 2018/1972) και άλλες διατάξεις, ορίζεται «ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΑ΄ ΨΗΦΙΑΚΗ ΔΙΑΦΑΝΕΙΑ - ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΔΙΑΥΓΕΙΑ» Άρθρο 75 Αντικείμενο ψηφιακής διαφάνειας Αντικείμενο του παρόντος Κεφαλαίου είναι η ρύθμιση της υποχρέωσης ανάρτησης των νόμων, των προεδρικών διαταγμάτων, και των πράξεων που εκδίδουν τα αναφερόμενα στο άρθρο 76 πρόσωπα και όργανα στο Διαδίκτυο, καθώς και η δημιουργία των προϋποθέσεων και διαδικασιών για

τη διασφάλιση ευρύτατης δημοσιότητας αυτών., άρθρο 76 « Πεδίο εφαρμογής ψηφιακής διαφάνειας» 1. Οι ρυθμίσεις του παρόντος Κεφαλαίου εφαρμόζονται σε νόμους, προεδρικά διατάγματα, αποφάσεις και πράξεις που εκδίδουν ο Πρωθυπουργός, το Υπουργικό Συμβούλιο και τα συλλογικά κυβερνητικά όργανα, οι Υπουργοί, Αναπληρωτές Υπουργοί, Υφυπουργοί, Υπηρεσιακοί, Γενικοί και Ειδικοί Γραμματείς, Συντονιστές Αποκεντρωμένων Διοικήσεων και Εκτελεστικοί Γραμματείς Περιφερειών, τα όργανα διοίκησης νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), οι ανεξάρτητες διοικητικές αρχές, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους, τα όργανα διοίκησης φορέων του ευρύτερου δημόσιου τομέα στις περιπτώσεις που αναφέρονται στο παρόν Κεφάλαιο, καθώς και τα όργανα των φορέων των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης πρώτου και δεύτερου βαθμού. Οι ρυθμίσεις του παρόντος Κεφαλαίου εφαρμόζονται επίσης και σε πράξεις ή αποφάσεις που εκδίδουν όργανα, στα οποία τα αναφερόμενα στην παρούσα όργανα έχουν χορηγήσει εξουσιοδότηση προς υπογραφή ή έχουν μεταβιβάσει αρμοδιότητα, καθώς και οποιοδήποτε όργανο έχει από τον νόμο την αρμοδιότητα έκδοσης πράξεων που υπάγονται στις ρυθμίσεις του νόμου αυτού. 3. Στο διαδίκτυο αναρτώνται:..... (ιστ) περιλήψεις διακηρύξεων, αποφάσεις και πράξεις κατακύρωσης και ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών, υπηρεσιών και μελετών του Δημοσίου, των Ν.Π.Δ.Δ., φορέων του ευρύτερου δημόσιου τομέα και φορέων των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης πρώτου και δεύτερου βαθμού, ..., 4. Από την υποχρέωση πρωτογενούς ανάρτησης εξαιρούνται τα έγγραφα και τα στοιχεία δημοσίων συμβάσεων που καταχωρίζονται υποχρεωτικά στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) του άρθρου 11 του ν. 4013/2011 (Α` 204), που λειτουργεί παραγωγικά στη Γενική Γραμματεία Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης. Τα στοιχεία αυτά αντλούνται αυτομάτως από το ΚΗΜΔΗΣ. Άρθρο 77 Υποχρεώσεις ανάρτησης στο διαδίκτυο 1. Οι πράξεις που αναφέρονται στο άρθρο 76 αναρτώνται αμελλητί στο Διαδίκτυο με μέριμνα του οργάνου που τις εξέδωσε.. Οι πράξεις των οργάνων διοίκησης των Ν.Π.Δ.Δ., των οργάνων διοίκησης φορέων του ευρύτερου δημόσιου τομέα, των ανεξάρτητων αρχών και των φορέων των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης

πρώτου και δεύτερου βαθμού αναρτώνται στους κατά περίπτωση οικείους δικτυακούς τόπους που αυτά διατηρούν. 6. Από την υποχρέωση πρωτογενούς ανάρτησης εξαιρούνται τα έγγραφα και τα στοιχεία δημοσίων συμβάσεων που καταχωρίζονται υποχρεωτικά στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) του άρθρου 11 του ν. 4013/2011 , που λειτουργεί παραγωγικά στη Γενική Γραμματεία Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης. Τα στοιχεία αυτά αντλούνται αυτομάτως από το ΚΗΜΔΗΣ. Άρθρο 78 Ισχύς των πράξεων 1. Οι πράξεις που αναφέρονται στο άρθρο 76, όταν είναι κατά νόμο δημοσιευτές στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως ισχύουν από τη δημοσίευσή τους, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά. 2. Με εξαίρεση τις πράξεις της παρ. 1, οι λοιπές πράξεις του άρθρου 76 αναρτώνται στο διαδίκτυο κατά τα οριζόμενα στο παρόν Κεφάλαιο και ισχύουν από την ανάρτησή τους στον δικτυακό τόπο «Διαύγεια». 3. Οι ρυθμίσεις της παρ. 2 δεν θίγουν τις σχετικές οικονομικές ρυθμίσεις ως προς την άσκηση ενδίκων μέσων και βοηθημάτων ούτε τις ρυθμίσεις που ισχύουν για τις διοικητικές προσφυγές. Άρθρο 237 Έναρξη ισχύος Η ισχύς του παρόντος αρχίζει από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, εκτός αν άλλως ορίζεται σε επιμέρους διατάξεις του.

23.Επειδή, επομένως, κατά το άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016 (βλ. σκ. 21 της παρούσας), προκύπτει ότι αφετηρία της δεκαήμερης προθεσμίας προσβολής μιας πράξης είναι η πραγματική ή τεκμαιρόμενη γνώση αυτής. Η γνώση αυτή τεκμαίρεται στην περίπτωση προσβολής προκήρυξης, όπως ρητά αναφέρει ο νόμος με την πάροδο 15 ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. Φυσικά ο Νόμος 4412/2016, αναφερόμενος στο ΚΗΜΔΗΣ, ήτοι την ηλεκτρονική πλατφόρμα στην οποία καταχωρούνται οι διακηρύξεις διαδικασιών ανάθεσης σύμβασης, έπραξε τούτο προφανώς επειδή σκόπευε εξ αρχής η προδικαστική προσφυγή που καθιέρωσε δια του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 να αφορά πράξεις και παραλείψεις αναθετουσών αρχών στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Το δε Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) συνιστά κατ' άρ. 38 Ν. 4412/2016 το ανάλογο με τη ΔΙΑΥΓΕΙΑ, αλλά

εξειδικευμένο επί δημοσίων συμβάσεων, ηλεκτρονικό μέσο δημοσίευσης και αποθετήριο των στοιχείων που αφορούν δημόσιες συμβάσεις εκτιμώμενης αξίας ίσης και ανώτερης των 1.000 ευρώ. Πλην όμως, αφού εν προκειμένω προσβάλλεται και δη, όχι απλώς ως αφορώσα το δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, αλλά ως αποτελούσα αυτή καθαυτή πράξη συντελούμενη στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσής τους, εκτελεστή πράξη περί προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, η οποία δεν προβλέπεται ότι δημοσιεύεται στο ΚΗΜΔΗΣ, ούτε άλλωστε ουδείς το ισχυρίζεται, αλλά λαμβάνει την αντίστοιχη δημοσιότητα μέσω του συστήματος ΔΙΑΥΓΕΙΑ, βάσει δε του ν. 4727/2020 και από την ανάρτηση στον κατά περίπτωση οικείο δικτυακό τόπο που διατηρεί η αναθέτουσα αρχή, τότε η παραπάνω διάταξη περί τεκμηρίου πλήρους γνώσεως δεν μπορεί παρά, για την προφανή ταυτότητα του νομικού λόγου και την ταυτότητα σκοπού που επιτελείται δια του ΚΗΜΔΗΣ και επομένως για την ταυτότητα του νομοθετικού σκοπού και γράμματος όσον αφορά τη λήψη υπόψη της δυνατότητας απόκτησης δια της ηλεκτρονικής αναρτήσεως στην προσβάσιμη σε όλο το κοινό πλατφόρμας, ως στοιχείου που σε διάστημα 15 ημερών συγκροτεί πλήρη γνώση του επικαλούμενου βλάβη από προσβαλλόμενη πράξη, να εφαρμόζεται με βάση την κατά νόμο δημοσίευση της, άρα και το διάστημα των 15 ημερών για τον σχηματισμό τεκμηρίου πλήρους γνώσεως, να ξεκινά από τη δημοσίευση εκεί. Περαιτέρω, κατά το άρ. 361 παρ. 2 Ν. 4412/2016, η προθεσμία για την προσβολή πράξεων είναι δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα ενώ επί παραλείψεων είναι δεκαπέντε ημέρες από την επομένη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης (βλ. ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ 9/2018). Έτι περαιτέρω, όσον αφορά αυτή καθαυτή την προσβαλλόμενη, με αρ. ****, δημοσιεύθηκε στη Διαύγεια στις 3.11.2020, όπως ο ίδιος ο προσφεύγων άλλωστε αναγράφει και στην προσφυγή του (βλ. σελ. 3 πεδίο Β) και την ίδια ημέρα και στον επίσημο ηλεκτρονικό τόπο της αναθέτουσας αρχής (*****). Επομένως, κατά τις διατάξεις του άρθρου 361 του ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με τα προαναφερθέντα, στις 18.11.2020 ημέρα Τετάρτη, προέκυψε τεκμήριο

πλήρους γνώσεώς της, ήδη με τη συμπλήρωση 15 ημερών από τη δημόσια ανάρτησή της κατά τα ως άνω, αφού η δημοσίευση έλαβε χώρα την 03.11.2020, η δε προσβολή της σε περίπτωση επίκλησης μη σύννομης προσφυγής σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, έληξε στις 30.11.2020, ημέρα Δευτέρα, δοθέντος ότι η 10^η ημέρα ήταν εξαιρετέα (Σάββατο), ενώ σε περίπτωση παράλειψης αν υποθεθεί ότι όντως υφίσταται τέτοια έληξε στις 3.12.2020, ημέρα Πέμπτη. Εν πάσει περιπτώσει, αφενός η εύρεση των σχετικών πληροφοριών ιδίως για την παραπάνω προσβαλλόμενη πράξη ήταν ευχερής μέσω του ηλεκτρονικού τόπου ΔΙΑΥΓΕΙΑ και του ηλεκτρονικού τόπου της Αναθέτουσας αρχής, ο οποίος επέτρεπε την εύρεση όλων των παραπάνω στοιχείων με απλή αναζήτηση αποφάσεων ΟΕ, αφετέρου, ο προσφεύγων είχε εύλογο ενδιαφέρον να ενημερώνεται και να αναζητά τουλάχιστον τις ως άνω δημοσιευμένες στο κοινό πληροφορίες και ούτως αποκτήσασες κατά νόμο ευρείας δημοσιότητας πράξεις, παραλείψεις και πληροφορίες (ΣτΕ 2905/93, 2846/01, 426/09, 3822/08), πόσο μάλλον όταν, όπως εντός 2 ημερών από την εκ μέρους του επικαλούμενη λήψη γνώσης προετοίμασε και υπέβαλλε πολυσέλιδη προσφορά, δικαιολογητικά συμμετοχής και οικονομική προσφορά. Εν γένει όπως προκύπτει από τους εκ μέρους του προβαλλόμενους ισχυρισμούς, όλα τα στοιχεία συγκροτούν όχι απλά εύλογο ενδιαφέρον του να παρακολουθεί την τυχόν εξέλιξη παρεμφερών αποφάσεων της ΟΕ περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, αλλά εξαιρετικό, γνωρίζοντας παράλληλα ότι το κατάλληλο πλαίσιο επίλυσης της όποιας οικείας διαφοράς ήταν αυτό της προδικαστικής και δικαστικής προστασίας στα πλαίσια του σταδίου σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο ανέκαθεν χαρακτηρίζεται από σύντομες προθεσμίες και ειδικές διαδικασίες που σκοπούν στην αμεσότητα επίλυσης των διαφορών προς την ασφάλεια εξάλλου δικαίου στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, όπως εν προκειμένω οι εύλογα βραχείες προθεσμίες του άρ. 361 Ν. 4412/2016. Επομένως, η προθεσμία για τη δια προδικαστικής προσφυγής προσβολή πράξης ή παράλειψής, στο πλαίσιο της επίμαχης διαδικασίας έληξε προ της κατάθεσης της υπό εξέταση προσφυγής η οποία κατατέθηκε αρμοδίως στις 04.12.2020, ήτοι εκπροθέσμως.

24. Επειδή, περαιτέρω, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή ή τυχόν παρεμβαίνοντα/ες, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε ως προς τη νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος και ότι δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελές (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

25. Επειδή, η προσβαλλόμενη απόφαση με αρ. *****και ειδικότερα το θέμα 48 αυτής φέρει τον τίτλο **«Έγκριση α) για προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών, και υπηρεσιών σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, παρ. 2.γ του ν.4412/2016, β) των όρων και της πρόσκλησης, για την κατασκευή του έργου «*****», προϋπολογισμού 18.950.000,00€ (συμπ. Φ.Π.Α.)»**. Εν προκειμένω, σύμφωνα με την προσβαλλόμενη, κατόπιν σχετικής εισήγησης και μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της *****, αποφασίσθηκε κατά πλειοψηφία η έγκριση: **«α) της προσφυγής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών, και υπηρεσιών σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32, παρ. 2.γ του ν.4412/2016, για το έργο «*****», προϋπολογισμού 18.950.000,00€ (συμπ. Φ.Π.Α.), β) των όρων και της επισυναπτόμενης πρόσκλησης για τη διαδικασία διαπραγμάτευσης για το παραπάνω έργο και γ) της επιτροπής διαπραγμάτευσης, η οποία σύμφωνα η οποία μετά από κλήρωση, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις, αποτελείται από**

του κάτωθι υπαλλήλους: (παρατίθενται τα ονόματα των 3 τακτικών μελών και ακολουθούν τα αναπληρωματικά και η γραμματέας). Η επίμαχη ως άνω απόφαση συνοδεύόμενη από την εγκριθείσα πρόσκληση σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016, απευθύνεται σε έξι (6) οικονομικούς φορείς ως εξής: 1.****. Περαιτέρω στην ως άνω πρόσκληση (σελ. 1-2) αναγράφεται ρητά ότι «Η ***** προσκαλεί σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με το άρθρο 32, παρ. 2.γ του ν.4412/2016, για την επιλογή αναδόχου του έργου «*****», τους κάτωθι οικονομικούς φορείς:

1 *****

2 *****

3 *****

4 *****

5 *****

6 *****

Η προφορική διαπραγμάτευση με έκαστο εκ των καλούμενων οικονομικών φορέων, επί του έργου του θέματος θα λάβει χώρα την/2020 ως εξής:

1. *****

2. *****

3. *****

4. *****

5. *****

6. *****

Στη συνέχεια ακολουθεί η «ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ ΜΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ ΛΟΓΩ ΚΑΤΕΠΕΙΓΟΥΣΑΣ ΑΝΑΓΚΗΣ (Άρθρο 32 παρ. 2γ του Ν. 4412/2016) ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΛΟΓΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΚΑΤΑΣΚΕΥΗΣ ΕΡΓΟΥ».

26. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, προκύπτει ευχερώς και αναμφίβολα ότι η αναθέτουσα αρχή προσφεύγει στη διαδικασία της περ. γ της παρ. 2 του άρθρου 32 του Ν. 4412/2016, ήτοι σε διαδικασία με

διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, καλώντας συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς, ονοματίζοντας τους ρητά, και παραθέτοντας μάλιστα και τον αρ. Μητρώου τους. Ο ίδιος δε ο προσφεύγων αναγράφει στην προσφυγή του ότι στην υπ' αρ. ***** εμπεριέχονται η πρόσκληση και η διακήρυξη του έργου όπως αναρτήθηκε στη Διαύγεια στις 03.11.2020 (σελ. 3 της προσφυγής πεδίο Β, σελ. 4 της προσφυγής Μέρος Ι. Διαδικαστικό -Ιστορικό, αλλά και σελ. 5 όπου αναγράφει τις επωνυμίες των οικονομικών φορέων που κλήθηκαν).

27. Επειδή, εν προκειμένω, ως ήδη εκτέθηκε κύριο αίτημα του προσφεύγοντος αποτελεί η μερική ακύρωση της προσβαλλόμενη πράξης κατά το τμήμα αυτής που αναφέρεται στην Πρόσκληση οικονομικών φορέων κατά παράλειψη της εταιρείας του (βλ. και σελ. 4 της προσφυγής του πεδίο 10) και να υποχρεωθεί η αναθέτουσα αρχή να αποδεχθεί και να εξετάσει προσηκόντως την υποβληθείσα από 26.11.2020 προσφορά του ώστε να επιτραπεί η συμμετοχή του στη διαδικασία. Περαιτέρω, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου που κατέθεσε με την προσφυγή του ενώπιον της ΑΕΠΠ, ο προσφεύγων στις 26.11.2020, ώρα 13:46 υπέβαλε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής αίτηση Υποβολής προσφοράς (ΣΧΕΤ.4 που αφορά σε έγγραφο της αναθέτουσας αρχής αρ. πρωτ. ***** και θέμα Αίτηση Υποβολής Προσφοράς), στο δε φάκελο της προσφυγής του περιλαμβάνεται επίσης και έγγραφο του προσφεύγοντος με θέμα «Υποβολή φακέλου Προσφοράς», ημερομηνίας 26.11.2020 υπογεγραμμένο από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος (Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο, ως προς τη νομιμοποίηση του βλ. το με αρ. πρωτ. 1962273/19.03.2020 έγγραφο ΓΕΜΗ με θέμα «Ανακοίνωση») όπου ρητά αναγράφεται ότι *«Με την παρούσα σας υποβάλλουμε τον σφραγισμένο φάκελο της Προσφοράς της εταιρείας μας με την επωνυμία ***** ο οποίος περιλαμβάνει σφραγισμένο φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και σφραγισμένο φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» για τη συμμετοχή μας στην διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «Επείγουσες...(τίθεται ο τίτλος του έργου)» προϋπολογισμού*

18.950.000,00 Ευρώ με ΦΠΑ με ημερομηνία λήξης υποβολής προσφορών την Πέμπτη 26.11.2020 και ώρα 14:00μμ». Επωνυμία Εταιρείας, Σφραγίδα, Όνομα, Ιδιότητα, Υπογραφή. Την ίδια ημέρα (26.11.2020), ο προσφεύγων υπέβαλλε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής και το με αρ. πρωτ. 916377 έγγραφο με θέμα «Ενημέρωση αποσφράγισης Προσφορών», προκειμένου να παρευρεθεί στην αποσφράγιση των προσφορών, ομοίως υπογεγραμμένο από το νόμιμο εκπρόσωπο του.

28. Επειδή, εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι ο προσφεύγων προφανώς και κατανόησε την εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ στην οποία προσέφυγε η αναθέτουσα αρχή που ρητά αναγράφεται σε πλείστα όσα μέρη της προσβαλλόμενης (βλ. στοιχεία του φακέλου και ίδια σκ. 20 της παρούσας). Υπέβαλλε δε την οικεία προσφορά του προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, την οποία και γνώριζε αδιαμφισβήτητα, με αίτημα τη συμμετοχή του στη διαδικασία. Επομένως, δοθέντος ότι κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του δεν διατύπωσε ουδεμία επιφύλαξη, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και συγκεκριμένα τα έγγραφα τα οποία ο ίδιος υπέβαλλε στην αναθέτουσα αρχή και στη συνέχεια ενώπιον της ΑΕΠΠ, αποδέχθηκε τη νομιμότητα προσφυγής στη διαδικασία του άρθρου 32.2.γ του ν. 4412/2016, όπως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και ο α' παρεμβαίνων. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από το από 24.11.2020 πρακτικό Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του προσφεύγοντος με μόνο θέμα ημερήσιας διάταξης «*Συμμετοχή της εταιρείας στη διαδικασία που διακήρυξε η ***** για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «*****», προϋπολογισμού 18.950.000,00 ευρώ (με ΦΠΑ) -λοιπά συναφή θέματα*», όπου αποφασίσθηκε ομόφωνα με απαρτία των μελών του (βλ. πιστοποιητικό εκπροσώπησης ΓΕΜΗ με αρ. πρωτ.***** και το από 24.11.2020 Πρακτικό Συνεδρίασης), να λάβει μέρος η εταιρεία στην ως άνω διαδικασία, χωρίς να διατυπωθεί ουδεμία επιφύλαξη. Ούτε ως τέτοια δύναται να συναχθεί η αναφορά στο ως άνω πρακτικό Δ.Σ περί ισχύος της απόφασης και για οποιαδήποτε άλλη ημερομηνία τυχόν ορισθεί να διενεργηθεί η ανωτέρω διαδικασία, μετ' αναβολή, παράταση της προθεσμίας υποβολής προσφορών σε αυτήν ή επανάληψή της

καθόσον αναφέρεται στην οικεία διαδικασία, ούτε προκύπτει, ούτε άλλωστε υφίσταται τοιούτος ισχυρισμός ούτε και στο εκ μέρους του προσφεύγοντος κατατεθέν από 05.01.2021 Υπόμνημα, ότι δεν ενημερώθηκε το ΔΣ για την προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2γ αλλά θεωρούσε ότι αφορά σε έτερη διαδικασία. Προφανώς δε για το λόγο αυτό επέδειξε τοιαύτη ετοιμότητα, αντιλαμβανόμενος ότι όφειλε να ανταποκριθεί άμεσα συγκαλώντας Δ.Σ «αυθημερόν» ώρα 10:00πμ, την ημέρα δηλαδή που δηλώνει ότι έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης. Ούτε δύναται να υποστηριχθεί βασίμως ότι η ετοιμότητα οφείλεται στον ελάχιστο υπολειπόμενο χρόνο υποβολής των προσφορών και μόνο, και τούτο διότι, κατά τα ρητά αναγραφόμενα στο από 24.11.2020 Πρακτικό ΔΣ, θεωρούσε ότι είναι πιθανή, έστω ενδεχόμενη, η παράταση της προθεσμίας ή η αναβολή της ή ακόμη και η επανάληψη της, στο πλαίσιο όμως της οικείας διαδικασίας. Εξάλλου, για να ανταποκριθεί εντός 2 ημερών στην κατάθεση προσφοράς, πλήρους ως ισχυρίζεται, προφανώς και διέθετε ήδη επικαιροποιημένα στη συντριπτική πλειοψηφία τους τα οικεία έγγραφα/δικαιολογητικά όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, πλην των υπευθύνων δηλώσεων οι οποίες ωστόσο φέρουν χειρόγραφη υπογραφή και ημερομηνία 25.11.2020 και της ένορκης βεβαίωσης. Ούτε δύναται βασίμως να αμφισβητηθεί ότι δεν τον ενδιέφερε η συμμετοχή του στην οικεία διαδικασία παρά μόνο η σύμβαση, καθόσον με την εκ μέρους του υποβληθείσα προσφορά αιτείται ακριβώς τη συμμετοχή του σε αυτήν τη διαδικασία, γεγονός που ευχερώς προκύπτει και από το κύριο αίτημα της προσφυγής του, από το δε επικουρικό και πάλι η συμμετοχή σε διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016. Η δε παράταση, αναβολή ή ακόμη και επανάληψη της διαδικασίας, αναφέρονται στο από 24.11.2020 πρακτικό ΔΣ διότι προφανώς ο προσφεύγων γνώριζε ότι ήδη είχε διενεργηθεί συνάντηση της αναθέτουσας αρχής με τους κληθέντες οικονομικούς φορείς στις 19.11.2020 και είχε ήδη ξεκινήσει η κατάθεση των προσφορών στις 20.11.2020 με καταληκτική ημερομηνία την 26.11.2020 και ώρα 14:00, άρα εφόσον γνώριζε την καταληκτική ημερομηνία και ώρα υποβολής προσφορών γνώριζε ότι η

διαδικασία διαπραγμάτευσης είχε ήδη εκκινήσει στις 19.11.2020 με συνάντηση των προσκληθέντων οικονομικών φορέων και της αναθέτουσας αρχής

29. Επειδή, όπως παγίως γίνεται δεκτό υπό το προγενέστερο καθεστώς που δεν διαφοροποιείται στο ισχύον, αν ο προτιθέμενος να μετάσχει σε διαγωνισμό θεωρεί, όχι μόνον ότι βλάπτεται ήδη, αλλά και ότι ενδέχεται να υποστεί ζημία από όρο της διακηρύξεως, διότι παραβιάζεται, κατ' αυτόν, κανόνας της ενωσιακής ή εσωτερικής νομοθεσίας, πρέπει να ασκήσει προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του ν.4412/2016 και στη συνέχεια να μετάσχει στο διαγωνισμό διατυπώνοντας σχετική επιφύλαξη, δεν μπορεί δε να αναμείνει την πρόοδο της διαδικασίας και να αμφισβητήσει παρεμπιπτόντως τη νομιμότητα της επ' ευκαιρία της προσβολής πράξεως ή παράλειψης εκδοθείσας κατά τη διάρκεια της διαδικασίας (ΣτΕ 1667/2011 Ολ., 1415/2000 Ολ., 1128/2009 7μ., 3692, 2770/2013, C-470/99, Universale-Bau AG, της 12.12.2002κ.ά.).

30. Επειδή, υπό το φως των ανωτέρω, ήτοι εφόσον ο προσφεύγων υπέβαλε αίτηση συμμετοχής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, αποδεχθείς ανεπιφυλάκτως τους όρους της προσκλήσεως, αποστερήθηκε του εννόμου συμφέροντός του να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της (ΔΕΦΑΘ 1143/2019, Ε.Α. ΣτΕ 562/2010, 581/2009, 1158, 793, 205/2008 κ.ά.), μη ασκούντος επιρροή του γεγονότος ότι μεταγενεστέρως της ανεπιφύλακτου αυτής συμμετοχής, κατόπιν παρέλευσης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών την οποία σαφώς και γνώριζε σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου (βλ. ΣΧΕΤ.4-6 έγγραφα του από 26.11.2020 και την προηγούμενη σκέψη), υπέβαλε στις 27.11.2020 έγγραφο στην αναθέτουσα αρχή, επιφυλλασσόμενος, το πρώτον, παντός νομίμου δικαιώματος του και τούτο διότι, πέραν του γεγονότος ότι η εν λόγω επιφύλαξη είναι όλως γενική και αόριστη, στο εν λόγω από 27.11.2020 έγγραφό του ισχυρίζεται ότι έχει έννομο συμφέρον να συμμετάσχει στη συγκεκριμένη πρόσκληση και αιτείται το άνοιγμα του φακέλου της προσφοράς του καθώς και την εξέταση της οικονομικής του προσφοράς (ΣΧΕΤ 7). Επομένως ακόμη και με την εν λόγω επιφύλαξη και πάλι ουδόλως προκύπτει ότι διατυπώνει επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα της

επιλεγείσας διαδικασίας. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από την ίδια την προσφυγή του όπου στο αίτημα της κύριας βάσης της προσφυγής αιτείται να ακυρωθεί μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, προσδιορίζοντας ρητά ότι αφορά στο τμήμα αυτής που αναφέρεται στην Πρόσκληση οικονομικών φορέων κατά παράλειψη της εταιρείας του και να υποχρεωθεί η αναθέτουσα αρχή να αποδεχθεί και να εξετάσει προσηκόντως την υποβληθείσα προσφορά του ώστε να επιτραπεί η συμμετοχή του στη διαδικασία, παράλληλα στο πρώτο αίτημα της επικουρικής του βάσης ενώ ζητά να ακυρωθεί ως παράνομη η προσβαλλόμενη και να διαταχθεί η αναθέτουσα αρχή να διεξάγει ανοικτή ή κλειστή διαδικασία -και ανεξαρτήτως ότι το εν λόγω αίτημα του ήτοι να διαταχθεί η αναθέτουσα αρχή να διεξάγει ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, ασκείται απαραδέκτως καθόσον εκφεύγει των εκ του νόμου αρμοδιοτήτων της ΑΕΠΠ (βλ. άρθρο 367 ν.4412/2016 και ΣΕ ΕΑ 54/2018)- αιτείται ρητά **άλλως** την προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ.2 περ.γ, την ακύρωση της οποίας αρχικά αιτείται με το επικουρικό αίτημα του, αλλά με τη συμμετοχή του στη διαδικασία *(«Γ. Επικουρικά να ακυρωθεί εν συνόλω η προσβαλλόμενη, καθώς και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής. Να διαταχθεί η αναθέτουσα αρχή να διεξαγάγει διαδικασία τακτικού διαγωνισμού, με προσφυγή σε ανοικτή ή κλειστή διαγωνιστική διαδικασία για το συγκεκριμένο έργο, **άλλως** να προσφύγει εκ νέου σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σύμφωνα με του όρους και τις προϋποθέσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 32 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, με τη συμμετοχή και της εταιρείας μας»)*. Επομένως, τόσο ο 1^{ος}, κύριο αίτημα, όσο και ο 2^{ος} λόγος της προσφυγής που αφορά στο επικουρικό αίτημα του προσφεύγοντος πέραν του ότι το τελευταίο είναι και αντιφατικό, κατά τα ως άνω, απορρίπτονται και ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενα, δοθείσας της κατά τα ως άνω ανεπιφύλακτης αίτησης συμμετοχής του στη διαδικασία ή έστω της όλως αόριστης και γενικής επιφύλαξης του που εν πάσει περιπτώσει, κατά τα ως άνω δεν συνίσταται στη νομιμότητα της επιλεγείσας εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ του ν. 4412/2016, την οποία και αποδέχθηκε. Σημειώνεται επίσης ότι και στο

από 05.01.2021 νομίμως και εμπροθέσμως κατατεθέν Υπόμνημα του, ο προσφεύγων ουδόλως επιχειρεί έστω να προσδιορίσει σε τί συνίστατο η «αόριστη» επιφύλαξη του (βλ. σκ. 14 σελ.33 της παρούσας όπου αναγράφει απλά «σε κάθε περίπτωση, η συμμετοχή της εταιρίας μας τελούσε υπό την επιφύλαξη»). Εξάλλου, όπως γίνεται παγίως δεκτό τόσο στο ενωσιακό όσο και στο εσωτερικό δίκαιο, δεν νοείται στο πλαίσιο του Κράτους δικαίου ισότητα στην παρανομία (πρβλ. ΕΑ 43/2007, ΔΕΚ, απόφαση της 4.7.1985, CALVIN E. WILLIAMS, C-134/1984, Συλλ. 1985, σελ. 2225, σκ.14, ΠΕΚ απόφαση της 14.5.1998, SCAHolding Ltd, T-327/94, Συλλ. 1998 σελ. II-01373, σκ. 160, η οποία επιβεβαιώθηκε με την απόφαση της 16.11.2000 του ΔΕΚ, C-297/98, Συλλ. 2000, I-10101, ΣΕ 1544/2016 σκ. 12), ήτοι αν ήθελε γίνει δεκτό ότι οι ισχυρισμοί του είναι βάσιμοι και μη νομίμως προσέφυγε η αναθέτουσα αρχή στην οικεία, πλειστάκις ρητά ονοματιζόμενη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περ.γ, για ποιο νόμιμο λόγο αιτείται είτε τη συμμετοχή του σε αυτήν (κύριο αίτημα) ή την προσφυγή εκ νέου σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 32 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, με τη συμμετοχή του (επικουρικό αίτημα β' σκέλος). Συνεπώς, αμφότερα τα αιτήματα του κρίνονται απορριπτέα ως απαράδεκτα και πέραν της εκπρόθεσμης άσκησης.

31. Επειδή, τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από το γεγονός ότι, ως προεκτέθηκε, εν τοις πράγμασι, ο προσφεύγων με το κύριο αίτημα του, αποδέχεται ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 32 παρ. 2 γ, αιτούμενος να συμμετάσχει στη διαδικασία [να ακυρωθεί μερικώς η προσβαλλόμενη, κατά το τμήμα αυτής που αναφέρεται στην Πρόσκληση οικονομικών φορέων κατά παράλειψη της εταιρείας μας) και να υποχρεωθεί η αναθέτουσα αρχή να αποδεχθεί και να εξετάσει προσηκόντως την υποβληθείσα προσφορά μας ώστε να επιτραπεί η συμμετοχή μας στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, αλλά και «Σκέψη 22.Κατόπιν όλων αυτών πρέπει να ακυρωθεί εν μέρει η προσβαλλόμενη (και συγκεκριμένα το τμήμα αυτής που αναφέρεται στην Πρόσκληση οικονομικών φορέων κατά παράλειψη της εταιρείας

μας) και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή ώστε να πράξει τα νόμιμα, ήτοι να θεωρήσει αποδεκτή και να αξιολογήσει την προσφορά μας, προχωρώντας ακολούθως στην κατάταξή της μεταξύ των υπολοίπων προσκληθέντων οικονομικών φορέων»), κρίση η οποία δεν δύναται να μεταβληθεί από τους επιμέρους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος περί του να γίνει αντιληπτή η διαδικασία ως πρόσκληση σε διαδικασία ανταγωνιστικού διαλόγου [βλ. σκ. 23 τελευταία παρ. «Κατά συνέπεια, η αρχθείσα διαδικασία οφείλει να μην γίνει αντιληπτή ως κλειστή, στην οποία προσφορές δύνανται να υποβάλλουν αποκλειστικά οι υποψήφιοι που προσκλήθηκαν, ιδίως ενόψει της απουσίας αντίστοιχης πρόβλεψης στο κείμενο της διακήρυξης, οι όροι της οποίας παραπέμπουν σε διαδικασία στην οποία μπορεί να λάβει μέρος κάθε ενδιαφερόμενος (που πληροί τις ουσιαστικές και τυπικές προϋποθέσεις) αλλά ως έναρξη ανοιχτού ανταγωνιστικού διαλόγου στον οποία έχουμε ήδη λάβει μέρος, ώστε να γίνει αποδεκτή η υποχρέωση συνεκτίμησης της προσφοράς μας μεταξύ των υπόλοιπων προσφορών των υποψηφίων] και τούτο διότι, με το κύριο αίτημα του ουδόλως αιτείται την ακύρωση της διαδικασίας που σαφώς και επαναλαμβανόμενα χαρακτηρίζεται από την προσβαλλόμενη ότι υπάγεται στο άρθρο 32 παρ.2 περ. γ του ν. 4412/2016, απορριπτόμενων των ισχυρισμών του περί απουσίας αντίστοιχης πρόβλεψης στο κείμενο της διακήρυξης οι όροι της οποίας παραπέμπουν σε διαδικασία στην οποία μπορεί να λάβει μέρος κάθε ενδιαφερόμενος για το λόγο ότι, ακόμη και στην εκ μέρους του επικαλούμενη διάταξη του άρθρου 21 της διακήρυξης, ρητά αναφέρεται ότι δικαίωμα συμμετοχής «έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα που έχουν προσκληθεί σύμφωνα με την*****» η οποία πρόσκληση προηγείται και αποτελεί ομοίως αναπόσπαστο μέρος της προσβαλλόμενης όπου ρητά ονοματίζονται συγκεκριμένοι οικονομικοί φορείς, εξάλλου στον ανταγωνιστικό διάλογο απαιτείται δημοσίευση της διακήρυξης, λόγω ποσού στην Επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε ενώ στην επίμαχη διαδικασία όχι. Εν προκειμένω, αιτείται τη συμμετοχή του σε ήδη αρχθείσα διαδικασία ενώ παράλληλα αναγνωρίζει ότι «λαμβάνονται υπόψη λόγοι υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, συναπτόμενοι με την επικαλούμενη από την ***** ανάγκη ταχείας ολοκλήρωσης της διαδικασίας» και

ότι «Η αποδοχή της μερικής ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης υπαγορεύεται συνεπώς από λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος που σχετίζονται με την προστασία των πολιτών της εδώ και ένα χρόνο πληγείσας περιοχής και καθιστούν επιτακτική την ανάγκη συνέχισης της διαδικασίας με την κατάφαση της συμμετοχής μας σε αυτήν».

32. Επειδή, ειδικότερα, στην εξαιρετική αυτή διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ, καταλείπεται ευρεία διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ως προς την κλήση των οικονομικών φορέων προς διαπραγμάτευση, δεδομένου ότι οι λόγοι δημόσιου συμφέροντος που επιβάλλουν την επίκληση και εφαρμογή της ως άνω διάταξης υπερισχύουν των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού (βλ. αιτιολογική σκέψη με αρ. 50 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Εξάλλου, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της προστασίας του ανταγωνισμού μπορεί άνευ ετέρου να υποχωρούν έναντι των επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος για τους οποίους επιλέγεται η διαδικασία της διενέργειας διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς την προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης (ΑΕΠΠ 329/2020 σκ. 11). Επομένως, καταλείπεται ευρεία διακριτική ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να προσκαλέσει όποιον οικονομικό φορέα κρίνει ότι είναι ικανός να εκτελέσει άρτια, έντεχνα και εμπρόθεσμα το προς ανάθεση κατεπείγον έργο. Ειδικότερα, 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 (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο. Σχετικές διατάξεις – Νομολογία, εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, σελ. 319). Συνεπώς, όχι απλώς δεν έχει δέσμια αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή να αποδεχθεί αυτοβούλως υποβαλλόμενες προσφορές, αλλά τουναντίον ευρεία διακριτική ευχέρεια προς κλήση του/των οικονομικών φορέων που επιθυμεί. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από την με αρ. 24/2020 Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ, που αφορά σε διαδικασίες ανάθεσης εν μέσω Covid, ωστόσο αναφερόμενη συγκεκριμένα στη διαδικασία του άρθρου 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ που ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο

32 του ν.4412/2016, αναγράφεται «4.5. Διαδικαστικές προϋποθέσεις της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. Στο πλαίσιο της εν λόγω διαδικασίας, όπως ορίζεται στο άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι αγοραστές του δημόσιου τομέα μπορούν να διαπραγματεύονται απευθείας με τους δυνητικούς αναδόχους και δεν ισχύουν απαιτήσεις δημοσίευσης, ούτε προθεσμίες, **ούτε ελάχιστος αριθμός υποψηφίων προς διαβούλευση, ούτε άλλες διαδικαστικές απαιτήσεις.** Δεν υπάρχουν ρυθμίσεις για διαδικαστικά βήματα σε επίπεδο ΕΕ. Στην πράξη, αυτό σημαίνει ότι οι αρχές μπορούν να ενεργούν όσο το δυνατόν ταχύτερα από τεχνικής/υλικής άποψης —και η διαδικασία μπορεί να αποτελεί εκ των πραγμάτων άμεση ανάθεση η οποία υπόκειται μόνο στους υλικούς/τεχνικούς περιορισμούς που αφορούν την πραγματική διαθεσιμότητα και την ταχύτητα της παράδοσης ή παροχής των απαιτούμενων υπηρεσιών». Η δε εκ μέρους του προσφεύγοντος επικαλούμενη απάντηση της ΕΑΑΔΗΣΥ με αρ. 24 ρητά παραπέμπει στο άρθρο 2, παρ. 1, εδ. 31 του ν. 4412/2016 το οποίο με τη σειρά του ρητά παραπέμπει στο άρθρο 118 του ιδίου νόμου ήτοι σε απευθείας ανάθεση όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ, και ουδόλως στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 (<https://www.eaadhsy.gr/index.php/m-foreis/m-syxnes-ervthseis-apanthseis-faq-gia-to-n-4412-2016/details/29/24>). Συνεπώς, άπαξ και ο προσφεύγων αποδέχθηκε τη νομιμότητα προσφυγής της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω διαδικασία, απαραδέκτως (βλ. σκ. 25-31 της παρούσας) αιτείται την συμπερίληψη του στην οικεία διαδικασία. Ούτε η ΑΕΠΠ δύναται νομίμως να ακυρώσει την παράλειψη ανοίγματος της κατατεθείσας προσφοράς του καθόσον η παράλειψη θα πρέπει να παράγει έννομα αποτελέσματα παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, ώστε να προσβάλλεται παραδεκτώς (πρβλ. ΣτΕ 3230/2012) με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (άρθρο 360 παρ. 1 ν. 4412/2016) όπου η παράλειψη νόμιμης οφειλόμενης ενέργειας θεμελιώνεται όταν συντρέχει σωρευτικά, μεταξύ άλλων, η προϋπόθεση υποχρέωσης του διοικητικού οργάνου να εκδώσει τη διοικητική πράξη (ΣτΕ 1653/1996, 2817/1998), που δεν πληρούται εν προκειμένω

καθόσον ουδόλως υποχρεούτο η αναθέτουσα αρχή να κάνει δεκτή την πρόσφορά του στο πλαίσιο της διαδικασίας του άρθρου 32 παρ. 2 γ. Ακόμη δε και εάν ήθελε υποτεθεί ότι η υπό εξέταση προσφυγή δεν ήταν εκπρόθεσμη, ο ότι ο προσφεύγων δεν κατέθετε προσφορά, που δεν συντρέχουν εν προκειμένω, και πάλι το μεν κύριο αίτημα του είναι αβάσιμο κατά τα εκτεθέντα στην παρούσα σκέψη, το δε επικουρικό αντιφατικό (βλ. σκ.30). Συνεπώς, κρίνονται απορριπτέοι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος.

33. Επειδή, υπό τα ανωτέρω δεδομένα η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, όσον δε αφορά τους ουσιώδεις ισχυρισμούς του προσφεύγοντος εφαρμόζονται τα αναγραφόμενα στη σκέψη 18 της παρούσας και εν πάσει περιπτώσει προβάλλονται αλυσιτελώς.

34. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, παρέλκει, ελλείπει αντικειμένου, η εξέταση των ασκηθεισών παρεμβάσεων, πλην των ισχυρισμών περί ελλείψεως εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος εκ μέρους του α παρεμβαίνοντος.

35. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

36. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Απορρίπτει, κατά το σκεπτικό, την β παρέμβαση και εν μέρει την α' παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 28.01.2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Γ. ΖΑΡΑΡΗ

Ελένη Α. ΛΕΠΙΔΑ