

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 15 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη-Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχάλης Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 07.01.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 58/08.01.2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... και διακριτικό τίτλο ..., που εδρεύει ..., (εφεξής προσφεύγων), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η με αριθμό 612/2020 ΑΠΟΦΑΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ του ... (απόσπασμα της 57η Συνεδρίασης) με θέμα: Έγκριση διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την ανάδειξη αναδόχου της Προμήθειας Μέσων Ατομικής Προστασίας εργαζομένων ... έτους 2020, προϋπολογισμού 235.163,77 ευρώ με ΦΠΑ, λόγω άγονου αποτελέσματος ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού» και η με αριθμό 40142/2020 πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος συμμετοχής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης μετά από άγονο ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση της ως άνω προμήθειας χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.

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

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 325/2021

1. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής κατατέθηκε e-παράβολο ύψους 948,24 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»).

2. Επειδή, με την με αρ. 612/22.12.2020 προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής που ελήφθη στην 57^η Συνεδρίαση της οικονομικής Επιτροπής αποφασίσθηκε ομόφωνα η «Έγκριση διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την ανάδειξη αναδόχου της Προμήθειας Μέσων Ατομικής Προστασίας εργαζομένων του ... έτους 2020, προϋπολογισμού 235.163,77€ με Φ.Π.Α, λόγω άγονου αποτελέσματος ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, η αποστολή πρόσκλησης σε έναν οικονομικό φορέα που να είναι σύμφωνος προς τις τυπικές απαιτήσεις της διακήρυξης και κατά τα κριτήρια των άρθρων 73 έως 83. Ο οικονομικός φορέας που θα συμμετέχει στη παρούσα διαδικασία της διαπραγμάτευσης θα υποβάλλει προσφορά για όλα τα είδη της ανωτέρω διακήρυξης, η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της πρόσκλησης ενδιαφέροντος για να υποβάλλει προσφορά, η διαδικασία διαπραγμάτευσης θα πραγματοποιηθεί με χρήση ΕΣΗΔΗΣ στο οποίο θα αναρτηθεί η πρόσκληση ενδιαφέροντος. Ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στη Διαδικτυακή πύλη του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ορίζεται η 28/12/2020. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίζεται η 31/12/2020 και ώρα 16.00π.μ». Ομοίως αποφασίσθηκε ότι η πρόσκληση μαζί με την αριθμ. ... διακήρυξη (ΑΔΑΜ ...) θα αναρτηθούν στο ΕΣΗΔΗΣ. Στη συνέχεια, η πρόσκληση με αρ. 40142/28.12.2020 απεστάλη στον οικονομικό φορέα με την επωνυμία "...", αυθημερόν και αναρτήθηκαν στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ στις ομοίως στις 28.12.2020.

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 7.01.2021. Εν προκειμένω, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου ο προσφεύγων στις 07.01.2021 απέστειλε μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην αναθέτουσα αρχή αιτούμενος τη χορήγηση πρόσβασης στον ηλεκτρονικό τόπο διενέργειας του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ προκειμένου να υποβάλλει την προδικαστική προσφυγή του, αναγράφοντας «*Θα ήθελα παρακαλώ να μου δώσετε πρόσβαση στον ιστότοπο του ΕΣΗΔΗΣ όσον αφορά την «Πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος συμμετοχής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μετά από άγονο ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση υπηρεσίας με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΜΕΣΩΝ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΕΡΓΑΖΟΜΕΝΩΝ ΔΗΜΟΥ ... Έτους 2020, Προϋπολογισμού 235.163,77 € ΜΕ Φ.Π.Α.»*, προκειμένου να υποβάλλω στο σύστημα την προδικαστική προσφυγή της εταιρείας μας. Αναμένω ενημέρωσή σας προκειμένου να προβούμε στην υποβολή. Στη διάθεσή σας για οτιδήποτε χρειαστείτε». (Πλήρη στοιχεία επικοινωνίας, τηλέφωνο σταθερό, κινητό, διεύθυνση, email). Η αναθέτουσα αρχή απάντησε αυθημερόν ως εξής «*Η συγκεκριμένη διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό ... έχει πλέον ολοκληρωθεί (έχει κλείσει) και ως εκ τούτου είναι αδύνατο να δοθεί περαιτέρω πρόσβαση. Θα πρέπει να ακολουθήσετε εκείνα τα βήματα υποβολής της προδικαστικής σας προσφυγής που ακολουθούνται στην περίπτωση της τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, το οποίο σημαίνει ότι η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου(e-mail). Για περαιτέρω ενημέρωσή σας επί της διαδικασίας, επικοινωνήστε με την ΑΕΠΠ»*. Επομένως, νομίμως απέστειλε ο προσφεύγων στην ΑΕΠΠ την υπό εξέταση προσφυγή του κατ' εφαρμογή των διατάξεων του νόμου 4412/2016 και του π.δ 39.2017, δοθέντος ότι δεν υπήρχε δυνατότητα κατάθεσης της στον ηλεκτρονικό τόπο διενέργειας της διαδικασίας για τους ανωτέρω αναφερόμενους λόγους και εμπροθέσμως καθόσον έλαβε γνώση των προσβαλλόμενων αποφάσεων στις

29.12.2020 ήτοι την επομένη της δημοσίευσης τους στη Διαύγεια. Βασίμως δε ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι «Με τα δεδομένα αυτά, τυχόν απόρριψή της προσφυγής μας ως απαράδεκτης λόγω αδυναμίας καταχώρισης αυτής στον σχετικό ηλεκτρονικό τόπο της διαπραγμάτευσης του ΕΣΗΔΗΣ, στον οποίο υπάρχει ανυπαίτια αδυναμία πρόσβασης μας, θα ισοδυναμούσε με στέρηση του σχετικού δικαιώματος προδικαστικής προστασίας και κατ' επέκτασιν και δικαστικής προστασίας (εφόσον η προδικαστική προσφυγή αποτελεί δικονομική προϋπόθεση για την άσκηση ενδίκων βοηθημάτων κατ' άρθρο 360 παρ. 2) κι ευθεία παράβαση του νόμου, καθώς το δικαίωμα προσβολής των βλαπτικών πράξεων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων συνιστά ρητή νομοθετική πρόβλεψη και μάλιστα του Ενωσιακό Δικαίου, όπως είναι ο ν. 4412/2016, γενική αρχή του διοικητικού δικαίου και συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα. Έχοντας υπ' όψιν τα ανωτέρω, η παρούσα προσφυγή παραδεκτώς ασκείται με αποστολή ηλεκτρονικού μηνύματος email στην ΑΕΠΠ.....λόγω αντικειμενικής ανυπαίτιας αδυναμίας να καταχωρηθεί στον ηλεκτρονικό τόπο της διαπραγμάτευσης. Άλλωστε από τις διατάξεις του άρθρου 362 σε συνδυασμό με το 8 παρ. 3 του π.δ. 39/2017, συνάγεται ότι αυτό που θέλησε να διασφαλίσει ο νομοθέτης, όπως εξάλλου σε κάθε είδους δικονομική διάταξη, είναι ότι θα είναι απολύτως διακριβώσιμο κατά τρόπο αναντίλεκτο, το ακριβές χρονικό σημείο κατάθεσης της προδικαστικής προσφυγής προκειμένου να εξαχθεί σε καθεστώς ασφάλειας δικαίου το πρώτον από την ΑΕΠΠ και εν συνεχεία από τον ακυρωτικό δικαστή, το εμπρόθεσμο αυτής, οπότε η ημερομηνία άσκησης θα λογίζεται αυτή της παραλαβής του ηλεκτρονικού μηνύματος από την ΑΕΠΠ (βλ. ΑΕΠΠ επταμελής 3/2018, σκ. 5) (βλ. και ΑΕΠΠ επταμελούς 24,25/2020 *mutatis mutandis*).

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. 62/08.01.2021 Πράξη της Προέδρου του 7ου Κλιμακίου, η οποία κοινοποιήθηκε σε αμφότερα τα μέρη ορίσθηκε Εισηγητής και

ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της λήψης προσωρινών μέτρων και επί της υπό εξέταση προσφυγής. Επακολούθως, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα στοιχεία της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ κοινοποίησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στις 12.01.2021 στους ενδιαφερομένους και απέστειλε τις οικείες απόψεις της επί του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας στις 13.01.2021 όπου ισχυρίζεται ότι λόγω της φύσεως των προς προμήθεια προϊόντων κρίνεται επιβεβλημένη η συνέχιση της διαδικασίας έως το στάδιο προ της υπογραφή της σύμβασης και στις 18.01.2021 επί της προσφυγής, τόσο στην ΑΕΠΠ όσο και στον προσφεύγοντα.

7. Επειδή, η τήρηση των αρχών και των κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις 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. Εν προκειμένω, η έννομη προστασία κατά το στάδιο αναθέσεως των δημοσίων συμβάσεων που προβλέπει η δικονομική Οδηγία, έχει μεταφερθεί στην ελληνική έννομη τάξη με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν.4412/2016 στις οποίες περιλαμβάνεται και η εξέταση των προδικαστικών προσφυγών κατά το διοικητικό στάδιο ενώπιον της ΑΕΠΠ, οι οποίες εφαρμόζονται σε δημόσιες συμβάσεις άνω των 60.000 ευρώ, ήτοι σε συμβάσεις κάτω των ορίων, που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, χωρίς να υφίσταται ουδεμία διάκριση του θεσμικού πλαισίου εξέτασής τους ενώπιον της ΑΕΠΠ ανάλογα με την αξία τους. Ειδικότερα, και 1^η προσβαλλόμενη συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη η οποία ουδόλως αποτελεί εσωτερική πράξη της διοικήσεως άνευ εννόμων συνεπειών καθώς εγκρίνει, τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την ανάθεση της υπόψη προμήθειας. Ως εκ τούτου, και ανεξαρτήτως του ότι προηγείται της

πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση, η εν θέματι πράξη, ενδέχεται να παραβιάσει τους οικείους κανόνες κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και, επομένως, παραδεκτώς προσβάλλεται ενώπιον της ΑΕΠΠ ομού μετά της πρόσκλησης έτερου φορέα στην οποία πρόσκληση αναφέρεται το όνομα του κληθέντος φορέα. Σε αντίθετη περίπτωση, οι οικονομικοί φορείς θα στερούνταν έννομης προστασίας αν, ως πρώτη παραδεκτώς ενώπιον της ΑΕΠΠ προσβαλλόμενη πράξη της διαδικασίας πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση θεωρούνταν η ίδια η πρόσκληση όταν οι ίδιοι δεν συμμετέχουν καν σε αυτή, στο βαθμό που θα προϋπέθετε αφενός μεν την τυχαία και καθόλα αβέβαιη γνώση της ύπαρξής της και σε κάθε περίπτωση θα ήταν σε βάρος της αποτελεσματικότητας της διαδικασίας (ad hoc 1620/2020 Απόφαση ΑΕΠΠ). Επομένως, παραδεκτώς προσβάλλονται οι επίμαχες πράξεις.

8. Επειδή, κατά τα παγίως γεινόμενα 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.). Εν προκειμένω, ο

προσφεύγων προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του κατόπιν παράθεσης των διατάξεων του βιβλίου IV ν. 4412/2016, ισχυρίζεται, ότι: «η εταιρεία μας θεμελιώνει το κατ' άρθρο 360 παρ. 1 ν. 4412/2016 έννομο συμφέρον να προσβάλλει την ανωτέρω με αριθμό 40142/2020 πρόσκληση σε διαπραγμάτευση της Δημάρχου ... και την με αριθμό 612/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ... δυνάμει της οποίας εκδόθηκε η ως άνω πρόσκληση, επειδή θίγονται τα οικονομικά συμφέροντά της, επειδή έχει συμφέρον να διεκδικήσει την ανάθεση της σχετικής προμήθειας για την οποία είχε καταθέσει προσφορά στον προηγούμενο διαγωνισμό. Ειδικότερα, η εταιρεία μας, η οποία δραστηριοποιείται στον τομέα της εμπορίας Μέσων Ατομικής Προστασίας (ΜΑΠ), που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, συμμετείχε στον προηγούμενο ανοιχτό διαγωνισμό έχοντας καταθέσει προσφορά για το σύνολο των προκηρυχθέντων ειδών (49 συνολικά). Παρά το γεγονός ότι η προσφορά της κρίθηκε μη αποδεκτή για αποκλίσεις στα 5 από τα 49 είδη της προμήθειας, έχει συμφέρον να επιδιώκει την ανάθεση σε αυτήν της προμήθειας και θα ηδύνατο να την διεκδικήσει με διόρθωση / βελτίωση της προσφοράς της στα σημεία αυτά, ώστε να καθίσταται αυτή «κατάλληλη» για την Αναθέτουσα Αρχή. (βλ. εκτενέστερη αναφορά επ' αυτού στους λόγους προσφυγής). Οι προσβαλλόμενες πράξεις θίγουν τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα μας, σε περίπτωση που η προκηρυχθείσα σύμβαση ανατεθεί στον ανωτέρω προσκληθέντα, καθώς έχουμε δυνατότητα να προσφέρουμε τα ζητούμενα είδη και να διεκδικήσουμε την ανάθεση της σύμβασης, για την ανάληψη της οποίας υποβάλαμε παραδεκτή προσφορά. Σημειώνεται επιπλέον, ότι για την εν λόγω σύμβαση με την 417/2020 απόφαση αποκλεισμού όλων μας και ματαίωσης του διαγωνισμού, είχε αποφασιστεί η επανάληψη του διαγωνισμού. Επομένως η εταιρεία μας θεμελιώνει έννομο συμφέρον να ζητήσει την ακύρωση των προσβαλλομένων πράξεων».

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως και καταρχήν 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.

10. Επειδή, ο προσφεύγων επικαλείται στην υπό κρίση Προσφυγή του ότι «Πρώτος λόγος προσφυγής: Ο Δήμος ... μη νόμιμα προσέφυγε στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης του άρθρου 32 παρ. 2α ν. 4412/2016 και δεν επανέλαβε τον διαγωνισμό με τροποποίηση των όρων, σύμφωνα με το άρθρο 106 παρ. 4 και 5, όπως είχε αποφασίσει με την με αριθμό 417/6-10-2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, την οποία επικαλείται στη σχετική πρόσκληση δίχως να αιτιολογεί νομίμως, ήτοι με επάρκεια και πληρότητα τους λόγους για τους οποίους προσφεύγει σε αυτήν. Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να προσφύγει στην ως άνω εξαιρετική διαδικασία πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή σε αυτήν (ΣτΕ 1747/2011 ΔΕΦΑΘ 247/2013, Γέροντας, Λύτρας, Παυλόπουλος, Γ. Σιούτη, Φλογαΐτης, Η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, άρθρο 32 ν. 4412/2016, Διοικητικό Δίκαιο, 4η έκδοση, 2018 ο. 359-363), ιδίως όταν υπάρχει απόκλιση από την προηγούμενη απόφαση, στην οποία ερείδεται η νεότερη. Επιπλέον, εν προκειμένω, η αιτιολογία της Αναθέτουσας Αρχής στην 612/2020 προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία αποκλίνει από την προηγούμενη από 417/6-10-2020 απόφασή της, την οποία κι επικαλείται ως αιτιολογικό έρεισμα, για την επιλογή της διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, είναι πλημμελής και σε κάθε περίπτωση αντιφατική, καθώς κατά πρώτον επικαλείται την προηγούμενη απόφασή της 417/2020, με την οποία είχε κηρύξει άγονο το διαγωνισμό κι είχε αποφασίσει «την επανάληψή του διαγωνισμού με τροποποίηση των όρων σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παραγράφου 4 και 5 του άρθρου 106», αναφέροντας παράλληλα -εσφαλμένα- ότι είχε αποφασιστεί η «επανάληψή με (μη ουσιώδη) τροποποίηση των όρων, γεγονός που δεν ισχύει. Επιπλέον κι ενώ επικαλείται ως έρεισμα της απόφασής της την 417/2020, την οποία αναφέρει παραλλαγμένη, δεν αιτιολογεί νομίμως τους λόγους για τους οποίους αφίσταται αυτής. Η επίκληση των αυξημένων αναγκών καθαριότητας του Δήμου που χρήζουν άμεσης αντιμετώπισης δεν θεραπεύουν την πλημμελή αιτιολογία της προσβαλλόμενης, καθώς αφενός οι ανάγκες αυτές υφίσταντο και ήταν γνωστές

Αριθμός Απόφασης: 325/2021

στην Αναθέτουσα Αρχή, όταν ελήφθη η προηγούμενη απόφαση στις 6/10/2020, αφετέρου με την 612/2020 δεν αποφασίζεται η προσφυγή σε διαπραγμάτευση κατ' επίκληση του άρθρου 32 παρ. 2γ (τις προϋποθέσεις του οποίου σε κάθε περίπτωση δεν αιτιολογεί), αλλά του 32 παρ. 2α του ν. 4412/2016. Επομένως, η Οικονομική Επιτροπή (Αναθέτουσα Αρχή), ενώ επικαλείται ως αιτιολογικό έρεισμα της απόφασής της την προηγούμενη 417/2020 απόφαση περί επανάληψης του διαγωνισμού με τροποποίηση των όρων, στη συνέχεια παραμορφώνει αυτήν και αναιτιολόγητα αφίσταται αυτής και με αντιφατική κι ελλιπή αιτιολογία αποφασίζει να προσφύγει στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2α σε συνδυασμό με ελλιπή αιτιολογία περί των αυξημένων και ήδη υπαρκτών αναγκών του Δήμου. Επομένως η σχετική απόφαση είναι ακυρωτέα ως μη νόμιμη λόγω πλημμελούς αιτιολογίας. Επίσης, η Αναθέτουσα Αρχή δεν αιτιολογεί γιατί επελέγη η διαδικασία της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης ενός και μόνον (τρίτου) υποψηφίου και γιατί μόνον ο συγκεκριμένος προμηθευτής είναι κατάλληλος να υποβάλει προσφορά, δηλ. αυτός που μπορεί να εξασφαλίσει την προμήθεια των ειδών της διακήρυξης. Όπως έχει νομολογιακά κριθεί αναφορικά με την αρχή της διαφάνειας, θα πρέπει η προκήρυξη για να επιτελέσει τη λειτουργία της να περιέχει έστω και συνοπτική αναφορά των ειδικών προϋποθέσεων που απαιτούνται για να θεωρηθεί ο ενδιαφερόμενος ότι είναι κατάλληλος να υποβάλει προσφορά. Εξαίρεση από τη γενική υποχρέωση των αναθετουσών αρχών για τήρηση της διαφάνειας επιτρέπεται μόνον για λόγους δημοσίου συμφέροντος, οι οποίοι όμως πρέπει να αιτιολογούνται ειδικά (ΔΕΕ Medipac - Καζαντζίδης Α.Ε. υποθ. C-6/05 σκ. 60). Αντίστοιχα ισχύουν *mutatis mutandis* και για την απόφαση προσφυγής σε διαπραγμάτευση με ή χωρίς δημοσίευση, ιδίως όταν προσκαλείται ένας και μόνον προμηθευτής κατά παράβαση της αρχής της εξασφάλισης έστω κι ελάχιστου ελεύθερου ανταγωνισμού. Η αρχή της διαφάνειας έχει ως στόχο την παροχή δυνατότητας σε όσο το δυνατόν περισσότερους και πάντως σίγουρα όχι μόνον σε έναν - παρά μόνον σε εξαιρετικές περιπτώσεις ειδικά αναφερόμενες στο νόμο-, για συμμετοχή στη διαδικασία ανάληψης της δημόσιας σύμβασης και την επίτευξη ανταγωνισμού.

Σε κάθε περίπτωση πρέπει να εξασφαλίζεται ο αμερόληπτος χαρακτήρας της διαδικασίας, με την επιλογή υποψηφίων αναδοχών που θα συμμετάσχουν στη διαπραγμάτευση, δίχως διακρίσεις υπέρ ενός υποψηφίου (βλ. συνέχεια υπό τον 3^ο λόγο).

2. Δεύτερος λόγος προσφυγής:

Ο Δήμος ... μη νόμιμα προσέφυγε στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης του άρθρου 32 παρ. 2α ν. 4412/2016, προσκαλώντας στη διαπραγμάτευση για την ανάληψη της σύμβασης τρίτον (μη συμμετέχοντα στην προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία) και όχι τους ήδη συμμετέχοντες δηλαδή την εταιρεία μας.

Σημειώνεται ότι σύμφωνα με τα οριζόμενα στη σχετική διάταξη η Αναθέτουσα Αρχή, εφόσον επέλεξε τη διαδικασία του 32 παρ. 2α, μπορούσε να ξεκινήσει προσκαλώντας τους υποψηφίους που είχαν υποβάλει παραδεκτές προσφορές. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει τη δυνατότητα πρόσκλησης και άλλων, νέων υποψηφίων στην εν λόγω διαπραγμάτευση. Ακατάλληλη είναι η προσφορά η οποία αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής (βλ. Ράικος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων παρ. 3.1.1. 3η έκδοση 2019, σελ. 320-325). Αποκλίσεις ήσσονος σημασίας δικαιολογούν ενδεχομένως την απόρριψη της προσφοράς, αλλά δεν την καθιστούν ακατάλληλη (ο.π. έκδοση 2018 παρ. 326).

Η εταιρεία μας υπέβαλε προσφορά για το σύνολο των ειδών της προμήθειας που ήταν 49 και αποκλείστηκε για αποκλίσεις σε 5 από αυτά. Το γεγονός αυτό δεν καθιστά υποχρεωτικά την προσφορά της ακατάλληλη με την έννοια της αδυναμίας συμμετοχής στη διαπραγμάτευση.

Συνεπώς η Αναθέτουσα Αρχή μη νόμιμα δεν προσκάλεσε την εταιρεία μας στη διαπραγμάτευση.

3. Τρίτος λόγος προσφυγής:

Άλλως και σε κάθε περίπτωση, ακόμη κι αν κριθεί, ότι νομίμως ο Δήμος ... δεν προσκάλεσε την εταιρεία μας στη διαπραγμάτευση, ωστόσο μη νόμιμα

προσκάλεσε στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης του 32 παρ. 2α ν. 4412/2016 για την ανάληψη της σύμβασης, την εταιρεία ..., δηλ. Τρίτη προς τον διαγωνισμό, προσφέρουσα, η οποία συνδέεται με την έτερη συμμετασχούσα και αποκλεισθείσα από το διαγωνισμό εταιρεία Ειδικότερα στην προσκληθείσα σε διαπραγμάτευση εταιρεία ..., ομόρρυθμοι εταίροι είναι ..., σύζυγος του ... με ποσοστό 99% και ο ... με ποσοστό 1%, ενώ στην αποκλεισθείσα μετέχει κατά 99% ο ... και με ποσοστό 1% η εταιρεία της προσκληθείσας. Δηλαδή και στις δύο εταιρείες (αποκλεισθείσα και προσκληθείσα) μετέχουν οι ίδιοι εταίροι. Επισυνάπτονται τα καταστατικά αυτών. Η απόφαση πρόσκλησης της εταιρείας «...» (και μόνον αυτής), η οποία συνδέεται με την έτερη συμμετέχουσα στην προηγηθείσα διαγωνιστική διαδικασία, εγείρει σοβαρές υπόνοιες αδιαφάνειας, εισαγωγής διακρίσεων και μεροληψίας της Αναθέτουσας Αρχής προς τους υποψηφίους αναδόχους καθιστώντας τις σχετικές προσβαλλόμενες πράξεις ακυρωτέες ως μη νόμιμες καθώς αντιβαίνουν στις αρχές της διαφάνειας και αμεροληψίας που πρέπει να διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων. Η μείωση του αριθμού των συμμετεχόντων σε έναν συμμετέχοντα με αδιαφανή κριτήρια είναι μη νόμιμη. Η λήψη της σχετικής απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής και σε κάθε περίπτωση η προσβαλλόμενη πρόσκληση σε διαπραγμάτευση έγινε κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας και δίχως να προκύπτουν από την αιτιολογία της σχετικής απόφασης τα κριτήρια επιλογής της επιλεγείσας εταιρείας για να συμμετάσχει στη σχετική διαδικασία διαπραγμάτευσης, όπως επίσης δεν προκύπτει με ποια κριτήρια επελέγη και πως προκύπτει, ότι πληροί τις απαιτήσεις των κριτηρίων ανάθεσης και δύναται να καλύψει τις ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής, καθώς και ότι πληροί τα κριτήρια της ποιοτικής επιλογής ή όπως προδιαγράφονται στη διακήρυξη. Συνεπώς η σχετικές πράξεις πάσχουν και ως προς την αιτιολογία τους. Για όλους τους παραπάνω λόγους η παρούσα είναι παραδεκτή, νόμιμη και βάσιμη.

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις από 18.01.2021 εμπροθέσμως κατατεθείσες απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, ισχυρίζεται ότι «Η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας είναι νόμω και ουσία αβάσιμη, αφού ασκείται χωρίς κανένα έννομο συμφέρον καθότι ο δήμος

μας ουδέποτε αποκλείσει την δυνατότητα συμμετοχής της στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και άρα δεν έθιξε τα συμφέροντά της, αφού η ίδια η εταιρεία αποφάσισε να μην συμμετάσχει. Πρόκειται συνεπώς για εν δυνάμει υποψήφια διαγωνιζόμενα η οποία αυτοβούλως δεν υπέβαλε προσφορά στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και άρα δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι έχει καταστεί από την απόφασή της αυτή, Τρίτη. Για τον λόγο αυτό η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή θεωρούμε πως θα πρέπει να απορριφθεί ελλείψει εννόμου συμφέροντος, ωστόσο εντελώς επικουρικά αναφερόμαστε στην ουσία της ως εξής: Με την απόφαση του δήμου να προσφύγει στη διαδικασία του αρθ. 32 παρ. 2α , δεν θίγονται τα συμφέροντα της προσφεύγουσας, καθότι δεν της απαγόρευσε τη συμμετοχή στη διαπραγμάτευση. Αναλυτικότερα: από τη διαμορφωθείσα Νομολογία, η διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσιότητα, έχει κριθεί ότι ταυτίζεται εννοιολογικά με την απευθείας ανάθεση (ΕΛ.ΣΥΝ ΚΠΕΔ, Τμήμα VII, Πράξη 190/15), δυνάμεθα να δανειστούμε για τον ορισμό της, τον ορισμό του Ν.4412/16 (άρθρο 2 § 1 περ.31) περί απευθείας ανάθεσης, σύμφωνα με τον οποίο ορίζεται ως η διαδικασία ανάθεσης χωρίς εκ των προτέρων δημοσιότητα, στο πλαίσιο της οποίας οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς αναθέτουν στον οικονομικό φορέα της επιλογής τους, κατόπιν έρευνας αγοράς και διαβούλευσης με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς. Η διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσιότητα χαρακτηρίζεται από τη Νομολογία ως εξαιρετική διαδικασία απευθείας ανάθεσης, η οποία επειδή αποκλίνει από τους κανόνες ανάθεσης των συμβάσεων, χρήζει πάντοτε η εφαρμογή της ειδικής αιτιολογίας (ΕΛ.ΣΥΝ: Τμήμ. VI, Πράξεις 58/2005, 91/2007, 19/2009, ΣΤ' Κλιμ. 205/2007) και επιτρέπεται εφόσον συντρέχουν διαζευκτικά οι απαριθμούμενες στο νόμο περιστάσεις (ΕΛ.ΣΥΝ, ΚΠΕΔ ,Τμήμα VII, Πράξη 8/17, 113.16 κ.α). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ως προς την ελλιπή αιτιολογία της απόφασης της ΟΕ και τον αποκλεισμό της από τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, είναι

κατά την κρίση μας παντελώς αβάσιμοι καθότι: (α) Σαφέστατα προκύπτει από το κείμενο της προσβαλλομένης ότι λόγω των ιδιαίτερων και έκτακτων συνθηκών που επικρατούν λόγω κορονοϊού ο δήμος μας οφείλει να προστατεύσει τους εργαζόμενους και ιδίως τους εργαζόμενους στην καθαριότητα, παρέχοντάς τους ΜΑΠ άμεσα. Όταν μάλιστα ο μέσος πολίτης απαιτείται να φορά μάσκα προστασίας σε όλους τους εσωτερικούς και εξωτερικούς χώρους, δεν χρειάζεται να εξειδικευτεί ρητά και με μεγαλύτερη σαφήνεια απ' όση ήδη έχει η προσβαλλόμενη, η ανάγκη προστασίας των εργαζομένων στην καθαριότητα εν μέσω πανδημίας. (β) Ουδέποτε ο δήμος απέκλεισε την συμμετοχή της προσφεύγουσας από την διαδικασία της διαπραγμάτευσης αλλά απλώς δεν την προσκάλεσε καθότι εφόσον οι όροι παραμένουν ίδιοι κατ' επιταγή του νόμου και η προσφεύγουσα είχε αποκλεισθεί λόγω μη συμμόρφωσης στις τεχνικές προδιαγραφές δεν θα μπορούσε η αναθέτουσα Αρχή να καλέσει σε διαπραγμάτευση τους φορείς εκείνους που η προσφορά τους κρίθηκε κατ' άρθρο 26 παρ. 4 ν. 4412/16 απαράδεκτη στον εν λόγω Ανοικτό Διαγωνισμό ΜΑΠ με την υπ' αριθμ. ... - Διακήρυξη και έτσι απευθύνθηκε σε τρίτο φορέα. Μάλιστα εκτός από τις δημοσιεύσεις που απαιτούνται για τη συγκεκριμένη διαδικασία, ο δήμος ανήρτησε την πρόσκληση και στο ΚΗΜΔΗΣ συνεπώς κάθε ισχυρισμός της προσφεύγουσας για αδιαφάνεια και παράνομο αποκλεισμό της τυγχάνει παντελώς αβάσιμος. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή είναι υποχρεωμένη να εξετάζει όλες τις υποβαλλόμενες προσφορές (βλ. Ερώτηση-Απάντηση ΕΑΑΔΗΣΥ αρ. 24) ανεξάρτητα από το εάν έχει προσκληθεί ή όχι ο οικονομικός φορέας που την υπέβαλλε. Όσον αφορά στον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι ο δήμος μας παρανόμως έλαβε την απόφαση 612/2020 όπου εγκρίνεται η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και όχι η επανάληψη του διαγωνισμού με τροποποίηση των όρων όπως ανέφερε η 417/2020, αναφέρουμε ότι πρόκειται για δύο διοικητικές πράξεις, όπου η νεώτερη (612/2020) καταργεί σιωπηρά την προγενέστερη (417/2020), σύμφωνα με τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου. Δεν απαγορεύεται δε, η προσφυγή στη διαδικασία του αρθ. 32, αλλά αντιθέτως προβλέπεται ρητά για την δική μας περίπτωση (άγονος διαγωνισμός). Η αιτιολογία δε της 612/2020 σχετικά με την

ανάγκη άμεσης προμήθειας ΜΑΠ για τους λόγους που αναφέρονται, δεν οδηγεί στη λήψη απόφασης με το 32 παρ. 2 γ, αλλά με 32 παρ. 2 α και μάλιστα εξηγεί ειδικά όπως απαιτείται γιατί αποφασίστηκε η προσφυγή στη διαδικασία αυτή. Άλλωστε οι διατάξεις που αποφάσισε ο δήμος να εφαρμόσει, απαιτούν τη χρήση του ΕΣΗΔΗΣ, δηλαδή δίνουν τη δυνατότητα ενημέρωσης ευρύτερου κύκλου οικονομικών φορέων ενώ η περιπτ. 2γ δεν απαιτεί χρήση ΕΣΗΔΗΣ. Τέλος, ο δήμος δεν γνώριζε ούτε όφειλε να γνωρίζει τους μετόχους της εκάστοτε εταιρείας που είτε προσκαλεί είτε συμμετέχει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης ή σε διαγωνιστική διαδικασία.

12. Επειδή, ο προσφεύγων με το από 08.02.2021 νομίμως και εμπροθέσμως κατατεθέν Υπόμνημα του, προβάλλει ισχυρισμούς προς απόκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής που αφορούν στην εκ μέρους του έλλειψη εννόμου συμφέροντος ισχυρίζεται ότι « Ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής, ότι η εταιρεία μας στερείται εννόμου συμφέροντος να προσφύγει κατά των προσβαλλομένων πράξεων, επειδή αυτοβούλως δεν υπέβαλε προσφορά στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και ουδέποτε η Αναθέτουσα της απέκλεισε τη δυνατότητα αυτή, είναι κι αποδεικνύεται εντελώς αβάσιμος. Σε καμία περίπτωση η εταιρεία μας δεν ήταν εν δυνάμει υποψήφια διαγωνιζόμενη που «αυτοαποκλείστηκε», όπως αναφέρεται, από τη διαδικασία ... η διαπραγμάτευση είναι κλειστή και δεν μπορούσε να συμμετάσχει υποβάλλοντας προσφορά, αφού η ίδια δεν της είχε απευθύνει πρόσκληση. Εν κατακλείδι, η ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ ή στον ιστότοπο του Δήμου της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, όπως η συγκεκριμένη, δεν συνεπάγεται από μόνη της τη δυνατότητα συμμετοχής σε αυτήν, εάν η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή δεν χορηγήσει πρόσβαση. Συνεπώς, πώς θα ηδύνατο η εταιρεία μας να διαπραγματευθεί την ανάθεση της σύμβασης σε αυτήν, δίχως να έχει προσκληθεί στη διαπραγμάτευση και να έχει πρόσβαση στα στοιχεία αυτής, αφού και αυτά αναρτώνται μόνον στον ηλεκτρονικό τόπο της διαπραγμάτευσης, όπου μπορεί να αναρτηθεί και η προσφορά; Προφανώς λοιπόν και δεν μπορούσε να επιβάλει τη συμμετοχή της στη διαπραγμάτευση, εφόσον δεν είχε προσκληθεί σε αυτήν και τα περί του αντιθέτου αναφερόμενα

από την Αναθέτουσα είναι προδήλως αβάσιμα. 5. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής (σελ. 3 υπό β), ότι «ο Δήμος ουδέποτε απέκλεισε τη συμμετοχή της προσφεύγουσας από τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, απλά δεν την προσκάλεσε, είναι αβάσιμος και αντιφατικός, αφού όπως αποδείχθηκε, η έλλειψη πρόσκλησης ισοδυναμεί με αποκλεισμό από τη διαπραγμάτευση. Το επιχείρημα με το οποίο επιχειρεί η Αναθέτουσα να στηρίξει τον ισχυρισμό της περί μη αποκλεισμού μας, επειδή η ίδια είναι υποχρεωμένη να εξετάζει όλες τις υποβαλλόμενες προσφορές, είναι αλυσιτελής και σίγουρα δεν αναιρεί το πραγματικό γεγονός, ότι είχαμε αποκλειστεί από τη διαδικασία, εφόσον η εξέταση οποιασδήποτε προσφοράς έχει ως προϋπόθεση τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς από όποιον θα επιθυμούσε να συμμετάσχει στη διαπραγμάτευση, η οποία προσφορά όμως στην προκειμένη περίπτωση υποβάλλεται μόνον ηλεκτρονικά στον τόπο της διαπραγμάτευσης. Εφόσον λοιπόν υπάρχει αδυναμία παραδεκτής υποβολής προσφοράς εκτός ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού/ διαπραγμάτευσης, ο σχετικός ισχυρισμός που περιέχεται στις απόψεις του Δήμου αποδεικνύεται αναληθής και δεν ανταποδεικνύει ότι η Αναθέτουσα απέκλεισε τη συμμετοχή μας από τη διαπραγμάτευση. 6. Δεν ευσταθεί ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας, ότι δεν μπορούσε να μας καλέσει να συμμετάσχουμε, επειδή η εταιρεία μας, όπως αναφέρει, υπέβαλε απαράδεκτη προσφορά κατά το άρθρο 26 παρ. 4 ν. 4412/2016. Διευκρινίζεται ότι η εταιρεία μας δεν υπέβαλε απαράδεκτη προσφορά κατά το άρθρο 26 παρ. 4 ν. 4412/2016, αλλά μη κανονική, όπως ανέφερε και στο σχετικό πρακτικό, με την έννοια της «μη κατάλληλης» προσφοράς (βλ. 32 παρ. 2β αντίστοιχο το μη εφαρμοστέο εδώ 26 παρ. 2β σε συνδυασμό με 2α). Σύμφωνα με το 32 παρ. 2β, μη κατάλληλη είναι η προσφορά η οποία αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής (βλ. και Ράικος Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων παρ. 3.1.1. 3η έκδοση 2019, σελ. 320-325). Εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε να προσφύγει στη διαπραγμάτευση του άρθρου 32 παρ. 2α, ηδύνατο να της απευθύνει πρόσκληση συμμετοχής, παρέχοντάς της τη δυνατότητα να διορθώσει/βελτιώσει την

προσφορά της, ώστε να καταστεί κατάλληλη (βλ. υποσημείωση 21 Ράικος – Ερμηνεία άρθρου 32, τομ. 1, 2018). 7. Το παραπάνω ενισχύεται και από το γεγονός ότι η εταιρεία μας υπέβαλε στον προηγηθέντα διαγωνισμό προσφορά για το σύνολο των ειδών της προμήθειας που ήταν 49 και αποκλείστηκε για αποκλίσεις σε 5 από αυτά. Οι αποκλίσεις/διαφοροποιήσεις της προσφοράς μας σε 5 από τα 49 είδη του διαγωνισμού, δεν καθιστούσαν την προσφορά της ακατάλληλη με την έννοια της αδυναμίας συμμετοχής στην επιγενόμενη διαπραγμάτευση. Συνεπώς η Αναθέτουσα ηδύνατο να καλέσει την εταιρεία μας να συμμετάσχει στη διαπραγμάτευση με τροποποίηση της προσφοράς της στα σημεία εκείνα και δεν υπήρχε σχετική εκ του νόμου απαγόρευση, τα δε περί του αντιθέτου υποστηριζόμενα είναι αβάσιμα. Σχετικά παραπέμπουμε στην παράγραφο 7 της προσφυγής μας και στο 2ο λόγο αυτής. 8. Ως προς την επιπλέον αιτιολογία της Αναθέτουσας Αρχής με τις απόψεις της, ότι ο Δήμος για λόγους προστασίας των εργαζομένων του στην καθαριότητα, όφειλε να τους παράσχει ΜΑΠ άμεσα, λόγω των ιδιαίτερων και έκτακτων συνθηκών του κορονοϊού, όπου ο μέσος πολίτης καλείται να φοράει μάσκα προστασίας σε εσωτερικούς κι εξωτερικούς χώρους, λεκτέα τα ακόλουθα: Α) Η ανωτέρω αιτιολογία δεν θεραπεύει την απουσία αιτιολογίας ως προς τη διαφοροποίηση της 612/2020 από την 417/2020 προγενέστερης, για «την επανάληψη του διαγωνισμού με τροποποίηση των όρων σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παραγράφους 4 και 5 του άρθρου 106», επί της οποίας ερείδεται και δεν στηρίζει την προσφυγή στη διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης. Γιατί ναι μεν η 612/2020 αποτελεί νέα διοικητική πράξη, πλην όμως η 417/2020 μνημονεύεται σε αυτήν με τρόπο, ώστε να αποτελεί αιτιολογικό έρεισμα της και δεν καταργείται σιωπηρά, όπως αναφέρει ο Δήμος στις απόψεις του. Σχετικά παραπέμπουμε και στο 1.3. της προσφυγής μας. Β) Επιπροσθέτως, επί της σχετικής αιτιολογίας που παρατίθεται με τις απόψεις, ας σημειωθεί, ότι από τα 49 είδη της προς διαπραγμάτευση σύμβασης, τα 3 είναι μάσκες και ειδικότερα (φιλτρόμασκες FFP1 με βαλβίδα, φιλτρόμασκες FFP2 χωρίς βαλβίδα και φιλτρόμασκες αναθυμιάσεων, συγκολλήσεων με ενεργό άνθρακα FFP2), καλύπτουν τακτικές ανάγκες του Δήμου και προφανώς δεν προορίζονται για την

προστασία των εργαζομένων από την πανδημία! Σε κάθε περίπτωση, τα εν λόγω είδη (μάσκες) αντιστοιχούν συνολικά σε ποσό 10.172 ευρώ + ΦΠΑ από το συνολικό προϋπολογισμό 189.648,20 χωρίς ΦΠΑ και θα μπορούσε η Αναθέτουσα, εφόσον ήθελε να τα προμηθευτεί άμεσα αποκλίνοντας από την προηγούμενη απόφασή της, να προχωρήσει σε απευθείας ανάθεση γι' αυτά τα είδη¹. Οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, ως εξαιρετικές διαδικασίες από τις συνήθεις διαδικασίες, μπορούν να προσφέρουν τη δυνατότητα κάλυψης άμεσων αναγκών, ωστόσο δεν θα πρέπει υποκαθιστούν τις ανταγωνιστικές διαδικασίες (βλ. και υπό 4.4. της Κατευθυντήριας Οδηγίας 24 ΕΑΑΔΗΣΥ με τίτλο: "Ειδικά ζητήματα ανάθεσης και διαχείρισης δημοσίων συμβάσεων, στο πλαίσιο της αντιμετώπισης της υγειονομικής κρίσης του ιού COVID19, καθώς και των μέτρων για την αποτροπή της διασποράς του", την οποία επικαλείται η Αναθέτουσα στις απόψεις της). 9. Επίσης, η Αναθέτουσα Αρχή δεν αιτιολογεί ούτε με τις απόψεις της, γιατί επελέγη ο συγκεκριμένος ένας και μόνον (τρίτου) υποψήφιος και γιατί μόνον ο συγκεκριμένος προμηθευτής είναι κατάλληλος να υποβάλει προσφορά, δηλ. αυτός που μπορεί να εξασφαλίσει την προμήθεια του συνόλου των ειδών της διακήρυξης. Η αιτιολογία στο σημείο αυτό παρίσταται αναγκαία, καθώς η επιλεγείσα διαδικασία είναι εξαιρετική και η αρχή της διαφάνειας έχει ως στόχο την παροχή δυνατότητας σε όσο το δυνατόν περισσότερους και πάντως σίγουρα όχι μόνον σε έναν - παρά μόνον σε εξαιρετικές περιπτώσεις ειδικά αναφερόμενες στο νόμο-, για συμμετοχή στη διαδικασία ανάληψης της δημόσιας σύμβασης. Συμπερασματικά, ούτε από τα εκτιθέμενα ως αιτιολογία στο σώμα της 612/2020 πράξης, ούτε από τις απόψεις του Δήμου αιτιολογούνται η προσφυγή στη διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης contra στην προγενέστερη απόφαση επανάληψης του διαγωνισμού και η πρόσκληση σε έναν μόνον φορέα και ο αποκλεισμός μας από τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης. 10. Επί του ισχυρισμού της Αναθέτουσας ότι «δεν γνώριζε, ούτε όφειλε να γνωρίζει τους μετόχους της εκάστοτε εταιρείας που είτε προσκαλεί είτε συμμετέχει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης ή σε διαγωνιστική διαδικασία» επισημαίνεται, ότι από τα ανηρτημένα στον τόπο του διαγωνισμού στοιχεία (βλ. νομιμοποιητικά έγγραφα επιχειρήσεων, πιστοποιητικά

ΓΕΜΗ, καταστατικό κλπ.) προέκυπτε ότι ..., βασική μέτοχος της προσκληθείσας εταιρεία ..., μετείχε και στην αποκλεισθείσα εταιρεία «...» και αντίστροφα ο ..., βασικός μέτοχος της ως άνω αποκλεισθείσας μετέχει στην προσκληθείσα στη διαπραγμάτευση το διαγωνισμό εταιρεία «...». Άλλωστε όταν ο Δήμος θέλει να διαπραγματευθεί μία σύμβαση 230.000 ευρώ δεν οφείλει να γνωρίζει την (μοναδική) εταιρεία, την οποία προσκαλεί; Αναφερόμαστε στην προσφυγή μας και ζητούμε την αποδοχή της και την ακύρωση των προσβαλλομένων πράξεων.

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 12.02.2021 απέστειλε στην ΑΕΠΠ Υπόμνημα επί των προβαλλόμενων αιτιάσεων του προσφεύγοντος με το οικείο υπόμνημα του, που δεν δύναται να ληφθεί υπόψη καθόσον δεν προβλέπεται στο άρθρο 365 παρ. 1 ν.4412/2016, η εκ μέρους της δυνατότητα υποβολής Υπομνήματος παρά μόνο συμπληρωματικής αιτιολογίας και μάλιστα 10 ημέρες προ της συζήτησης και όχι 3. Ανεξαρτήτως των ανωτέρω, παρά τίθενται οι οικείοι ισχυρισμοί της λόγω της φύσεως των ζητημάτων που εγείρονται από τον προσφεύγοντα και το γεγονός ότι η προμήθεια αφορά σε είδη Μέσων Ατομικής Προστασίας εν μέσω κορωνοϊού «Η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης αποφασίστηκε μετά από Ανοικτό διαγωνισμό (αρ.) που απέβη άγονος και άρα ματαιώθηκε, διότι οι συμμετέχοντες δεν πληρούσαν τις τεχνικές προδιαγραφές της Μελέτης (η 417/2020 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής- Έγκριση 1ου και 2ου πρακτικού επιτροπής αξιολόγησης). Δεν κλήθηκαν να υποβάλλουν προσφορές κανένας από τους συμμετέχοντες που είχαν υποβάλει προσφορές στον ανοικτό διαγωνισμό, διότι δεν πληρούσαν τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης. Ο ένας εκ των συμμετεχόντων ήταν και η εταιρεία της ... Αυτό, όμως, δεν εμπόδιζε κανένα οικονομικό φορέα να υποβάλλει εγγράφως προσφορά με κάθε πρόσφορο μέσο, αφού η 612/2020 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής “Έγκριση διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την ανάδειξη αναδόχου της Προμήθειας Μέσων Ατομικής Προστασίας εργαζομένων του ... έτους 2020, προϋπολογισμού 235.163,77€ με Φ.Π.Α, λόγω άγονου αποτελέσματος ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού” δημοσιεύθηκε στις 28-12-2020 στο ΔΙΑΥΓΕΙΑ με ΑΔΑ: ..., όπως και η Πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος συμμετοχής στη

Αριθμός Απόφασης: 325/2021

διαδικασία διαπραγμάτευσης Γενικό Πρωτόκολλο Αρ.Πρ. : 4452 / Γ.Π. : 1776 Ημ.Πρ. : 12/02/2021 δημοσιεύθηκε στις 28-12-2020 στο ΔΙΑΥΓΕΙΑ με ΑΔΑ: ... και στην πλατφόρμα του ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ:... και των οποίων έλαβε γνώση η προσφεύγουσα. Από την πλευρά μας, ως Αναθέτουσα αρχή, προχωρήσαμε σε πρόσκληση στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης σε εταιρεία που δεν συμμετείχε - δεν είχε υποβάλει προσφορά και δεν είχε αποκλεισθεί στην προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία. Η διαγωνιστική διαδικασία σε διαπραγμάτευση μπορεί να απευθύνεται σε έναν και μόνο προσκληθέντα. Εξάλλου, δεν προσκληθεί καμία από τις συμμετέχουσες εταιρείες που είχαν υποβάλει προσφορές στην προηγούμενη διαδικασία (Ανοικτός διαγωνισμός ΜΑΠ με αρ.), διότι δεν πληρούσαν τις τεχνικές προδιαγραφές και είχαν το δικαίωμα βάση νόμου να προσφύγουν σε προδικαστικές προσφυγές κατά της 417/2020 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής, η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ στους συμμετέχοντες. Πρέπει να σημειωθεί ότι ουδεμία προσφυγή κατά της προηγούμενης διαδικασίας δεν έχει υποβληθεί από την προσφεύγουσα, η οποία και έχει αποδεχθεί τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας αποδεχόμενη πλήρως το αποτέλεσμα και παραιτούμενη σιωπηρώς κάθε εναντιώσεώς της. Υπό το πρίσμα αυτό και όλων των παραπάνω η προσφεύγουσα πρέπει να θεωρηθεί ως "τρίτος" δεν έχει έννομο συμφέρον να προσφύγει κατά της διαδικασίας διαπραγμάτευσης. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει υποχρέωση να κάνει έλεγχο των καταστατικών των εταιρειών για τους μετόχους αυτών, πριν την πρόσκληση και την υποβολή - προσκόμιση αυτών και όλων των νομιμοποιητικών εγγράφων από τον προσκληθέντα - συμμετέχοντα στην Αρχή. Εν όψει όλων των ανωτέρω η Αναθέτουσα Αρχή θα πρέπει άμεσα να προμηθευτεί τα ΜΑΠ για την προστασία των εργαζομένων της, γι' αυτό και κάλεσε τρίτη εταιρεία στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς τροποποίηση της μελέτης και των τεχνικών προδιαγραφών αυτής. Στην υπόδειξη της προσφεύγουσας ότι θα μπορούσε ο Δήμος ... ως Αναθέτουσα, εφόσον ήθελε να προμηθευτεί άμεσα τα είδη, που αναφέρει η προσφεύγουσα στο υπόμνημα της, για την αντιμετώπιση της πανδημίας, αποκλίνοντας από την προηγούμενη απόφασή της, να προχωρήσει σε απευθείας ανάθεση γι' αυτά τα είδη,

ακολουθώντας της κατευθυντήρια οδηγία 24 ΕΑΑΔΗΣΥ, αναφέρουμε ότι έχουμε εξαντλήσει όλες τις δυνατότητες που μας δίνονται από τις Πράξεις Νομοθετικού Περιεχομένου για την αντιμετώπιση της πανδημίας, ώστε να μην οδηγηθούμε σε καταχρηστική εφαρμογή των σχετικών διατάξεων, το οποίο αναφέρεται και αυτό στην κατευθυντήρια οδηγία 24 ΕΑΑΔΗΣΥ για τις απευθείας αναθέσεις. Στην αποθήκη του Δήμου Χαλκίδας οι διαθέσιμες ποσότητες Ειδών Ατομικής Προστασίας δεν επαρκούν για να καλύψουν όλες τις ανάγκες ως αυτές επιβαρύνθηκαν και από την επείγουσα κατάσταση που βρίσκεται η περιοχή μας και γενικότερα η χώρα μας. Η αδυναμία κάλυψης με είδη προστασίας και ασφάλειας τόσο του προσωπικού Κοινωνικού Εργασίας, όσο και του υπηρετούν προσωπικού που απασχολούνται στην υπηρεσία αποκομιδής απορριμμάτων, τεχνικών υπηρεσιών και υπηρεσιών πρασίνου δημιουργεί την ανάγκη προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσιότητα, λόγω άγονου διαγωνισμού, η οποία συναντά νόμιμο έρεισμα στην περίπτωση του άρθρου 32 παρ.2 περ.α' του Ν.4412/2016. Τα κάθε μέτρο προστασίας των εργαζομένων του ... είναι κάθε άλλο παρά αναγκαία. Παρακαλούμε όπως λάβετε υπόψιν όλα τα ανωτέρω, την αναγκαιότητα της προμήθειας των ΜΑΠ για την προστασία των εργαζομένων μας , την τήρηση όλων των νόμιμων διαδικασιών της Αναθέτουσας Αρχής για την απόρριψη της προσφυγής του οικονομικού φορέα».

14. Επειδή, ανεξαρτήτως προβολής τους από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, οι προϋποθέσεις παραδεκτού της προδικαστικής προσφυγής, 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).

15. 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.[...]

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 32 «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», ορίζεται «1. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2 έως 6, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.

2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: α) εάν, ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία είτε δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής δεν είναι κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημά της: Μη κατάλληλη θεωρείται μία προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. Μη κατάλληλη θεωρείται μία αίτηση συμμετοχής όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77. β).....

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.

17. Επειδή, στο άρθρο 32 προβλέπονται οι λόγοι υπό τους οποίους οι αναθέτουσες αρχές επιτρέπεται να προσφεύγουν στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. Κατά τη διαδικασία αυτή η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να γνωστοποιήσει ευρέως την πρόθεσή της για σύναψη σύμβασης, μέσω προκήρυξης, αλλά μπορεί απλά να διαπραγματευτεί απευθείας με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς της επιλογής της. Ακριβώς λόγω των επιζήμιων επιπτώσεων στον ανταγωνισμό, οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σύμβασης χρησιμοποιούνται μόνο σε άκρως εξαιρετικές περιπτώσεις. Ως εκ τούτου η διαδικασία αυτή, στο μέτρο που συνιστά παρέκκλιση από τον κανόνα της διεξαγωγής διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης, μπορεί νόμιμα να λαμβάνει χώρα μόνο στις περιοριστικά στη διάταξη αυτή απαριθμούμενες, εξαιρετικές περιπτώσεις (*numerus clausus*), συσταλτικά ερμηνευόμενων, κατά την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης αλλά και κατά τη νομολογία των εθνικών δικαστηρίων, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις κατά κανόνα με τη διαδικασία του ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού, ενώ η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης και για το λόγο αυτό εφαρμόζεται μόνο υπό τις αναφερόμενες στο νόμο προϋποθέσεις καθόσον συνιστά παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής στις διαδικασίες ανάθεσης και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Συνεπεία όλων των παραπάνω αποτελεί και η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αιτιολογεί πάντα, πλήρως και ειδικώς την σχετική επιλογή της και να επιδεικνύει την δέουσα επιμέλεια ώστε να μπορέσει να εκτιμήσει ότι όντως συνέτρεχαν οι

προϋποθέσεις της διάταξης του άρθρου 32. Συγκεκριμένα, προκειμένου η Οδηγία να μην απολέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω Οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την Οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία. Πρβλ. ΔΕΚ προαναφερθείσες C-57/94 σκ. 23, C-318/94 σκ. 13 και ΔΕΚ της 13ης Ιανουαρίου 2005, Απόφαση του Δικαστηρίου (δεύτερο τμήμα) της 13ης Ιανουαρίου 2005, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Βασιλείου της Ισπανίας, C-84/03, Συλλογή 2005 I-00139, σκ. 48. Επίσης βλ. Δ. Ράικο, ό.π. σ. 314 και ΕΑΑΔΗΣΥ Απόφαση 1/2012 Συνεδρίαση της 13ης-6-2012). Το βάρος απόδειξης περί του ότι συντρέχουν πράγματι οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών που τις επικαλείται (Πρβλ. ΔΕΚ, προαναφερθείσες C-199/85 σκ. 14, C-57/94 σκ. 23, C-318/94, C-385/02 σκ. 19, Απόφαση του Δικαστηρίου (πέμπτο τμήμα) της 10ης Απριλίου 2003, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, συνεκδικασθείσες C-20/01 και C-28/01, Συλλογή 2003 I-03609, σκ. 58, Απόφαση του Δικαστηρίου (πρώτο τμήμα) της 14ης Οκτωβρίου 2004, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, C-340/02, Συλλογή 2004 I-09845, σκ. 38, Απόφαση του Δικαστηρίου (πρώτο τμήμα) της 2ας Ιουνίου 2005, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, ταινιοδρόμων στον ατμοηλεκτρικό σταθμό Μεγαλόπολης - Παράλειψη δημοσιεύσεως προκηρύξεως διαγωνισμού κ.α).

18. Επειδή ειδικότερα, σύμφωνα με την περίπτωση (α) της παραγράφου 2 του άρθρου 32, η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών εάν, ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία είτε δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις

υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής δεν είναι κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημά της. Επομένως με την διάταξη αυτή παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να χρησιμοποιούν τη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, όταν πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) έχει προηγηθεί προκήρυξη διαγωνισμού (με την ανοικτή ή κλειστή διαδικασία), β) καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής δεν υποβλήθηκε ή καμία από τις υποβληθείσες δεν ήταν κατάλληλη, γ) δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και δ) αν το ζητήσει η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, της διαβιβάζεται σχετική έκθεση. Πράγματι η ratio της –μακρόβιας– αυτής διάταξης συνίσταται στο ότι εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει προχωρήσει στη διεξαγωγή μιας διαγωνιστικής διαδικασίας δίχως να βρει κάποιον οικονομικό φορέα που να ικανοποιεί τις ανάγκες της, δεν είναι σκόπιμο να υποχρεώνεται στην επανάληψη των διατυπώσεων δημοσιότητας, αλλά πρέπει να έχει την ελευθερία να χρησιμοποιήσει κάθε μέθοδο που επιλέγει για την ανεύρεση του κατάλληλου αναδόχου της σύμβασης. Η εν λόγω διάταξη εξομοιώνει την περίπτωση της μη κατάλληλης προσφοράς/αίτησης συμμετοχής με την περίπτωση της παντελούς απουσίας προσφορών/αιτήσεων συμμετοχής, υπό την έννοια ότι και οι δύο προβλέπεται ότι μπορούν, εναλλακτικά, να αποτελέσουν λόγο απευθείας ανάθεσης. Οι περιπτώσεις αυτές είναι ισοδύναμες όχι μόνον όσον αφορά στις συνέπειες που απορρέουν από αυτές, αλλά και όσον αφορά στις δυσκολίες που συνεπάγονται για την αναθέτουσα αρχή, δεδομένου ότι δεν καλύπτονται οι σχετικές με την εκτέλεση του υπό ανάθεση αντικείμενου ανάγκες. Εξάλλου δεν είναι δυνατή η προσφυγή στην διαδικασία αυτή όταν στο επαναληπτικό διαγωνισμό που προηγήθηκε υποβλήθηκε τουλάχιστον μια προσφορά, η οποία απορρίφθηκε για παράδειγμα ως μη κανονική και συνεπώς δεν έχει κριθεί η καταλληλότητά της, δοθέντος ότι η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία προϋποθέτει ότι «καμία προσφορά δεν υποβλήθηκε ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν ήταν κατάλληλη». Περαιτέρω για πρώτη φορά ο ενωσιακός νομοθέτης περιέλαβε ρητά στην ίδια διάταξη έναν ορισμό της

έννοιας της μη κατάλληλης προσφοράς και αίτησης συμμετοχής (unsuitable tender/request for participation). Έτσι λοιπόν, μη κατάλληλη θεωρείται μία προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. Ο ορισμός αυτός είναι αρκετά γενικός και κατά την εφαρμογή του χρήζει ερμηνείας ανάλογα με τις συγκεκριμένες κάθε φορά περιστάσεις. Το Δικαστήριο πρώτο είχε επιχειρήσει να περιγράψει την έννοια της ακατάλληλης προσφοράς κρίνοντας ότι τέτοια είναι μία προσφορά της οποίας το αντικείμενο είναι εντελώς διαφορετικό από εκείνο που περιγράφεται στην προκήρυξη του διαγωνισμού (τεχνικές προδιαγραφές) Μία τέτοια προσφορά είναι στην πραγματικότητα μια άχρηστη προσφορά, δηλαδή πρόκειται για προσφορά που ακόμη και με ουσιώδεις τροποποιήσεις δεν θα μπορούσε να ανταποκριθεί στις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής. Άλλες αποκλίσεις ή σσονος σημασίας ή ασήμαντες δικαιολογούν ενδεχομένως την απόρριψη της προσφοράς αλλά δεν την καθιστούν ακατάλληλη (Βλ. Δ.Ε.Ε. -250/07, σκ. 42-44). Από την άποψη αυτή, δεν αρκεί το γεγονός ότι η προσφορά φέρει παρατυπίες, καθόσον αυτό από μόνο του δεν σημαίνει ότι η προσφορά είναι και ακατάλληλη (αν και μπορεί να οδηγεί σε απόρριψή της ως απαράδεκτη) για αυτό ακριβώς το λόγο η υποβολή μη κατάλληλης προσφοράς εξομοιώνεται με τη μη υποβολή προσφοράς. Το ζήτημα ποιες ακριβώς είναι οι απαιτήσεις της προκήρυξης, η παρέκκλιση από τις οποίες χαρακτηρίζει μία προσφορά ως ακατάλληλη, και όχι ως απλώς απαράδεκτη, είναι θέμα που θα κρίνεται *in concreto*, λαμβάνοντας υπόψη ότι θα πρέπει να πρόκειται για ουσιώδεις απαιτήσεις, που η μη συμμόρφωση σε αυτές να καθιστά άσχετη την προσφορά και ανικανοποίητη την ανάγκη της αναθέτουσας αρχής. Μόνο υπό αυτή την ερμηνευτική εκδοχή μπορεί να αποφευχθεί ο κίνδυνος οι αναθέτουσες αρχές να καθορίζουν προϋποθέσεις υπερβολικά αυστηρές ή που είναι αδύνατον να τηρηθούν, έτσι ώστε να έχουν την δυνατότητα να ως ακατάλληλες όλες τις προσφορές που θα υποβληθούν πριν προχωρήσουν στην απευθείας ανάθεση Από την άλλη, μία αίτηση συμμετοχής θεωρείται μη κατάλληλη όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα

συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77. Παρατηρείται επομένως μία διαφοροποίηση του νομοθέτη ως προς την έννοια της ακαταλληλότητας ανάλογα αν πρόκειται για προσφορά ή για αίτηση συμμετοχής. Έτσι λοιπόν στην περίπτωση προσφορών που έχουν υποβληθεί μόνο από ακατάλληλους προσφέροντες, το γεγονός αυτό, υπό τις διατάξεις των άρθρων 32 και 26 παρ. 4 (α) θεωρείται ως λόγος απαραδέκτου των των προσφορών και άρα θεμελιώνει την προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στον ανταγωνιστικό διάλογο, ενώ αντίθετα στην περίπτωση αιτήσεων συμμετοχής που έχουν υποβληθεί μόνο από ακατάλληλους υποψήφιους, αυτές θεωρούνται ακατάλληλες και άρα θεμελιώνουν λόγο προσφυγής στην διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. Σύμφωνα με την τρίτη προϋπόθεση, η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 (α), είναι επιτρεπτή μόνο εφόσον δεν τροποποιούνται ουσιωδώς κατά την διαδικασία της διαπραγμάτευσης οι όροι της αρχικής σύμβασης ήτοι οι όροι της αρχικής διαγωνιστικής διαδικασίας (αφού σε αυτούς αποτυπώνονται οι όροι της σύμβασης που ποτέ δεν συνήφθη λόγω του άγονου διαγωνισμού). Η προϋπόθεση αυτή, όπως έχει αναφερθεί και κατά την εξέταση του άρθρου 26, απορρέει αφενός από τις απαιτήσεις που έθεσε ρητά για πρώτη φορά η διάταξη του άρθρου 132 (άρθρ. 72 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) περί της τροποποίησης της σύμβασης μετά την σύναψή της και αφετέρου από τον γενικότερο – νομολογιακής κατά βάση προέλευσης– κανόνα ότι οποιαδήποτε ουσιώδης αλλαγή των όρων της σύμβασης –όπως βέβαια αυτοί περιλαμβάνονταν στα έγγραφα της σύμβασης– θεωρείται ως νέα σύμβαση και άρα χρήζει νέας διαδικασίας ανάθεσης κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 26 παράγραφος 1. Από τα παραπάνω καθίσταται σαφές ότι η προσφυγή στην διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, στην περίπτωση αυτή, κατά κανόνα θα είναι δυνατή μόνο όταν η αναθέτουσα αρχή αναζητά ανάδοχο ο

οποίος πληροί τους όρους που οι προσφέροντες/υποψήφιοι της άγονης διαδικασίας αδυνατούσαν να ικανοποιήσουν. Πράγματι κρίνεται παγίως ότι η διαδικασία της διαπραγμάτευσης, ειδικά στην περίπτωση αυτή, συνέχεται άμεσα με τον προηγούμενο αυτής άγονο διαγωνισμό, με συνέπεια η μη νομιμότητα της υποκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας να καθιστά παρακολουθηματικά παράνομη στο σύνολό της την διαδικασία διαπραγμάτευσης(βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο. Σχετικές διατάξεις – Νομολογία, εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018)

19. Επειδή, περαιτέρω, 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».

20. Επειδή, η αιτιολογία για να είναι νόμιμη θα πρέπει, σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του ΚΔΔιαδ, να είναι, σαφής, πλήρης, ήτοι να περιέχει Αριθμός απόφασης: 90/2021 63 όλα τα ουσιώδη συγκεκριμένα περιστατικά κατά τρόπο που δεν αφήνει κενά ή αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης του διοικητικού οργάνου, ειδική, δηλαδή, να μην είναι γενική και αόριστη και να είναι σχετική με όλα τα στοιχεία της προσβαλλόμενης πράξης, με την έννοια ότι όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου (βλ. ΣΤΕ 895/2005, 2701/2004, 3931, 3586/2002). Μόνο σε αντίθετη περίπτωση, η ως άνω απόφαση θα ήταν ανατιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Ειδικότερα, στοιχεία της αιτιολογίας είναι το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων

δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Α. Τάχος. Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, Εκδόσεις Σάκκουλα), ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, Τ 461/08, ΕΥ:Τ:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, ΕΥ:Τ:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Αριθμός απόφασης: 1186/2019 54 Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά ΕUIPO, Τ 652/14, μη δημοσιευθείσα, ΕΥ:Τ:2016:370, σκέψη 43). Περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας, υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, ό.π., αρ. περ. 642· Β. Καψάλη, «Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση», ΕφημΔΔ 4/2010, σελ. 568 (σελ. 571 επ.), ομοίως Μ. Στασινόπουλο, Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων, Αθήνα, 1982, σ. 341, ο οποίος εύστοχα αναφέρει ότι «ο επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας» και διευκρινίζει πως «η διείσδυση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας» σελ. 381 ο.π.).

21. Επειδή, η απάντηση της ΕΑΑΔΗΣΥ με αρ. 24 (Συχνά τιθέμενες ερωτήσεις) 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 ίδιου 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>).

22. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω και σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, κρίνονται απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής αναφορικά με την ένσταση έλλειψης εννόμου συμφέροντος εκ μέρους του προσφεύγοντος με την αιτιολογία ότι δεν συμμετείχε στη διαδικασία και αυτοαποκλείσθηκε καθόσον δεν εδύνατο να αυτοπροσκληθεί, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων. Εν προκειμένω, βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι η διαπραγμάτευση είναι κλειστή και δεν μπορούσε να συμμετάσχει υποβάλλοντας προσφορά, αφού η ίδια η αναθέτουσα αρχή δεν του είχε απευθύνει πρόσκληση. Σημειώνεται ότι ευλόγως ανέμενε την επανάληψη της διαδικασίας, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου. Εν κατακλείδι, η ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ ή στον ιστότοπο του Δήμου της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, όπως η συγκεκριμένη, δεν συνεπάγεται από μόνη της τη δυνατότητα συμμετοχής σε αυτήν. Προφανώς λοιπόν και δεν μπορούσε να επιβάλει τη συμμετοχή του στη διαπραγμάτευση, εφόσον δεν είχε προσκληθεί σε αυτήν και τα περί του αντιθέτου αναφερόμενα από την Αναθέτουσα προβάλλονται αβασίμως. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής (σελ. 3 υπό β), ότι «ο Δήμος ουδέποτε απέκλεισε τη συμμετοχή της προσφεύγουσας από τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, απλά δεν την προσκάλεσε», είναι αβάσιμος καθώς δεν προκύπτει από το επιλεγέν θεσμικό πλαίσιο ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης ότι η Αναθέτουσα αρχή είναι υποχρεωμένη να εξετάζει όλες τις υποβαλλόμενες

Αριθμός Απόφασης: 325/2021

προσφορές (βλ. και σκ. 21 της παρούσας) εφόσον η εξέταση οποιασδήποτε προσφοράς έχει ως προϋπόθεση τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς. Σημειώνεται δε ότι τόσο η απόφαση για προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση όσο και η πρόσκληση σε έτερο οικονομικό φορέα, αναρτήθηκαν στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ στις 28.12.2020 με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφοράς τις 31/12/2020 και ώρα 16.00π.μ, ήτοι ήταν πρακτικά σχεδόν αδύνατη η στο αυτό χρονικό διάστημα και μάλιστα χωρίς κοινοποίηση της πρόσκλησης, η εκ μέρους της κατάθεση προσφοράς. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή δεν ισχυρίζεται ότι θα είχε κάνει δεκτή την υποβολή εκ μέρους του προσφοράς εάν είχε «προλάβει» να καταθέσει εμπροθέσμως, παρά μόνο ότι «αυτοαποκλείσθηκε», γεγονός που δεν συντρέχει κατά τα ως άνω.

23. Επειδή με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως προσέφυγε η αναθέτουσα αρχή στην διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 α καθόσον δεν πληρούνται οι νόμιμες προϋποθέσεις περί υποβολής ακατάλληλων προσφορών, ότι εν πάσει περιπτώσει οι προσβαλλόμενες στερούνται νόμιμης αιτιολογίας και ότι η μοναδικός προσκληθείς οικονομικός φορέας στην επίμαχη διαδικασία τελεί σε σχέση με τον έτερο προσφέροντα της προηγουμένης διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι νομίμως προσέφυγε στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περ.α λόγω προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού γεγονός που προβλέπεται ρητά για την επίμαχη περίπτωση. Η αιτιολογία δε της 612/2020 σχετικά με την ανάγκη άμεσης προμήθειας ΜΑΠ για τους λόγους που αναφέρονται, δεν οδηγεί στη λήψη απόφασης με το 32 παρ. 2 γ, αλλά με 32 παρ. 2 α και μάλιστα εξηγεί ειδικά όπως απαιτείται γιατί αποφασίστηκε η προσφυγή στη διαδικασία αυτή και τέλος, ότι ο δήμος δεν γνώριζε ούτε όφειλε να γνωρίζει τους μετόχους της εκάστοτε εταιρείας που είτε προσκαλεί είτε συμμετέχει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης ή σε διαγωνιστική διαδικασία.

24. Επειδή, αναφορικά με τη μη νόμιμη προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016 γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί του

προσφεύγοντος καθόσον οι προσφορές που κατατέθηκαν στον προηγηθέντα άγωνα, πράγματι διαγωνισμό, δεν ήταν ακατάλληλες αλλά απαράδεκτες (βλ. αναλυτικά σκ. 18 τη παρούσας) και τούτο διότι ουδόλως και ουδείς υποστήριξε ότι οι κατατεθείσες προσφορές στον προηγηθέντα διαγωνισμό ήταν άσχετες με τη σύμβαση και αδυνατούσαν προδήλως, χωρίς να τροποποιηθούν ουσιαστικά, να ανταποκριθούν στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. Σημειώνεται δε ότι από τα 49 είδη που ζητούνταν η προσφορά του προσφέροντος ήταν αποδεκτή για τα 44 (όπως και του έτερου συνυποψηφίου του στην εκεί διαδικασία). Επομένως, δοθέντος ότι οι διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 α του ν. 4412/2016 ο οποίος ενσωμάτωσε τις αντίστοιχες διατάξεις της οδηγίας 2014/24/ΕΕ είναι σαφείς και ουδόλως δύναται να υποστηριχθεί βασίμως ότι εξομοιώνουν το σύνολο των άγωνων διαγωνισμών ήτοι αυτούς στους οποίους κατατέθηκαν απαράδεκτες προσφορές με αυτούς στους οποίους κατατέθηκαν ακατάλληλες ή που δεν υποβλήθηκε ουδεμία προσφορά, παράλληλα, παγίως δεν επιτρέπεται διασταλτική ερμηνεία των εξαιρετικών διατάξεων του άρθρου 32 προκειμένου να προστίθενται νέες περιπτώσεις εφαρμογής τους. Συνεπώς, από το σύνολο των ανωτέρω αναφερομένων κρίνεται ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης της περ. α της παρ. 2 του άρθρου 32 του ν.4412/2016 η οποία αποτελεί τη βάση προσφυγής στην οικεία διαδικασία, ως ρητά αναφέρεται στις προσβαλλόμενες οι οποίες πάσχουν ακυρότητας και στερούνται νόμιμης αιτιολογίας όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

25. Επειδή, αναφορικά με τις αιτιάσεις της αναθέτουσας αρχής σε σχέση με την ανάγκη επείγουσας προμήθειας των οικείων ειδών και πάλι, ουδόλως επελέγει ως νομική βάση η προσφυγή στη διαδικασία της περ. γ της παρ. 2 του άρθρου 32 αλλά η παρ. α, κατά τα ως άνω, ούτε, κατά τα ως άνω συντρέχουν παράλληλα οι προϋποθέσεις εφαρμογής δύο διαφορετικών περιπτώσεων του άρθρου 32 παρ. 2, ώστε να δύναται να υποστηριχθεί βασίμως ότι επελέγει η μία εξ αυτών. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή αναφέρεται μεν στην ανάγκη άμεσης

προμήθειας ΜΑΠ, ωστόσο, δεν αιτιολογεί την πλήρωση των σωρευτικώς απαιτούμενων προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ. Δηλαδή, βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι η προσβαλλόμενη και με τη συμπληρωματική αιτιολογία πάσχει ακυρότητας. Σημειώνεται, ότι, ούτε στο υπόμνημα της η αναθέτουσα αρχή παρέχει σχετικές συγκεκριμένες αιτιάσεις στους ουσιώδεις ισχυρισμούς του προσφεύγοντος επ' αυτού. Επομένως, γίνονται δεκτοί και οι οικείοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος σε σχέση με τη μετοχική σύνθεση του μοναδικού προσκληθέντος υποψηφίου, παρέλκει η εξέταση τους ως αλυσιτελώς προβαλλόμενων διότι δεν προκύπτει ότι του προκαλούν αυτοτελή βλάβη έναντι εκείνης που επικαλείται σε σχέση με την προσβαλλόμενες. Αναφέρεται ωστόσο, ότι είναι βάσιμοι στην ουσία τους γεγονός που προκύπτει και από το περιεχόμενο των εγγράφων καθ'αυτών που είναι αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο διενέργειας της επίμαχης διαδικασίας.

26. Επειδή, υπό τα ανωτέρω δεδομένα η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

27. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

28. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες κατά το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου στον προσφεύγοντα.

Αριθμός Απόφασης: 325/2021

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 18.02.2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Γ. ΖΑΡΑΡΗ

Ελένη Α. ΛΕΠΙΔΑ