

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 4 Φεβρουαρίου 2021, με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη, δυνάμει της με αριθμό 2372/2020 Πράξης Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2002/28-12-2020 της εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «****, νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του *****, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η εγκριθείσα με τη με αριθμό ***** με αριθμό **** πρόσκληση σε διαπραγμάτευση, σύμφωνα με το άρθρο 32 του ν. 4412/2016, για την σύναψη σύμβασης με αντικείμενο τη συμπληρωματική προμήθεια Ηλεκτροπτικών Συστημάτων ***, εκτιμώμενου προϋπολογιζόμενου κόστους 400.000,00 ευρώ, (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, άνευ ΦΠΑ).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και αποφάσισε τα εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό *****), ποσού 2.000,00€, το οποίο αναλογεί στο προβλεπόμενο ποσοστό (0,5%) επί της, χωρίς ΦΠΑ, προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (400.000,00€).

2. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή ανατέθηκε στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 28-12-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

Αριθμός απόφασης: 376 / 2021

3. Επειδή, με τη Φ. ***** εγκρίθηκε, σύμφωνα με τα άρθρα 96 του ν. 4368/2016, 14 του ν. 4332/2015, 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016 και 122 του ν. 4636/2019, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, για την προμήθεια από το ***** , προϋπολογιζόμενου κόστους 1.100.000€ (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, άνευ ΦΠΑ), προκειμένου να καλυφθούν οι «άμεσες και επιτακτικές ανάγκες επαύξησης δυνατοτήτων *** των ***** , στο πλαίσιο της ανάσχεσης *****». Ακολούθως, με τη με αριθμό ***** εγκρίθηκε η πρόσκληση συμμετοχής σε διαπραγμάτευση για την ως άνω προμήθεια. Αντικείμενο της σύμβασης της ως άνω πρόσκλησης ήταν η αγορά πέντε (5) ηλεκτροπτικών συστημάτων (με δυνατότητα απομακρυσμένου ελέγχου) για θαλάσσια επιτήρηση, που προορίζονταν να εγκατασταθούν ***** για την κάλυψη αναγκών θαλάσσιας *** (άρθρο 1 Παραρτήματος Ε) και για την κάλυψη των άμεσων και επιτακτικών αναγκών ενίσχυσης των μέσων *** των ***** , στο πλαίσιο της ανάσχεσης των ***** (άρθρο 1 των Ειδικών Όρων, Παράρτημα Γ'). Ως κριτήριο κατακύρωσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά με βάση την τιμή (ήτοι τη χαμηλότερη τιμή) (άρθρο 3.1.1. της πρόσκλησης). Η συνολική προϋπολογιζόμενη δαπάνη για την προμήθεια των ***** , στην οποία περιλαμβάνονταν υπηρεσίες εκπαίδευσης στο χώρο της εγκατάστασης και τεχνική υποστήριξη για περίοδο δέκα ετών από τη λήξη της εγγύησης (άρθρο 6 της Τεχνικής Περιγραφής, Παράρτημα Ε), ανερχόταν στο ποσό των 1.100.000,00 (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, άνευ ΦΠΑ). Η ως άνω απόφαση – πρόσκληση αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ ***** και απεστάλη σε πέντε (5) οικονομικούς φορείς. Μέχρι την ορισθείσα στην ως άνω πρόσκληση ημερομηνία (9.12.2019) υπέβαλαν προσφορές τέσσερις (4) εταιρείες, και συγκεκριμένα οι εταιρείες «*****». Κατόπιν της ολοκλήρωσης της ανωτέρω διαδικασίας, με την ***** εγκρίθηκε το από 9.12.2019 Πρακτικό της επιτροπής διαπραγμάτευσης και κατακυρώθηκαν οριστικά τα αποτελέσματά της, σύμφωνα με αυτό. Συναφώς, συντάχθηκε το σχέδιο σύμβασης μεταξύ του ***** και της εταιρείας «*****», συμβατικού τιμήματος 975.000,00€. Στις 07-12-2020, καταχωρίστηκε στο ΚΗΜΔΗΣ η με αριθμό ***** προκήρυξη του ***** διαδικασίας σε διαπραγμάτευση, σύμφωνα με το άρθρο 32 του ν. 4412/2016 με τη με αριθμό ***** πρόσκληση αποκλειστικά και μόνον προς την παραπάνω εταιρεία «*****» για την συμπληρωματική προμήθεια ηλεκτροπτικών συστημάτων *** κόστους τετρακοσίων χιλιάδων (400.000,00)

Αριθμός απόφασης: 376 / 2021

ευρώ, συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων άνευ Φ.Π.Α. Κατά της ως άνω απόφασης του **** να προκηρύξει την ως άνω διαδικασία με πρόσκληση σε διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση, για την εν λόγω συμπληρωματική προμήθεια, αλλά και κατά της ίδιας της πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση στρέφεται η προσφεύγουσα, για τους λόγους και με τους ισχυρισμούς που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή.

4. Επειδή, η ελεγχόμενη διαδικασία, ενόψει του αντικείμενου της (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, (400.000,00€), της νομικής φύσης του **** που διενεργεί τη διαδικασία και συνιστά οργανική μονάδα των ενόπλων δυνάμεων του ****, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως και στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πρόσκληση καταχωρίστηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 07-12-2020 και η προσφυγή, αφού η διαδικασία δεν διεξάγεται με ηλεκτρονικά μέσα, ασκήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ (άρ. 8 παρ. 4 π.δ. 39.2017) στις 28-12-2020, δηλαδή ασκήθηκε με το νόμιμο τύπο και εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από την πλήρη γνώση αυτής, η οποία, σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις του νόμου, όταν η προσφυγή στρέφεται κατά διακήρυξης τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση της προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ (εν προκειμένω της πρόσκλησης), δηλαδή στις 22-12-2020. Η προσφυγή, εξάλλου, είναι εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις, από την πλήρη γνώση αυτής, η οποία επήλθε νωρίτερα από τις 22-12-2020, αφού η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι έλαβε χώρα

Αριθμός απόφασης: 376 / 2021

στις 21-12-2020. Δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή δεν επικαλείται ούτε από κανένα στοιχείο προκύπτει τέτοια πλήρης γνώση της προσφεύγουσας σε προγενέστερο χρόνο από τις 22-12-2020 ή έστω από τις 21-12-2020, καθ' ομολογία της προσφεύγουσας (πρβλ. Σ.τ.Ε. ΕΑ 56/2020, 41/2020, 109/2019), ο ισχυρισμός ότι η προσφυγή είναι εκπρόθεσμη είναι απορριπτός ως αβάσιμος.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, αν και πληροί όλες τις τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις για την ανάληψη της υπό ανάθεση προμήθειας, αποκλείεται παρανόμως να διεκδικήσει την ανάληψή της, επειδή η αναθέτουσα αρχή επέλεξε να προβεί σε ανάθεση με την διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, καλώντας προς τούτο να υποβάλει προσφορά μόνον έναν (1) οικονομικό φορέα και πάντως όχι την προσφεύγουσα, κατ' επίκληση του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ και 4 περ. β του ν.4412/2016, καίτοι όχι μόνον προσέβλεπε στην συμμετοχή της στη διαδικασία, αλλά ήταν και σε θέση να προσφέρει τα ζητούμενα αγαθά και συγκεκριμένα να προσφέρει πέντε (5) ή/και δύο (2) Η/Ο (Ηλεκτροπτικά) Συστήματα *** με τις απαιτούμενες εκ της πρόσκλησης συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, χωρίς να αμφισβητείται, ότι ως εκ του καταστατικού της ασκούσα την επίμαχη δραστηριότητα εδύνατο να προσφέρει το σύστημα ****, το οποίο σύμφωνα με τη συνημμένη στην προσφυγή βεβαίωση της κατασκευάστριας εταιρείας **** υπερκαλύπτει τις τεθείσες με την πρόσκληση τεχνικές απαιτήσεις σε σαφώς ανταγωνιστικές τιμές, πλην όμως, λόγω της βαλλόμενης διαδικασίας εμποδίστηκε να υποβάλει προσφορά για την υπό ανάθεση προμήθεια. Κατά συνέπεια, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφυγής της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία.

7. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: 1) Η αναθέτουσα αρχή προσφεύγει για δεύτερη φορά στην εξαιρετική διαδικασία, χωρίς να βεβαιώνεται αιτιολογημένα ότι οι λόγοι που την οδήγησαν να προσφύγει για πρώτη φορά σε όμοια διαδικασία (αρχικοί ή νέοι) συντρέχουν και για την εκ δευτέρου προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία. Και τούτο, διότι η

Αριθμός απόφασης: 376 / 2021

επικαλούμενη – αλλά όχι αποδεικνυόμενη από τα στοιχεία του φακέλου – αύξηση των ***δεν δύναται σήμερα, τέσσερα (4) και πλέον έτη από την έναρξη της εξαιρετικής ad hoc διάταξης του άρθρου 96 Ν. 4368/2016 και οχτώ (8) μήνες μετά την πρώτη ανάθεση στην ίδια εταιρεία, να νοείται ως 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 είναι δυνατό να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί με μέτρα πρόληψης και αποφυγής του, έγκαιρα και λυσιτελώς. Ούτε, άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ειδικότερα δεδομένα και στοιχεία, βάσει των οποίων προκύπτει η αιφνίδια αλλαγή των συνθηκών εκείνων που είχαν καταστήσει εξ' αρχής επιτακτική την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 Ν. 4412/2016 μόλις τον Φεβρουάριο 2020. Εξάλλου, οι **** όχι μόνον δεν αποτελούν, ενόψει της κτηθείσας εμπειρίας κατά τα τελευταία πέντε (5) τουλάχιστον έτη, αιφνίδιο γεγονός, αλλά αντιθέτως αποτελούν ένα καθόλα προβλέψιμο και βέβαιο αποτέλεσμα της πολιτικοοικονομικής κατάστασης που επικρατεί στην ****, κατάσταση η οποία παραμένει εν πολλοίς η ίδια τουλάχιστον από τον Φεβρουάριο 2020 και εντεύθεν, ήτοι ήδη κατά τον κρίσιμο χρόνο ανάθεσης της πρώτης συναφούς σύμβασης. 2) Τα υπό προμήθεια συστήματα δεν είναι συμπληρωματικής φύσης, ούτε άλλωστε προορίζονται για την επέκταση ήδη ανατεθείσας σύμβασης. Και τούτο διότι όπως προκύπτει μεταξύ άλλων από τις τεχνικές προδιαγραφές της προσβαλλόμενης πράξης τα πέντε **** αποτελούν εξ' αντικειμένου το κάθε ένα από αυτά αυτόνομες μονάδες, οι οποίες λειτουργούν μεμονωμένα και ανεξάρτητα από τα υπόλοιπα συστήματα ***. Συνεπώς ουδέν ζήτημα συμβατότητας υφίσταται με τα όμοια αγαθά που περιλήφθηκαν στην τεχνική και οικονομική προσφορά του αναδόχου της αρχικής προμήθειας, όπως αβάσιμα προβάλλεται στην υπό κρίση πρόσκληση. 3) Η προσφυγή στην βαλλόμενη διαδικασία έλαβε χώρα κατά παράβαση ουσιώδους τύπου, αφού δεν προηγήθηκε της διαδικασίας σύμφωνη γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ), κατά τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011. 4) Δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη πράξη αφορά σε πρόσκληση για την προμήθεια Ηλεκτροπτικών Συστημάτων ***, εξ' αντικειμένου δεν δύναται να αφορά σε έκτακτες δαπάνες αναγκαίες για την υποδοχή και φιλοξενία πολιτών τρίτων χωρών και συνεπώς δεν συντρέχουν εξ' αρχής οι προϋποθέσεις εφαρμογής της

Αριθμός απόφασης: 376 / 2021

διάταξης του άρθρου 96 του ν. 4368/2016. 5) Υφίσταται πρόδηλη αοριστία ως προς το αντικείμενο της σύμβασης δεδομένου ότι ο όρος 2.1. της απόφασης ρητά προσδιορίζει ως συμβατικό αντικείμενο την προμήθεια πέντε (5) συστημάτων ενώ στους υπόλοιπους όρους η ορισθείσα ποσότητα μειώνεται σε δύο (2) ηλεκτροπτικά συστήματα ***, επιπλέον ως συμβατικό αντικείμενο ορίζεται το ηλεκτροπτικό σύστημα *** συγκεκριμένης κατασκευάστριας εταιρείας, της εταιρείας ****, χωρίς ταυτόχρονα να περιλαμβάνεται ο όρος «ή ισοδύναμο», κατ' ευθεία παράβαση των άρθρων 18 και 282 παρ. 2 του ν. 4412/2016.

8. Επειδή, εξάλλου, στις 08-01-2021, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ τον φάκελο της υπόθεσης και τις απόψεις της επί της προσφυγής, στις οποίες και για τους λόγους που σε αυτές αναπτύσσονται ζητείται η απόρριψή της. Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει τα εξής: 1) Εξακολουθούν να υφίστανται σημαντικές ***** κατά τους τελευταίους μήνες του 2020 (οι οποίες αναμένεται να αυξηθούν σημαντικά με την βελτίωση των καιρικών συνθηκών κατά τους εαρινούς μήνες του 2021), καθώς και αδήριτη και επείγουσα ανάγκη ανάσχεσης αυτών. Οι ****, που θα επιχειρήσουν να διασχίσουν **** συνιστούν εξ' ορισμού απρόβλεπτο γεγονός. Ο άμεσος εξοπλισμός με Η/Ο συστήματα, αποτελεί αναγκαίο, κατάλληλο και αναλογικό μέτρο για τη βελτιστοποίηση των δυνατοτήτων *** και αναγνώρισης στόχων, για την πλέον αποτελεσματική συνδρομή στην *****. Ειδικότερα θα αποτελέσει μοναδικό μέσο, το οποίο θα προσδώσει την δυνατότητα έγκαιρου ****, συμβάλλοντας στην προσπάθεια ανάσχεσης των****. 2) Πρόκειται για παραδόσεις συμπληρωματικής φύσης, οι οποίες προορίζονται για την επέκταση της ήδη ανατεθείσας σύμβασης για την προμήθεια πέντε (5) Η/Ο συστημάτων, με την προμήθεια αγαθών όμοιων με αυτά που περιλαμβάνονταν στην τεχνική και οικονομική προσφορά του αναδόχου της αρχικής προμήθειας, με επιπλέον αμοιβή προς αυτόν που η οποία λαμβάνει χώρα εντός τριετίας τόσο για την αρχική όσο και για τη συμπληρωματική σύμβαση. Επιπλέον, η επιλογή κάποιου άλλου προμηθευτή για την προμήθεια των υπό εξέταση Η/Ο συστημάτων, θα οδηγούσε στην προμήθεια υλικού με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, η οποία θα είχε ως αποτέλεσμα την πρόκληση δυσανάλογων τεχνικών δυσχερειών τόσο στην χρήση όσο και στην παροχή τεχνικής υποστήριξης σε αυτά, καθ' όλη τη διάρκεια της ωφέλιμης διάρκειας ζωής τους, δεδομένου ότι το

σύνολο των εν λόγω συστημάτων θα τηλεχειρίζονται από ενιαία κονσόλα στο λεκανοπέδιο Αττικής, από εκπαιδευμένους προς τούτο χειριστές, τόσο όσον αφορά τον χειρισμό, όσο και τη συντήρηση και την επισκευή των εν λόγω Η/Ο συστημάτων, με χρήση εξειδικευμένων εργαλείων, οργάνων και συσκευών. Οιαδήποτε νέα προμήθεια θα απαιτούσε εκ νέου εκπαίδευση προσωπικού τόσο στο χειρισμό όσο και στην συντήρηση/επισκευή, με αρνητικό αντίκτυπο τόσο επιχειρησιακό όσο και τεχνικό. 3) Οι διατάξεις του άρθρου 96 του ν. 4368/2016 δεν αφορούν μόνον τους τομείς της *****, αλλά εν γένει την αντιμετώπιση της έκτακτης και απρόβλεπτης αύξησης των ***** και της συνακόλουθης επιδείνωσης της *****. 4) Ο υπό προμήθεια εξοπλισμός καλύπτει την αδήριτη και κατεπείγουσα ανάγκη εγκαίρου ***** αφενός για την ασφαλή διάσωση και μεταφορά τους ***** προς τους χώρους *****. Και τούτο, διότι τα ζητούμενα συστήματα εξασφαλίζουν τον έγκαιρο και ακριβή εντοπισμό καθώς και την υποτύπωση, παρακολούθηση των σκαφών *****, ανεξαρτήτως των υφιστάμενων συνθηκών περιβάλλοντος (ημέρα ή νύχτα, ομίχλη ή βροχόπτωση), την εικόνα των οποίων θα μεταφέρει σε όλους τους φορείς που εμπλέκονται στο έργο της ασφαλούς διάσωσης και μεταφοράς. Κατά την έννοια αυτή, ο σκοπός της υπόψη προμήθειας σχετίζεται με τους αναφερόμενους στο άρθρο 96 του νόμου 4368/2016 τομείς, και ειδικότερα αυτόν της μεταφοράς. 5) Λαμβανομένου υπόψη, εξάλλου, του γεγονότος ότι παρίσταται κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα αιτιολογημένη η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, δυνάμει του άρθρου 96 του ν. 4368/2016 και του άρθρου 32 παρ. 4, περ. β του ν. 4412/2016 και αφού πρόκειται για παραδόσεις συμπληρωματικής φύσης οι οποίες προορίζονται για την επέκταση ήδη ανατεθείσας σύμβασης προμήθειας πέντε (5) Η/Ο Συστημάτων και ως εκ τούτου αφορά προμήθεια αγαθών όμοιων με αυτά που περιλαμβάνονταν στην τεχνική και οικονομική προσφορά του αναδόχου της αρχικής προμήθειας, για τους λόγους αυτούς, η βαλλόμενη πρόσκληση περιέλαβε την ονομαστική αναγραφή του προς προμήθεια συστήματος “*****”.

9. Επειδή, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων με διαπραγμάτευση, στο άρθρο 32 του ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε στο εθνικό δίκαιο τις διατάξεις του άρθρου 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, μεταξύ άλλων προβλέπονται τα εξής: «...2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς

προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: ... γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη. ...». Από τη γραμματική διατύπωση των διατυπώσεων των παραπάνω διατάξεων συνάγεται πως στην περίπτωση που συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή που δεν απορρέουν από δική της ευθύνη, η διαδικασία για τη διαπραγμάτευση με σκοπό τη σύναψη σχετικής με την κάλυψη της ανάγκης αυτής δημόσιας σύμβασης δεν είναι υποχρεωτικό να δημοσιεύεται, ανεξαρτήτως ποσού σύμβασης. Κατά συνέπεια, εφόσον νομίμως επιλέγεται, στη διαδικασία αυτή δεν έχουν εφαρμογή οι διατάξεις του άρθρου 65 του ν. 4412/2016 περί δημοσίευσης προκηρύξεων και γνωστοποιήσεων, ούτε η παράλειψη δημοσίευσης σχετικής προκήρυξης συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας. Εξάλλου, υπό την ίδια ως άνω προϋπόθεση, κατά την περίπτωση δηλαδή που συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή που δεν απορρέουν από δική της ευθύνη, αν επιλεγεί η διαδικασία διαπραγμάτευσης με σκοπό τη σύναψη σχετικής με την κάλυψη της ανάγκης αυτής δημόσιας σύμβασης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, δεν έχουν εφαρμογή ούτε οι διατάξεις των άρθρων 27 έως 31 του ν. 4412/2016, ούτε του άρθρου 121 του ίδιου νόμου, σχετικά με τις προθεσμίες για την παραλαβή προσφορών, αφού για τον υπολογισμό των σχετικών προθεσμιών αφετήριο γεγονός αποτελεί η δημοσίευση της σχετικής προκήρυξης της διαδικασίας, η οποία στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 γ) νομίμως παραλείπεται, δεν έχουν εφαρμογή όμως ούτε και οι διατάξεις του άρθρου 60 του ν. 4412/2016 που καθιερώνουν κριτήρια για τον καθορισμό προθεσμιών μεγαλύτερων από αυτές που προβλέπονται στα άρθρα 26 έως 31 και 121 του νόμου. Κατά τη διαδικασία του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, άλλωστε, έχει κριθεί (πρβλ. ΑΕΠΠ 128/2020, σκ. 33, με τις στη σκέψη αυτή περαιτέρω παραπομπές) ότι η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να

Αριθμός απόφασης: 376 / 2021

δημοσιοποιήσει ευρέως την πρόθεση της για σύναψη σύμβασης μέσω προκήρυξης, αλλά μπορεί απλά να διαπραγματευτεί απευθείας με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς της επιλογής της.

10. Επειδή, όμως, οι ανωτέρω διατάξεις εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συστατικής ερμηνείας. Στο πλαίσιο αυτό έχει κριθεί (ενδεικτικά ΕΛΣυν 1227/2016 VI Τμ., ΔΕΦΑΘ (Ασφ) 247/2013) ότι για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, ως τέτοιου νοουμένου εκείνου που προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ζωής, β) η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, γ) η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης, δ) η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη (όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και η γενικότερη αβελτηρία της, βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010) και τέλος, ε) η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο (ΕΛΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕΛΣυν 247, 249/2010 Πράξεις του VI Τμ.). Ο έλεγχος της αιτιολόγησης της επιλογής της εξαιρετικής, κατ' απόκλιση από τον γενικό κανόνα, διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, όταν η τελευταία ερείδεται στη συνδρομή της έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης του άρθρου 32 παρ. 2 γ), ενεργείται υπό την προαναφερθείσα παραδοχή ότι η ανάγκη αυτή δημιουργείται ως συνέπεια επείγοντος γεγονότος. Ως τέτοιο, νοείται αιφνίδιο 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.

Αριθμός απόφασης: 376 / 2021

Συνεπώς, εάν το πραγματικό γεγονός, στο οποίο κατά την αναθέτουσα αρχή ερείδεται η επιλογή της μη κανονικής, εξαιρετικής εκτός διαγωνισμού διαδικασίας, δεν είναι αιφνίδιο ή/και μπορούσε να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί έγκαιρα, καθώς και εάν η αντιμετώπισή του οφείλεται σε ίδιο πταίσμα της αναθέτουσας αρχής, η παρέκκλιση από τον κανόνα της διενέργειας διαγωνισμού είναι μη νόμιμη (Γνμδ. ΝΣΚ 125/2006, 223/2008, ΕλΣυν Πράξη 1/2008 VI Τμ.). Μάλιστα, η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στην εξαιρετική αυτή διαδικασία της διαπραγμάτευσης πρέπει να αιτιολογείται πλήρως και ειδικώς από τα στοιχεία του φακέλου (πρβλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΑ ΣτΕ 515/2008, 1059/2008, ΕλΣυν 91/2007 Πράξη του VI Τμ., ΕλΣυν 15/2008 Πράξη του VI Τμ.). Λόγω του εξαιρετικού χαρακτήρα, άλλωστε, που κατά τα άνω έχει η επιλογή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, με τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011 προ της έκδοσης απόφασης κάθε αναθέτουσας αρχής για προσφυγή, μεταξύ άλλων, στη διαδικασία αυτή, καθιερώθηκε, με εξαίρεση των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, υποχρέωση προηγούμενης σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ), εφόσον οι συμβάσεις οι οποίες διώκεται να ανατεθούν με τη διαδικασία αυτή εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, περίπτωση, πάντως που δεν συντρέχει στην εδώ εξεταζόμενη περίπτωση, αφού η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται, του ΦΠΑ μη συμπεριλαμβανομένου, στις 201.612,90€.

11. Επειδή, εξάλλου, με τις διατάξεις της παρ. 10 του άρθρου 14 του ν. 4332/2015, όπως έκτοτε έχει τροποποιηθεί με σειρά διατάξεων, με τελευταία αυτή της παρ. 1 του άρθρου 122 του ν. 4636/2019, ορίστηκαν τα εξής: «... Τα Ν.Π.Δ.Δ., οι Ο.Τ.Α. α' και β' βαθμού, στα διοικητικά όρια των οποίων λειτουργούν ***** ή διαθέτουν χώρους για την ***** αυτών, δύνανται για την αντιμετώπιση έκτακτων και επείγουσών αναγκών, κατά παρέκκλιση κάθε αντίθετης διάταξης, να προβαίνουν σε όλες τις αναγκαίες ενέργειες και να συνάπτουν με τρίτους συμβάσεις εκτέλεσης έργων, παροχής υπηρεσιών, προμήθειας αγαθών ή μισθώσεων κινητών και ακινήτων σε ό,τι αφορά την ***** αποκλειστικά για την κάλυψη αναγκών προσωρινής στέγασης, τη λειτουργία των ανωτέρω εγκαταστάσεων, τη μεταφορά από τα σημεία άφιξης ή προσωρινής

διαμονής προς ή *****, οι οποίες βρίσκονται εντός και εκτός των γεωγραφικών τους ορίων, τη σίτιση, την άμεση ιατροφαρμακευτική περίθαλψη, τα έξοδα ταφής, τη διαχείριση ανθρωπιστικής βοήθειας και κάθε προσφοράς σε χρήμα ή είδος, τη διαχείριση, μεταφορά, αποθήκευση και διανομή αυτής, μεταφορά **** για εκπαιδευτικούς λόγους, καθώς και κάθε άλλη απολύτως αναγκαία για την εξυπηρέτηση των ανωτέρω σκοπών δαπάνη. ... Η διαδικασία σύναψης των συμβάσεων των προηγούμενων εδαφίων, καθώς και των αντίστοιχων συμβάσεων των Υπουργείων και των Αποκεντρωμένων Διοικήσεων δύναται, για λόγους κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, λαμβανομένων υπ' όψιν και λόγων δημόσιας τάξης, οι οποίοι ειδικώς αιτιολογούνται, να διενεργείται κατόπιν διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης της εθνικής νομοθεσίας, με την επιφύλαξη εφαρμογής της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις. Μέχρι τις 31.12.2020 οι συμβάσεις αυτές θεωρούνται ότι καλύπτουν την προϋπόθεση των σχετικών διατάξεων περί συνδρομής έκτακτης και κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις αναθέτουσες αρχές, που δεν απορρέουν από δική τους ευθύνη, κατά παρέκκλιση της υποπερίπτωσης δδ' περίπτωση γ', παράγραφος 2 του άρθρου 2 του ν. 4013/2011 (Α' 204)...».

12. Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις συνάγεται ότι μέχρι τις 31-12-2020 για κάθε σύμβαση έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, μεταξύ άλλων, σχετικά με τη **** και εν γένει σε ό, τι αφορά τη μεταφορά τους από τα σημεία ****, καθώς και κάθε άλλη απολύτως αναγκαία δαπάνη για τους σκοπούς αυτούς δύναται να διεξάγεται με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης γενικής και ειδικής διάταξης της εθνικής νομοθεσίας, τεκμαίρεται ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις των σχετικών διατάξεων περί συνδρομής έκτακτης και κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις αναθέτουσες αρχές, που δεν απορρέουν από δική τους ευθύνη, και εφόσον επιλέγεται για την ανάθεσή τους, μεταξύ άλλων, διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, δεν απαιτείται προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ). Τούτων, έπεται ότι για την ανάθεση των συμβάσεων αυτών νομίμως μπορεί να επιλέγεται διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς

Αριθμός απόφασης: 376 / 2021

δημοσίευση προκήρυξης, χωρίς άλλες διατυπώσεις, αρκεί να προκύπτει από τη σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής ότι αφορούν την κάλυψη των ως άνω σκοπών.

13. Επειδή, περαιτέρω, με τις διατάξεις του άρθρου 96 του 4368/2016, όπως έκτοτε έχει τροποποιηθεί με σειρά διατάξεων, με τελευταίες αυτές του άρθρου 57 του ν. 4686/2020 (ΦΕΚ Α 96/12.5.2020), ορίστηκαν τα εξής: «1. Από την ημερομηνία έναρξης ισχύος του παρόντος νόμου και μέχρι τις 31.12.2021, το Δημόσιο, οι δημόσιες υπηρεσίες, επιχειρήσεις και οργανισμοί κοινής ωφέλειας προβαίνουν στις ενέργειες αρμοδιότητάς τους, που είναι απαραίτητες για την αντιμετώπιση της απρόβλεπτης αύξησης των προσφυγικών - μεταναστευτικών ροών και της συνακόλουθης ****. 2. Οι φορείς της παραγράφου 1 δύνανται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης: α. Να προβαίνουν σε όλες τις απαραίτητες ενέργειες ή να συνάπτουν με τρίτους συμβάσεις εκτέλεσης έργων, παροχής υπηρεσιών, προμήθειας αγαθών ή μισθώσεων για την αντιμετώπιση των προβλημάτων που προκύπτουν από την ****, ιδίως σχετικά με την **** της παραγράφου 4 του άρθρου 8 του ν. 4375/2016, των *****. Η διαδικασία σύναψης των προηγούμενων συμβάσεων δύναται, λαμβανομένων υπόψη και λόγων εθνικής ασφάλειας ή δημόσιας τάξης, οι οποίοι ειδικώς αιτιολογούνται, να διενεργείται, ανεξαρτήτως ποσού, κατόπιν διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για την αντιμετώπιση της έκτακτης και απρόβλεπτης αύξησης των προσφυγικών-μεταναστευτικών ροών και της συνακόλουθης επιδείνωσης της προσφυγικής-μεταναστευτικής κρίσης, και στο μέτρο που αυτό είναι αναγκαίο, με την επιφύλαξη εφαρμογής της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις. β. Ειδικότερα το ****, τις λοιπές δημόσιες υπηρεσίες και αρχές, καθώς και τους κοινωνικούς φορείς και μη κυβερνητικές οργανώσεις που επικουρούν τη λειτουργία των ****, αποκλειστικά σε ό,τι αφορά στη μεταφορά, διαμονή, σίτιση και υγειονομική περίθαλψη των ****, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στην περίπτωση α` της παραγράφου αυτής. Στο ***** προς εξυπηρέτηση των σκοπών του προηγούμενου εδαφίου. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Προστασίας του Πολίτη, Εθνικής Άμυνας, Εσωτερικών και Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής καθορίζονται οι αρμοδιότητές του, η στελέχωσή του και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια. Με όμοιες αποφάσεις συστήνονται ****, όπου

απαιτείται, και καθορίζονται ομοίως οι αρμοδιότητές τους, η στελέχωσή τους και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια. ...».

14. Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις συνάγεται ότι και το ****, αφού ανήκει στους φορείς του δημοσίου δύναται μέχρι τις 31.12.2021, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης, επομένως και της υποπερίπτωσης δδ' περίπτωση γ', παράγραφος 2 του άρθρου 2 του ν. 4013/2011, περί προηγούμενης σύμφωνης γνώμης της ΕΑΑΔΗΣΥ περί συνδρομής έκτακτης και κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις αναθέτουσες αρχές, που δεν απορρέουν από δική τους ευθύνη, να συνάπτει με τρίτους συμβάσεις για την αντιμετώπιση των προβλημάτων που προκύπτουν από την αύξηση των μεταναστευτικών - προσφυγικών ροών, ακόμα και με διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης. Εξάλλου, ως εκ της γραμματικής ερμηνείας της λέξης «ιδίως» στη διάταξη της μετά την τελευταία τροποποίηση παρ. 1 του άρθρου 96 του ν. 4368/16, συνάγεται ότι στην ως άνω διαδικασία δύνανται οι φορείς του δημοσίου, επομένως και ****, ως εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή, να προβαίνουν για τη σύναψη συμβάσεων που αφορούν όχι κατ' αποκλειστικότητα τη **** και των ανοιχτών δομών προσωρινής υποδοχής και φιλοξενίας προσφύγων και μεταναστών σε ό, τι αφορά, μεταξύ άλλων, τη ****, αλλά γενικότερα για την αντιμετώπιση των προβλημάτων που προκύπτουν από την αύξηση των ****. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει η προσφεύγουσα είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Από τις ως άνω διατάξεις, τέλος, σε συνδυασμό με τις διατάξεις της παρ. 10 του άρθρου 14 του ν. 4332/2015, όπως ισχύουν (βλ. σκ. 11 της παρούσας), συνάγεται ότι για την επιλογή της εξαιρετικής διαδικασίας ανάθεσης της διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, τότε μόνον τεκμαίρεται ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις των σχετικών διατάξεων περί συνδρομής έκτακτης και κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις αναθέτουσες αρχές, εφόσον οι συμβάσεις αυτές αφορούν αποκλειστικά τη λειτουργία των **** και εν γένει τη μεταφορά τους από τα σημεία άφιξης ή διαμονής τους, τη διαμονή, σίτιση, την υγειονομική περίθαλψή τους. Σε όλες τις άλλες περιπτώσεις, που σχετίζονται με την αντιμετώπιση των προβλημάτων που προκύπτουν από την αύξηση των **** θα πρέπει από τα έγγραφα της σύμβασης να αιτιολογείται ειδικώς η επιλογή αυτή. Θα πρέπει, δηλαδή, η

επιλογή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση να προκύπτει αιτιολογημένα ότι είναι αναγκαία για την αντιμετώπιση της έκτακτης και απρόβλεπτης αύξησης των προσφυγικών-μεταναστευτικών ροών και της συνακόλουθης επιδείνωσης της προσφυγικής-μεταναστευτικής κρίσης.

15. Επειδή, τέλος, στην παρ. 4 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, μεταξύ άλλων, ορίζονται τα εξής: «4. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών: α) ... β) για συμπληρωματικές παραδόσεις που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή και προορίζονται είτε για τη μερική αντικατάσταση αγαθών ή εγκαταστάσεων είτε για επέκταση υφιστάμενων αγαθών ή εγκαταστάσεων, εφόσον η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να αποκτήσει αγαθά με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά τα οποία θα προκαλούσαν ασυμβατότητα ή δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες στη χρήση και τη συντήρηση η διάρκεια αυτών των συμβάσεων, καθώς και των επαναλαμβανόμενων συμβάσεων, δεν υπερβαίνει κατά κανόνα τα τρία έτη, ...». Κατά την έννοια, των ανωτέρω διατάξεων, την εξαιρετική διαδικασία με διαπραγμάτευση δύνανται οι αναθέτουσες αρχές να επιλέγουν εφόσον σωρευτικά, σκοπείται η επέκταση υφιστάμενων αγαθών, που επιβάλλεται να εκτελέσει ο ίδιος προμηθευτής, ώστε να μην προκαλούνται ασυμβατότητες ή δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες στη χρήση και τη συντήρηση των αρχικών και κατ' επέκταση συμβάσεων, ακόμα και επαναλαμβανόμενων, που σε κάθε περίπτωση δεν πρέπει να υπερβαίνουν, κατά κανόνα τα τρία έτη. Από τις διατυπώσεις των ως άνω διατάξεων, ωστόσο, δεν συνάγεται ότι τυγχάνουν εφαρμογής για την απλή επαύξηση της ποσότητας των αρχικά παραδοθέντων αγαθών ή εγκαταστάσεων. Αντιθέτως, συνάγεται ότι τότε μόνον μπορεί να επιλέγεται ο ίδιος προμηθευτής, όταν οι συμπληρωματικές παραδόσεις αφορούν είτε αντικατάσταση των αρχικά παραδοθέντων αγαθών είτε επέκτασή τους κατά ορισμένη επιπλέον ιδιότητα, εφαρμογή ή κατασκευή.

16. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα εξής: Όπως ορίζεται στον όρο 3.1. της προσβαλλόμενης πρόσκλησης με τίτλο «είδος διαδικασίας»: «Η σύμβαση θα υλοποιηθεί με την εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς

δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού*****, δηλαδή χωρίς την τήρηση των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας για τη δημοσιότητα και τον ανταγωνισμό, καθότι τα προσφερόμενα συστήματα καλύπτουν *****, σύμφωνα με τις προβλέψεις περίπτωσης γ' της παραγράφου 2 και της περίπτωσης β' της παραγράφου 4 του άρθρου 32 του σχετικού (δ), ως προς την οποία η διάταξη του άρθρου 96 του ν. 4368/2016 λειτουργεί συμπληρωματικά, κατά παρέκκλιση του άρθρου 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ υποπερίπτωση δδ του ν. 4013/2011, που εκδόθηκαν για την επιλογή της διαδικασίας μέσω της οποίας θα υλοποιηθεί η σχετική σύμβαση προμήθειας. Ειδικότερα, η εν λόγω διαδικασία χρησιμοποιείται για την υπόψη δημόσια σύμβαση προμήθειας, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή και για συμπληρωματικές παραδόσεις. Ειδικότερα: α. Υφίσταται ιδιαίτερα μεγάλη αύξηση των ***προς *****, κατά τους τελευταίους μήνες του τρέχοντος έτους και την αδήριτη και επείγουσα ανάγκη ανάσχεσης τους. Οι ροές *****, που θα επιχειρήσουν να διασχίσουν τα θαλάσσια σύνορα της χώρας συνιστούν εξ ορισμού απρόβλεπτο γεγονός. β. Ο άμεσος εξοπλισμός των μονάδων του *****, αποτελεί αναγκαίο, κατάλληλο και αναλογικό μέτρο για τη βελτιστοποίηση των δυνατοτήτων *** και αναγνώρισης στόχων, για την πλέον αποτελεσματική συνδρομή στην αντιμετώπιση της απρόβλεπτης αύξησης των *****. Ειδικότερα θα αποτελέσει μοναδικό μέσο, το οποίο θα προσδώσει την δυνατότητα έγκαιρου εντοπισμού και αναγνώρισης στόχων (*****, συμβάλλοντας στην προσπάθεια *****. γ. Πρόκειται για παραδόσεις συμπληρωματικής φύσης, οι οποίες προορίζονται για την επέκταση ήδη ανατεθείσας σύμβασης για την προμήθεια *****, με την προμήθεια αγαθών όμοιων με αυτά που περιλαμβάνονταν στην τεχνική και οικονομική προσφορά του αναδόχου της αρχικής προμήθειας, επομένως υπάρχει συμφωνία με την πρώτη προϋπόθεση. δ. Η σύμβαση θα ανατεθεί με επιπλέον αμοιβή, στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης προμήθειας, με τον οποίο πρόκειται να γίνει η διαπραγμάτευση. ε. Η επιλογή κάποιου άλλου προμηθευτή για την προμήθεια των υπό εξέταση *****, θα οδηγούσε στην προμήθεια υλικού με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, η οποία θα είχε ως αποτέλεσμα τη πρόκληση δυσανάλογων τεχνικών δυσχερειών τόσο στην χρήση όσο και στην παροχή τεχνικής υποστήριξης σε αυτά, κατά τη διάρκεια του χρόνου της εγγύησης καλής λειτουργίας, αλλά και μετά από αυτόν, καθ' όλη τη διάρκεια της ωφέλιμης διάρκειας ζωής τους στ. Το σύνολο της διάρκειας της

αρχικής και της συμπληρωματικής σύμβασης δεν υπερβαίνει την τριετία». Εξάλλου, στο Παράρτημα Ε της πρόσκλησης, μεταξύ άλλων, ορίζονται τα εξής: «1. ... Αντικείμενο της παρούσας Τεχνικής Προδιαγραφής είναι ο καθορισμός των απαιτήσεων της ***. Σκοπός της παρούσας **** είναι ο καθορισμός των τεχνικών όρων και απαιτήσεων που θα πληρούν τα υπό προμήθεια Συστήματα, τα οποία προορίζονται να εγκατασταθούν σε μονάδες του *****... 3. ΤΑΞΙΝΟΜΗΣΗ. Ο εξοπλισμός που περιγράφεται στην παρούσα Προδιαγραφή, αφορά ****» και ο κωδικός κλάσης ****». ... 4.1 Το διασυνδεδεμένο σύστημα θα αποτελείται από τις ακόλουθες βασικές μονάδες: 4.1.1 Κεφαλή αισθητήρων (Sensor head) ... 4.1.2 Κατάλληλο σύστημα έδρασης (pan tilt) του συστήματος ... 4.1.3 Παρελκόμενες μονάδες Θα πρέπει να έχει μονάδες/υλικά όπως *****, καλωδιώσεις καθώς και το σύνολο των παρελκομένων υλικών που απαιτούνται για την ορθή λειτουργία του συστήματος. 4.1.4 Κονσόλα χειρισμού Ο χειρισμός του συστήματος θα δύναται να εκτελεστεί από κατάλληλο *****, μέσω του λογισμικού χειρισμού του. Το λογισμικό θα παρέχει στον χρήστη δυνατότητες αναφορικά με το χειρισμό / ρυθμίσεις / ελέγχους του συστήματος και τη συνεχή απεικόνιση όλων των πληροφοριών από το σύνολο των αισθητήρων. ... 4.3 Το σύστημα θα πρέπει να παρέχει τη δυνατότητα εκτέλεσης ελέγχων λειτουργικότητας και αυτοδιάγνωσης δυσλειτουργιών. ... 4.8.10 Το σύστημα θα πρέπει να διαθέτει δυνατότητα απομακρυσμένου ελέγχου / τηλεχειρισμού μέσω δικτύου TCP/IP. ... 4.8.12 Το σύστημα θα πρέπει να διαθέτει δυνατότητα διασύνδεσης και συνεργασίας με άλλα συστήματα όπως radar κ.α. ... 5. ΓΕΝΙΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ. α. Το υπό προμήθεια σύστημα θα είναι καινούργιο, αμεταχειριστο, σύγχρονης τεχνολογίας και σχεδίασης, το μοντέλο δεν θα υπόκειται σε κατάργηση για χρονικό διάστημα μικρότερο της εγγύησης [δώδεκα (12) μήνες] και θα υπάρχει διαθεσιμότητα ανταλλακτικών για τουλάχιστον δέκα (10) έτη. β. Ο Προμηθευτής / Ανάδοχος είναι υπεύθυνος για τον ολοκληρωτικό συνολικό σχεδιασμό και την καταλληλότητα, αξιοπιστία του συστήματος, ακόμα και για τα τμήματα, που προμηθεύονται και ολοκληρώνονται (Integrate) στο σύστημα από άλλους κατασκευαστές. γ. Όλες οι σχετικές εργασίες τοποθέτησης, προγραμματισμού, ενεργοποίησης και ελέγχων θα πρέπει να συμμορφώνονται με τους νόμους και τις διατάξεις που ισχύουν στην Ελλάδα, τους κανόνες καλής πρακτικής (good engineering practice) και τις απαιτήσεις της παρούσης Τ.Π. ...». Σύμφωνα, με το Παράρτημα Α τέλος της Πρόσκλησης, με τίτλο

Αριθμός απόφασης: 376 / 2021

«ΣΥΜΒΑΤΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ», το υπό προμήθεια είδος περιγράφεται ως «Ηλεκτροοπτικό Σύστημα *** *****», ενώ η ζητούμενη ποσότητα ανέρχεται σε τεμάχια 2.

17. Επειδή, από τους παραπάνω όρους της προσβαλλόμενης πρόσκλησης και των παραρτημάτων αυτής, δεν προκύπτει ότι με την προβαλλόμενη πρόσκληση ζητείται η προμήθεια ενός ή περισσότερων ηλεκτροοπτικών συστημάτων σε αντικατάσταση ή επέκταση κατά ορισμένη ιδιότητα, εφαρμογή ή κατασκευή των **** που με την πραγματοποιηθείσα τον Φεβρουάριο του έτους 2020 διαδικασία **** προμηθεύτηκε, αλλά κατ' ουσίαν ζητείται η επιπλέον **** (βλ. Πίνακα προς προμήθεια συστημάτων αρχικής προμήθειας). Τα νέα υπό προμήθεια συστήματα, εξάλλου, δεν προκύπτει ότι απαιτείται να διαλειτουργούν μεταξύ τους, ούτε **** της αρχικής προμήθειας, ούτε περιλαμβάνονται απαιτήσεις συμβατότητας με αυτά. Αντιθέτως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, τα νέα συστήματα προκύπτει ότι μπορούν να λειτουργούν αυτόνομα το καθένα και αυτόνομα έναντι των συστημάτων της αρχικής προμήθειας, η δε δυνατότητα απομακρυσμένου ελέγχου/τηλεχειρισμού μέσω δικτύου TCP/IP που πρέπει να έχουν δεν συνεπάγεται τον χειρισμό τους από «ενιαία κονσόλα εντός λεκανοπεδίου Αττικής», όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, αλλά το χειρισμό τους το καθένα από κατάλληλο Η/Υ (desktop – laptop), μέσω του λογισμικού χειρισμού του. Και υπό την εκδοχή, όμως, ότι αυτή ήταν η αληθής επιθυμία της αναθέτουσας αρχής και ότι τα πέντε (5) αρχικά, πλέον των δύο (2) συμπληρωματικών, ηλεκτροοπτικά συστήματα θα χειρίζονται απομακρυσμένα από ενιαία κονσόλα, τούτο δεν σημαίνει ότι το σύστημα ενός άλλου κατασκευαστή, το οποίο πληροί το σύνολο των προδιαγραφών, δεν μπορεί να διαλειτουργεί σε ενιαία κονσόλα με τα συστήματα της αρχικής προμήθειας. Εξάλλου, στις προδιαγραφές της ελεγχόμενης προμήθειας προβλέπεται ότι «4.8.12 Το σύστημα θα πρέπει να διαθέτει δυνατότητα διασύνδεσης και συνεργασίας με άλλα συστήματα όπως radar κ.α.» και «5.3.3 Το λειτουργικό σύστημα που απαιτείται για την εφαρμογή του λογισμικού θα είναι ευρείας αποδοχής και τυχόν επιμέρους εφαρμογές θα είναι απόλυτα συμβατές με αυτό. 5.3.4 Το λογισμικό του συστήματος θα είναι κατάλληλης αρχιτεκτονικής ώστε να επιτρέπει πιθανές μελλοντικές προσθήκες / αναβαθμίσεις.». Δοθέντος δε, ότι οι προδιαγραφές των συστημάτων της αρχικής

προμήθειας είναι ίδιες με αυτές της ελεγχόμενης, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι η προμήθεια επιπλέον όμοιων συστημάτων από διαφορετικό κατασκευαστή της αρχικής προμήθειας θα οδηγούσε στην προμήθεια υλικού με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, η οποία θα είχε ως αποτέλεσμα τη πρόκληση δυσανάλογων τεχνικών δυσχερειών τόσο στην χρήση όσο και στην παροχή τεχνικής υποστήριξης σε αυτά, παρίσταται ανεπαρκώς αιτιολογημένη. Κατά συνέπεια, η επίκληση των διατάξεων της περίπτωσης β' της παραγράφου 4 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 για την αιτιολόγηση κίνησης διαδικασίας διαπραγμάτευσης απευθυνόμενης μόνον στον ανάδοχο της αρχικής προμήθειας για την προμήθεια των επίμαχων ηλεκτροπτικών συστημάτων είναι μη νόμιμη. Περαιτέρω, από τις στην προηγούμενη σκέψη διατυπώσεις της προσβαλλόμενης πρόσκλησης και όσα διατυπώνει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, δεν αιτιολογείται επαρκώς η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση, και μάλιστα απευθυνόμενης μόνον στον προμηθευτή της αρχικής προμήθειας, ούτε και με βάση τις προβλέψεις της περίπτωσης γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρου 96 του ν. 4368/2016, όπως ισχύει. Καταρχάς, το αντικείμενο της σύμβασης δεν αφορά τη ****, ούτε η διευκόλυνση της μεταφοράς τους από θαλάσσης, εμπεριέχεται στην έννοια της μεταφοράς τους από τα σημεία άφιξης ή διαμονής τους, ώστε η επίμαχη προμήθεια να καταλαμβάνεται από το τεκμήριο των διατάξεων της παρ. 10 του άρθρου 14 του ν. 4332/2015, ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις των σχετικών διατάξεων περί συνδρομής έκτακτης και κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις αναθέτουσες αρχές. Όσα δε περί του αντιθέτου υπολαμβάνει η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της είναι απορριπτικά ως αβάσιμα. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή δεν επικαλείται ότι στην προκειμένη περίπτωση λόγοι δημοσίας τάξης ή εθνικής ασφάλειας, επιτάσσουν η ανάθεση της συγκεκριμένης προμήθειας να διεξαχθεί μέσω της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, όπως προβλέπει η διάταξη του άρθρου 96 του ν. 4368/2016. Εξάλλου, η γενική και αόριστη επίκληση της ύπαρξης αυξημένων προσφυγικών ροών, δεν μπορεί να θεωρηθεί πλήρης, ειδική και επαρκής αιτιολογία της αναγκαιότητας επιλογής της εξαιρετικής διαδικασίας της διαπραγμάτευσης. Και τούτο διότι, το προσφυγικό ζήτημα το οποίο έχει εμφανιστεί εδώ και πολλά χρόνια και αντιμετωπίζεται από την αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να θεωρηθεί

αιφνίδιο γεγονός, η δε αναθέτουσα αρχή δεν αποδεικνύει ότι κατά την παρούσα χρονική στιγμή συντρέχει τέτοια έξαρση του φαινομένου που αδυνατεί να τηρήσει τις προθεσμίες του ανοιχτού διαγωνισμού, έστω συντετμημένες, για την κάλυψη της ανάγκης της σε επιπλέον ηλεκτροπτικά συστήματα. Απεναντίας, όπως στις απόψεις της αναφέρει «Εξακολουθούν να υφίστανται σημαντικές προσφυγικές ροές προς τις **** κατά τους τελευταίους μήνες του 2020 (οι οποίες αναμένεται να αυξηθούν σημαντικά με την βελτίωση των καιρικών συνθηκών κατά τους εαρινούς μήνες του 2021), καθώς και αδήριτη και επείγουσα ανάγκη ανάλυσης αυτών». Με άλλα λόγια, η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί ότι οι ήδη υπάρχουσες σημαντικές **** εξακολουθούν να υφίστανται, συνεπώς κατά τον χρόνο που εκδίδεται η προσβαλλόμενη πρόσκληση η παρουσία τους δεν συνιστά ένα απρόβλεπτο γεγονός, η δε αύξησή τους κατά τους θερινούς μήνες είναι αναμενόμενη, κάτι άλλωστε που κατά κοινή πείρα λαμβάνει χώρα συνεχώς τα τελευταία χρόνια, συνεπώς ομοίως δεν μπορεί βάσιμα να ισχυριστεί ότι η αναμενόμενη αύξησή τους κατά τους θερινούς μήνες συνιστά απρόβλεπτο γεγονός, που χωρίς υπαιτιότητά της, δεν μπορούσε να αντιμετωπιστεί εγκαίρως με άλλον τρόπο, παρά μόνον με τη κίνηση διαδικασίας διαπραγμάτευσης για την επίμαχη προμήθεια. Λαμβάνοντας υπόψη, τέλος, ότι με την εγκριθείσα με τη με αριθμό **** όμοια με την προσβαλλόμενη πρόσκληση, η αναθέτουσα αρχή επικαλέστηκε την ανάγκη να καλυφθούν οι «άμεσες και επιτακτικές ανάγκες επαύξησης δυνατοτήτων *** των ****, στο πλαίσιο της ανάλυσης των αυξημένων προσφυγικών ροών», προκειμένου να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 96 του ν. 4368/2016, 14 του ν. 4332/2015, 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016 και 122 του ν. 4636/2019, για την προμήθεια των ****, για την εκ νέου προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία, μετά ορισμένους μήνες, δεν αρκεί η αναφορά στους ίδιους λόγους που την οδήγησαν να προσφύγει για πρώτη φορά στη διαδικασία αυτή, αλλά πρέπει να βεβαιώνεται αιτιολογημένα ότι οι ανωτέρω λόγοι (αρχικοί ή νέοι) συντρέχουν και για την εκ δευτέρου προσφυγή στη διαδικασία αυτή (ΣΤΕ 1747/2011). Κατά συνέπεια, η εκ νέου επίκληση των αυξημένων *****, χωρίς πλήρη και επαρκή αιτιολόγηση ότι αυτές αιφνιδίως αυξήθηκαν έναντι των ροών που εμφανίζονται τα τελευταία χρόνια ή έστω αυτών που υπήρχαν κατά τα τέλη του έτους 2019, οπότε κινήθηκε η πρώτη ως άνω εξαιρετική διαδικασία, δεν συνιστά επαρκή αιτιολογία για την εκ νέου προσφυγή

Αριθμός απόφασης: 376 / 2021

σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση για την κάλυψη της ίδιας ανάγκης της αναθέτουσας αρχής κατά τις διατάξεις των άρθρων 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 96 του ν. 4368/2016, η δε μόνη αναφορά ότι «Υφίσταται ιδιαίτερα *****, κατά τους τελευταίους μήνες του τρέχοντος έτους και την αδήριτη και επείγουσα ανάγκη ανάσχεσης τους», που, καίτοι αμφισβητείται κατά τρόπο ορισμένο από την προσφεύγουσα με την επίκληση στοιχείων από δημοσιευμένα στοιχεία Διεθνών Οργανισμών, δεν τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή, δεν αρκεί.

18. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, δεν αιτιολογείται πλήρως και ειδικώς η προσφυγή του **** στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 της παρ. 2, περίπτωση γ), ούτε της παρ. 4 περ. β του ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 96 του ν. 4368/2016 για την επίμαχη συμπληρωματική προμήθεια ****, εκτιμώμενου προϋπολογιζόμενου κόστους 400.000,00 ευρώ, (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, άνευ ΦΠΑ), με συνέπεια η προσβαλλόμενη πρόσκληση σε διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την ανάδειξη αναδόχου της επίμαχης σύμβασης να παρίσταται μη νόμιμη και ως εκ τούτου ακυρωτέα.

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

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την εγκριθείσα με τη με αριθμό **** πρόσκληση σε διαπραγμάτευση σύμφωνα με το άρθρο 32 του ν. 4412/2016 για την σύναψη σύμβασης με αντικείμενο τη συμπληρωματική προμήθεια ****, εκτιμώμενου προϋπολογιζόμενου κόστους 400.000,00 ευρώ, (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, άνευ ΦΠΑ).

Αριθμός απόφασης: 376 / 2021

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 4 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 24 Φεβρουαρίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου