

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) 446/23.03.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., οδός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά α) της με αριθμ. πρωτ ... πρόσκλησης διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΑΤΑΣΤΡΩΜΑΤΟΣ ΟΔΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ... ΠΟΥ ΕΠΛΗΓΗ ΑΠΟ ΤΗ ΦΥΣΙΚΗ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΗ ΤΗΣ 6ης – 7ης ΝΟΕΜΒΡΙΟΥ 2020» (εφεξής η «πρώτη προσβαλλόμενη»), β) της υπ' αριθμ. 357/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί ανάκλησης της υπ' αριθμ. 213/2021 απόφασης και διόρθωσης της υπ' αριθμ. 140/2021 απόφασης αναφορικά με την έγκριση των όρων δημοπράτησης του έργου (εφεξής η «δεύτερη προσβαλλόμενη») και γ) της υπ' αριθμ. 140/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, επιλογής της Επιτροπής Διαγωνισμού και έγκρισης των όρων της πρόσκλησης (εφεξής η «τρίτη προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στη ..., οδός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες.

Αριθμός απόφασης: 668/2022

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 2.220 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 23.03.2022 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 443.548,39 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με την τρίτη προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 140/16.06.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκαν η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σχετικής προκήρυξης για την εκτέλεση του έργου «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΑΤΑΣΤΡΩΜΑΤΟΣ ΟΔΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ... ΠΟΥ ΕΠΛΗΓΗ ΑΠΟ ΤΗ ΦΥΣΙΚΗ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΗ ΤΗΣ 6ης – 7ης ΝΟΜΕΒΡΙΟΥ 2020», σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 (γ) και 32Α του Ν. 4412/2016, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης και οι όροι της σχετικής πρόσκλησης. Περαιτέρω, με τη δεύτερη προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 357/21.12.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής διορθώθηκε η τρίτη προσβαλλόμενη υπ' αρ. 140/2021 απόφαση ως προς το σκέλος που αφορά στον καθορισμό των όρων της πρόσκλησης ώστε να επικαιροποιηθούν, σύμφωνα με τις τροποποιήσεις που επήλθαν στο Ν. 4412/2016 με το Ν. 4782/2021, με ισχύ από 01-09-2021. Τέλος, με τη με αριθμ. πρωτ. ... πρόσκληση η αναθέτουσα αρχή κάλεσε τον παρεμβαίνοντα και τους οικονομικούς φορείς «...» και «...» να υποβάλλουν προσφορές για το έργο «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΑΤΑΣΤΡΩΜΑΤΟΣ ΟΔΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ... ΠΟΥ

Αριθμός απόφασης: 668/2022

ΕΠΛΗΓΗ ΑΠΟ ΤΗ ΦΥΣΙΚΗ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΗ ΤΗΣ 6ης – 7ης ΝΟΕΜΒΡΙΟΥ 2020», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 (γ) και 32Α του Ν.4412/2016. Επισημαίνεται ότι ο διαγωνισμός διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της πρόσκλησης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 15.03.2022 με ΑΔΑΜ ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή α) έχει ασκηθεί μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ λαμβανομένου υπόψη ότι, εν προκειμένω, η προσφυγή δεν ασκείται στα πλαίσια ηλεκτρονικά διεξαγόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, β) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ στις 23.03.2022, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η πρώτη προσβαλλόμενη πρόσκληση δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 15.03.2022, την αυτή δε ημέρα ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση των έτερων δυο προσβαλλόμενων, οι δε περί του αντιθέτου ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος περί εκπρόθεσμης προσβολής των δεύτερης και τρίτης προσβαλλόμενων τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι αλλά και αλυσιτελείς κατα τα εκτεθέντα υπό σκέψη 12, και γ) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 24.03.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 628/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 668/2022

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 4.04.2022 απέστειλε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

9. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 4.04.2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1933/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει υποβάλει προσφορά στο διαγωνισμό και εύλογα επιδιώκει τη διατήρηση των προσβαλλόμενων.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 11.04.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή σύμφωνα με το νομοθετικό πλαίσιο που ρυθμίζει την έννομη προστασία κατά το στάδιο σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αρμοδιότητα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ ως προς την εξέταση και την κρίση επί προδικαστικών προσφυγών περιορίζεται αποκλειστικά και μόνον στις προδικαστικές προσφυγές που αφορούν στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του νόμου 4412/2016. Το δε εννοιολογικό εύρος της διαδικασίας ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 δεν επαφίεται στην κρίση των οικονομικών φορέων, του αναθέτοντος φορέα ή της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, αλλά ρυθμίζεται περιοριστικά και ρητά σύμφωνα με τον ίδιο τον ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εκ των άρθρων 61 και 120 του ν. 4412/2016 προκύπτει σαφώς ότι η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης εκκινεί από την ημερομηνία αποστολής από την αναθέτουσα αρχή προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης υποβολής προσφοράς ή της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση. Συνεπώς, εκ των προεκτεθέντων συνάγεται ότι η έναρξη της διαδικασίας

Αριθμός απόφασης: 668/2022

ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 εκκινεί από συγκεκριμένη πράξη του δημόσιου φορέα, ήτοι την ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης υποβολής προσφοράς ή της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση και δεν εκτείνεται αδιακρίτως σε οποιαδήποτε πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, η οποία μπορεί να συσχετίζεται μεν με κάποιο τρόπο με την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αλλά όμως δεν μπορεί να ενταχθεί στην διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το κριτήριο του ίδιου του νόμου. Εν προκειμένω, με τις δεύτερη και τρίτη προσβαλλόμενες αποφάσεις εγκρίνεται από την αναθέτουσα αρχή η εκτέλεση του έργου με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2γ του Ν. 4412/2016, καθορίζονται οι όροι της πρόσκλησης διαπραγμάτευσης και συγκροτείται η επιτροπή διεξαγωγής της διαδικασίας διαπραγμάτευσης. Επομένως, οι εν λόγω προσβαλλόμενες αποφάσεις δεν συνιστούν αποφάσεις που εντάσσονται σε διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016 κατά την έννοια του νόμου αυτού, ώστε να μπορεί να προσβληθούν παραδεκτά ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Και τούτο διότι, οι δεύτερη και τρίτη προσβαλλόμενες αποφάσεις ως εκ του σαφούς περιεχομένου τους είναι προγενέστερες και δεν συνιστούν ούτε μπορεί να ερμηνευτούν ως η πρώτη πρόσκληση υποβολής προσφοράς ή πρώτη πρόσκληση συμμετοχής σε διαπραγμάτευση, από την οποία ρητά σύμφωνα με τον νόμο εκκινεί η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 1436/2021, 126/2021, 1620/2020), αλλά αντίθετα είναι αποφάσεις προαπαιτούμενες, προκειμένου ακριβώς μετά από αυτές να επακολουθήσει νόμιμα και παραδεκτά η έναρξη της σκοπούμενης διαδικασίας ανάθεσης του επίμαχου δημόσιου έργου ακριβώς με την πρόσκληση υποβολής προσφορών, ήτοι την πρώτη προσβαλλόμενη, αφ' ής άρχεται η διαδικασία ανάθεσης και συνακόλουθα η αρμοδιότητα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Κατά συνέπεια, εν προκειμένω, η μόνη παραδεκτά προσβαλλόμενη πράξη είναι η με αριθμ. πρωτ ... πρόσκληση διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την επιλογή αναδόχου κατασκευής έργου, απαραδέκτως δε ο προσφεύγων

Αριθμός απόφασης: 668/2022

στρέφεται κατά των υπ' αριθμ. 357/2021 και 140/2021 αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής. Ενόψει δε των προεκτεθέντων, αφενός μεν οι αιτιάσεις του παρεμβαίνοντος περί βλάβης του προσφεύγοντος μόνον από τις προηγηθείσες της πρόσκλησης αποφάσεις τυγχάνουν απορριπτέες ως αβάσιμες, αφετέρου οι ισχυρισμοί του περί απαράδεκτης προσβολής από τον προσφεύγοντα της υπ' αριθμ. 357/2021 απόφασης λόγω αντικατάστασής της από την υπ' αριθμ. 32/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής τυγχάνουν απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι.

13. Επειδή ο προσφευγων θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίσης προσφυγής κατά της πρώτης προσβαλλόμενης πρόσκλησης καθώς είναι εργοληπτική επιχείρηση, εγγεγραμμένη στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (με αριθμό 29718), δραστηριοποιείται στον χώρο των δημοσίων και ιδιωτικών έργων και ισχυρίζεται ότι, αν και διαθέτει όλα τα προσόντα προς υλοποίηση του υπό ανάθεση έργου, δεν κατέστη δυνατό να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό, διότι η αναθέτουσα αρχή επέλεξε να μην διεξάγει ανοικτή διαδικασία υποβολής προσφορών αλλά επέλεξε την διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση καλώντας μόνον τον παρεμβαίνοντα και έτερους δυο οικονομικούς φορείς.

14. Επειδή το άρθρο 32 του ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής : « 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: [...] 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 [...]».

15. Επειδή το άρθρο 32Α του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Εξαιρούνται της υποχρεωτικής εφαρμογής της παρ. 1 του άρθρου 22, περί κανόνων που εφαρμόζονται στις επικοινωνίες, του άρθρου 36, περί υποχρέωσης χρήσης και λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, της παρ. 1 του άρθρου 72, περί εγγυήσεων, και των παρ. 1 έως 4 του άρθρου 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, οι ακόλουθες περιπτώσεις του άρθρου 32, περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση: [...] β) όπου η ανάθεση έχει επείγοντα χαρακτήρα σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 2, ή [...] 2. Στις περιπτώσεις του άρθρου 32, περί προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, η διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης διεξάγεται σύμφωνα με όσα ορίζονται στους όρους της πρόσκλησης, όπου υπάρχει, και η αξιολόγηση των προσφορών μπορεί να γίνεται σε ενιαίο στάδιο με την ανάθεση της σύμβασης. Η διαδικασία της διαπραγμάτευσης γίνεται από γνωμοδοτικό όργανο, το οποίο συγκροτείται από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 221, περί οργάνων διενέργειας ανάθεσης και εκτέλεσης δημόσιων συμβάσεων, και εισηγείται προς το αποφαινόμενο όργανο για κάθε θέμα που ανακύπτει κατά την ανάθεση της σύμβασης.[...]».

16. Επειδή, όπως γίνεται παγίως δεκτό και από τη νομολογία του ΔΕΕ, διαδικασία με διαπραγμάτευση μπορεί να κινείται μόνο στις περιπτώσεις που απαριθμούνται περιοριστικά στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18 (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον), ενώ η διαδικασία αυτή έχει εξαιρετικό χαρακτήρα σε σχέση με την ανοικτή και με την κλειστή διαδικασία (Απόφαση της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA, C-19/13, EU:C:2014:2194, σκ. 49 και απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-292/07, EU:C:2009:246, σκέψη 106 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Συνεπώς, κατά την έννοια του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24, για τη σύναψη συμβάσεων που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της Οδηγίας (και κατ' επέκταση του Ν. 4412/2016) θα πρέπει, κατά κανόνα, να διενεργείται ανοιχτός ή κλειστός διαγωνισμός (ΕΛΣυν 88/2007, 15/2008, 74/2008 και 77/2008 Πράξεις VI Τμ.), ενώ, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στην εξαιρετική διαδικασία της

Αριθμός απόφασης: 668/2022

διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, όταν έκτακτη και φανερά κατεπείγουσα ανάγκη καθιστά αδύνατη τη διενέργεια διαγωνισμού, εισάγει αναμφίβολα εξαίρεση από την κανονική διαδικασία ανάθεσης και πρέπει να ερμηνεύεται στενά, καθ' όσον με την εφαρμογή της υφίσταται παρέκκλιση από τη διαφανή διαγωνιστική διαδικασία, η οποία αποτελεί κατά την πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη, τον κανόνα και προάγει τον ανταγωνισμό στο πλαίσιο της αρχής της διαφάνειας, της αποφυγής των διακρίσεων, της καταπολέμησης της διαφθοράς και της ισότητας των φυσικών και νομικών προσώπων έναντι του νόμου (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 1 και 90 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

17. Επειδή, ειδικότερα, έχει κριθεί ότι κατά το άρθρο 28 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 22 του ΠΔ 60/2007 και πλέον άρθρο 26 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές είναι υποχρεωμένες να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους κάνοντας χρήση είτε της ανοικτής ή της κλειστής διαδικασίας είτε, σε ιδιαίτερες περιπτώσεις τις οποίες προβλέπει ρητώς το άρθρο 29 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 30 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), του ανταγωνιστικού διαλόγου είτε ακόμη, σε ειδικές περιπτώσεις οι οποίες ορίζονται ρητώς στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας αυτής (άρθρο 32 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), της διαδικασίας με διαπραγμάτευση. Η Οδηγία αυτή δεν επιτρέπει τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων με άλλες διαδικασίες (Απόφαση της 10ης Δεκεμβρίου 2009, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, C-299/08, EU:C:2009:769, σκ. 29). Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αιτιολογεί την επιλογή του εξαιρετικού αυτού νομικού πλαισίου, η εισαγωγή του οποίου στην έννομη τάξη δικαιολογείται ως ειδική επιλογή, που αποκλίνει από τον κανόνα, προκειμένου να υπηρετηθεί σε ορισμένη χρονική και χωρική συγκυρία το δημόσιο συμφέρον, όταν εξαιτίας έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης, η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαγωνιστική διαδικασία θα έθετε σε κίνδυνο υπέρτερα δημόσια αγαθά, όπως ιδίως η δημόσια υγεία, η δημόσια ή εθνική ασφάλεια κλπ. (βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 193/2010).

Αριθμός απόφασης: 668/2022

18. Επειδή, εξάλλου, έχει κριθεί (ενδεικτικά ΕλΣυν 1227/2016 VI Τμ., ΔΕΦΑΘ (Ασφ) 247/2013) ότι για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, ως τέτοιου νοουμένου εκείνου που προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ζωής, β) η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, γ) η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης, δ) η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη (όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και η γενικότερη αβελτηρία της, βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010) και τέλος, ε) η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο (ΕλΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕλΣυν 247, 249/2010 Πράξεις του VI Τμ.). 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. 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.).

19. Επειδή, η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί της προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία, επιβάλλεται οι ειδικότεροι αυτοί λόγοι να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου (πρβλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΑ ΣτΕ 515/2008, 1059/2008, ΕΛΣυν 91/2007 Πράξη του VI Τμ., ΕΛΣυν 15/2008 Πράξη του VI Τμ.), ενώ η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής των ανωτέρω περιστάσεων υπόκειται, ως νομική, σε πλήρη έλεγχο ορθής εκτιμήσεως και χαρακτηρισμού από το Δικαστήριο (πρβλ. ενδεικτικά ΕΛΣυν 280/2010 VI Τμ., ΕΛΣυν 206/2007, 41, 102/2008 Πράξεις του IV Τμ. Και ΕΛΣυν 168/2012 Πράξη του Ζ΄ Κλιμακίου). Αν δεν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η διαδικασία ανάθεσης και η συναπτόμενη κατά τη διαδικασία αυτή σύμβαση δεν είναι νόμιμη (βλ. ΕΛΣυν 4/2006 και 114/2005 Πράξεις του VI Τμ., ΕΛΣυν 58/2004 Πράξη του VI Τμ. και ΔΕΕ αποφάσεις της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, σκέψη 12, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 14 και της 2ας Ιουνίου 2005, Ψ68/04, Επιτροπή κατά Ελλάδας, EU:C:2005:347, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 40).

20. Επειδή, εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση και μάλιστα χωρίς να προηγηθεί δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, αποτελεί εξαιρετική διαδικασία, η προσφυγή στην οποία επιτρέπεται μόνον στις περιοριστικώς αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις. Κατά δε τη νομολογία του ΔΕΕ, οι εξαιρέσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο στενής ερμηνείας (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 17ης Οκτωβρίου 2011, Επιτροπή κατά Ελλάδος, C-601/2010, σκ. 32). Περαιτέρω, μία από τις εξαιρετικές περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκηρύξεως συνιστά η περίπτωση κατά την οποία λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε

Αριθμός απόφασης: 668/2022

απρόβλεπτες περιστάσεις, δεν είναι δυνατή η τήρηση των νομίμων προθεσμιών για τη διενέργεια τακτικού (ανοικτού ή κλειστού) διαγωνισμού, ως απρόβλεπτες δε περιστάσεις νοούνται εκείνα τα αιφνίδια πραγματικά γεγονότα, τα οποία, ακριβώς επειδή δεν ήταν γνωστά στην αναθέτουσα αρχή, ούτε ανάγονται στη σφαίρα της ευθύνης της, καθιστούσαν ανέφικτο τον έγκαιρο προγραμματισμό και τη λήψη των αναγκαίων για την αντιμετώπισή τους μέτρων (βλ. σχετ. ΕλΣυν 7/2007, 184/2007, 199/2007, 35/2008 Πράξεις του IV Τμ., ΕλΣυν 91/2007, 105/2007, 171/2007 Πράξεις του VI Τμ.). Ομοίως, όσον αφορά τον αντικειμενικώς απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων έργων τα οποία δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο δημοσίας συμβάσεως, σύμφωνα με το άρθρο 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάψουν σύμβαση με διαπραγμάτευση, ήτοι διαπραγματευόμενες τους όρους της συμβάσεως με οικονομικό φορέα επιλεγέντα χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, σε διάφορες περιπτώσεις μεταξύ των οποίων αρκετές χαρακτηρίζονται από τον απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων περιστάσεων. Εντούτοις, όπως προκύπτει από το γράμμα της τελευταίας περιόδου του άρθρου 28, δεύτερο εδάφιο της Οδηγίας αυτής, τούτο μπορεί να εφαρμοστεί μόνο στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται ρητώς στο άρθρο 31, όπερ σημαίνει ότι η απαρίθμηση των οικείων εξαιρέσεων πρέπει να εκληφθεί ως περιοριστική (Απόφαση της 7ης Σεπτεμβρίου 2016, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, C-549/14, EU:C:2016:634, σκ. 35). Τονίζεται δε ότι οι παρεκκλίσεις από την κανονική διαδικασία δεν μπορούν να ισχύσουν όταν οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν επαρκή χρόνο για την τήρηση της ταχείας κλειστής διαδικασίας (απόφαση 2 ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, σκέψεις 9 και 13).

21. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι το βάρος αποδείξεως σχετικά με τη συνδρομή των έκτακτων περιστάσεων που δικαιολογούν την παρέκκλιση από τους εν λόγω κανόνες φέρει ο διάδικος που τις επικαλείται (βλ. αποφάσεις της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2003, σ. I3609, σκέψη 58, της 18ης Νοεμβρίου 2004, C-

Αριθμός απόφασης: 668/2022

126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2004, σ. I-11197, σκέψη 23, της 11ης Ιανουαρίου 2005, C26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 46, καθώς και της 8ης Απριλίου 2008, C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I2173, σκέψεις 57 και 58). Ως εκ τούτου, το βάρος απόδειξης, περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών (βλ. ενδεικτικά, υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΕ, αποφάσεις της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949 και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33).

22. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως η αναθέτουσα αρχή προσέφυγε στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, καθώς εν προκειμένω δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, από τον Νοέμβριο του 2020, έως την ημέρα που προκηρύσσεται ο εν λόγω διαγωνισμός έχει παρέλθει χρονικό διάστημα ενός έτους και τεσσάρων μηνών, η δε μεσολάβηση τόσο μεγάλου χρονικού διαστήματος, μεταξύ της δημοπράτησης του έργου και του αφετηρίου γεγονότος, αναιρεί τον ίδιο τον χαρακτηρισμό του έργου ως κατεπείγοντος. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή αντί να προχωρήσει στην δημοπράτηση του εν λόγω έργου ήδη από τον προηγούμενο χειμώνα, ώστε ήδη πριν τον χειμώνα του 2022, να έχουν ολοκληρωθεί οι κατεπείγουσες εργασίες οδοποιίας, επιλέγει να πράξει τούτο έχοντας αφήσει να παρέλθει ένας βαρύς χειμώνας για τα δεδομένα της Κρήτης ενώ σε διάστημα πλέον του ενός έτους, θα μπορούσαν ευκόλως να έχουν τηρηθεί όλες οι προθεσμίες για την ανοικτή διαδικασία δημοπρασίας ενός έργου, ώστε να εξασφαλιστεί η μέγιστη δυνατή συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων και άρα ο ελεύθερος υγιής ανταγωνισμός αλλά και το μέγιστο δυνατό όφελος του δημοσίου. Το δε γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή ανατιολογήτως προέβη με διαδοχικές αποφάσεις σε εναλλαγή του τρόπου διεξαγωγής του διαγωνισμού καταδεικνύει τη μη ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης. Πέραν των ανωτέρω, από την επί τόπου αυτοψία που διενεργήθηκε από τον προσφεύγοντα στο προς εκτέλεση έργο διαπιστώθηκε ότι στις

αναφερόμενες περιοχές του υπό κατασκευή έργου, η κίνηση των οχημάτων διενεργείται κανονικά, χωρίς σοβαρές δυσκολίες, που τουλάχιστον θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν την κατεπείγουσα ανάγκη και άρα κατά την κοινή λογική δεν θα μπορούσαν τα εν λόγω τμήματα οδών να μην είναι σε καλή σχετικά κατάσταση, που να εξασφαλίζει την προσβασιμότητα χωρίς εμπόδια και κινδύνους. Επίσης, η διάθεση πίστωσης στο Δήμο ... για την υλοποίηση και του εν λόγω έργου είχε εξασφαλισθεί ήδη ένα χρόνο πριν, με αποτέλεσμα η οποία καθυστέρηση αυτού καθώς και η τυχόν διάγνωση του κατεπείγοντος να οφείλεται σε παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής. Ως προς δε την αιτιολογία της προσβαλλόμενης η αναθέτουσα αρχή αρκείται σε γενικόλογες περιγραφές των ζημιών που έλαβαν χώρα και δεν προσδιορίζει επακριβώς ποια σημεία είναι αυτά που επλήγησαν και γιατί ακριβώς απαιτείται να ακολουθηθεί η εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση.

23. Επειδή στην υπ' αριθμ. 140/2021 απόφαση, επί της οποίας ερείδεται και αποτελεί μέρος της αιτιολόγησης της μόνη παραδεκτά προσβαλλόμενης με αριθμ. πρωτ ... πρόσκλησης διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση αναφέρονται τα ακόλουθα: « Στο Δήμο ... και ειδικότερα στις Δημοτικές Ενότητες ... και ..., το χρονικό διάστημα 6-7 Νοεμβρίου 2020 εκδηλώθηκαν έντονα καιρικά φαινόμενα (ισχυρές βροχοπτώσεις, χαλαζόπτωση κλπ), τα οποία οδήγησαν στην επιφανειακή ροή μεγάλων ποσοτήτων νερού, προκαλώντας εκτεταμένες πλημμύρες και σημαντικές καταστροφές στις υποδομές των κεντρικών δημοτικών ενοτήτων αλλά και των γύρω οικισμών των παραπάνω περιοχών. Οι καταστροφές αφορούν κυρίως ζημιές στο οδικό δίκτυο της περιοχής και στα συνοδά τεχνικά έργα τους. Συνέπεια της εν λόγω θεομηνίας που έπληξε τις ανωτέρω περιοχές του Δήμου, ήταν αυτές να κηρυχθούν σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης πολιτικής προστασίας. Έπειτα από σειρά αυτοψιών που πραγματοποίησε η Δ/ση Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου ..., διαπιστώθηκε ότι οι μεγαλύτερες καταστροφές καταγράφονται στις ακόλουθες περιοχές

- 1η περιοχή: ...
- 2η περιοχή: οικισμοί ...

Αριθμός απόφασης: 668/2022

- 3η περιοχή: ...
- 4η περιοχή: ...
- 5η περιοχή: ...
- 6η περιοχή: ...
- 7η περιοχή: ...
- 8η περιοχή: ...
- 9η περιοχή: ...

Ειδικότερα, τα ραγδαία πλημμυρικά και κατολισθητικά φαινόμενα, καθώς και η μεταφορά μεγάλης ποσότητας φερτών υλικών είχαν ως αποτέλεσμα, σύμφωνα με τα αποτελέσματα των αυτοψιών που διενεργήθηκαν, την εκδήλωση πλημμυρικών, κατολισθητικών και διαβρωτικών φαινομένων. Αποτέλεσμα της εκδήλωσης των προαναφερόμενων φαινομένων ήταν η καταστροφή μεγάλου μήκους του δημοτικού και αγροτικού οδικού δικτύου, η καταστροφή οδοστρωμάτων, η καταστροφή έργων υποδομής, η κατάρρευση σημαντικών τμημάτων του εν λόγω δικτύου (επιχώματα και ορύγματα) και η καταστροφική συσσώρευση σημαντικών ποσοτήτων φερτών υλικών επί του οδικού δικτύου και σε κάποιες περιπτώσεις εντός οικισμών. Επιπροσθέτως, παρατηρήθηκαν και καταγράφηκαν μεγάλες εκτάσεις καλυμμένες από τα πλημμυρικά ύδατα και φερτά υλικά, καθώς επίσης και εκτάσεις που χάθηκαν λόγω της διεύρυνσης της κοίτης των ποταμών και των ρεμάτων. Από τις ζημιές που συνέβησαν, σημαντικά σημεία/τμήματα του οδικού δικτύου αρμοδιότητας μας, έχουν καταστεί μη λειτουργικά, με αποτέλεσμα να έχουν προκληθεί πολύ σοβαρά προβλήματα στη μετακίνηση και πρόσβαση των πολιτών προς τις οικίες, τις επιχειρήσεις αλλά και προς τις αγροτικές εκμεταλλεύσεις τους, ζήτημα το οποίο λαμβάνει το χαρακτήρα του επείγοντος, δεδομένης και της αγροτικής οικονομικής βάσης του Δήμου μας. Το γεγονός δε αυτό, συνεπάγεται σημαντική υποβάθμιση των πληγεισών περιοχών, αδυναμία ασφαλούς και απρόσκοπτης μετακίνησης των πολιτών και διάρρηξη των συνθηκών τοπικής οικονομικής και κοινωνικής συνοχής, ζήτημα για το οποίο καθίσταται απολύτως επείγουσα και αναγκαία η παρέμβαση του Δήμου. Σε κάθε περίπτωση, το σύνολο των εν λόγω προβλημάτων, χρήζουν επείγουσας επέμβασης για την αποκατάσταση των άμεσων ζημιών, διότι από τις εν λόγω

ζημιές ελλοχεύει ο κίνδυνος επανάληψης αντίστοιχων φαινομένων, ακόμη και στην περίπτωση εκδήλωσης καιρικών φαινομένων μικρότερης έντασης αν ληφθεί υπόψη η τρωτότητα των ανθρωπογενών κατασκευών λόγω της επιβάρυνσης τους από τα προαναφερόμενα φαινόμενα. Παράλληλα στην περίπτωση επανάληψης αντίστοιχων καιρικών φαινομένων, πέρα από τις υλικές ζημιές, κινδυνεύει και η σωματική ακεραιότητα των δημοτών και των διερχόμενων οδηγών - πεζών. Επιπλέον, σε κάποιες περιπτώσεις η διαμορφωθείσα κατάσταση εγκυμονεί κινδύνους κατάρρευσης σημαντικών τμημάτων του δημοτικού οδικού δικτύου, καθώς και γειτνιαζόντων τεχνικών έργων, καθώς και επέκτασης των κατολισθητικών φαινομένων σε τμήματα των εν λόγω οδών που γειτνιάζουν με τα ίχνη των ουλών των καθιζήσεων. Προς επίρρωση των παραπάνω και σχετικά με τα καταγεγραμμένα βροχομετρικά στοιχεία του φθινοπώρου του έτους 2020, [...] την περίοδο Σεπτέμβριος – Δεκέμβριος 2020, διαπιστώθηκε σημαντική διαφοροποίηση σε σχέση με τα μέχρι τώρα γνωστά βροχομετρικά στοιχεία. Ειδικότερα, σύμφωνα με τα στοιχεία από το δίκτυο των μετεωρολογικών σταθμών του ... (...), στην ευρύτερη περιοχή των εδαφικών αστοχιών παρατηρήθηκε ιδιαίτερα μεγάλη αυξητική ποσοστιαία μεταβολή. Συγκεκριμένα την αναφερόμενη χρονική περίοδο, το ύψος βροχής στο σταθμό ... αυξήθηκε κατά 257%, ενώ στο σταθμό ... κατά 225%. Ο μέσος όρος ύψους βροχής των Φθινοπωρινών μηνών κατά τα έτη 2010-2019 από 125mm (...), εκτινάχθηκε σε 447mm κατά το έτος 2020 στο σταθμό του ... Αντίστοιχα για τον σταθμό ... ο μέσος όρος ύψους βροχής των Φθινοπωρινών μηνών κατά τα έτη 2010-2019 από 229mm (...), εκτινάχθηκε σε 744mm κατά το έτος 2020. Οι πλησιέστεροι στην πληγείσα περιοχή σταθμοί του ... και σε απόσταση 8km περίπου εκατέρωθεν, είναι ο σταθμός ... και ο σταθμός [...] δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές ή με διαπραγμάτευση διαδικασίες με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, διότι αυτό θα επέφερε μη άμεση αποκατάσταση των τμημάτων του βλαφθέντος δημοτικού οδικού δικτύου με δυσμενείς συνέπειες στην ασφάλεια της κυκλοφορίας των οχημάτων, τον κίνδυνο διακοπής της κυκλοφορίας και την επέκταση των υφιστάμενων καθιζήσεων - κατολισθήσεων. Επιπλέον, στις περιοχές όπου

Αριθμός απόφασης: 668/2022

ρέματα διατρέχουν τους οικισμούς, η μη άμεση αποκατάσταση της αντιπλημμυρικής θωράκισης τους, εγκυμονεί τον κίνδυνο επανάληψης των προαναφερόμενων καταστροφικών φαινομένων, στην περίπτωση επανάληψης αντίστοιχων καιρικών φαινομένων[...]».

24. Επειδή, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 18-20, τα έντονα καιρικά φαινόμενα που έλαβαν χώρα στις 6-7 Νοεμβρίου 2020 στο Δήμο ... δεν ανάγονται στη σφαίρα ευθύνης της αναθέτουσας αρχής, ούτε ήταν αντικειμενικώς δυνατό να αντιμετωπιστούν με προληπτικά μέτρα και άρα συνιστούν απρόβλεπτο γεγονός, το οποίο άλλωστε δεν αμφισβητεί ο προσφεύγων. Συνεπεία δε της επέλευσης του εν λόγω απρόβλεπτου γεγονότος, προκλήθηκαν εκτεταμένες φθορές στο οδικό δίκτυο εννέα περιοχών αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής, με αποτέλεσμα την αδυναμία ασφαλούς και απρόσκοπτης μετακίνησης και πρόσβασης των πολιτών στις πληγείσες περιοχές και άρα, κατά τη λογική και τα διδάγματα της κοινής πείρας προδήλως προέκυψε επείγουσα ανάγκη επέμβασης προς αποκατάστασης των ζημιών. Η δε εκτέλεση του υπό ανάθεση έργου είναι απολύτως απαραίτητη, καθώς ως αναφέρεται στην υπ' αριθμ. 45/2021 μελέτη «...από τις εν λόγω ζημιές ελλοχεύει ο κίνδυνος επανάληψης αντίστοιχων φαινομένων, ακόμη και στην περίπτωση εκδήλωσης καιρικών φαινομένων μικρότερης έντασης αν ληφθεί υπόψη η τρωτότητα των ανθρωπογενών κατασκευών λόγω της επιβάρυνσης τους από τα προαναφερόμενα φαινόμενα. Παράλληλα στην περίπτωση επανάληψης αντίστοιχων καιρικών φαινομένων, πέρα από τις υλικές ζημιές, κινδυνεύει και η σωματική ακεραιότητα των δημοτών και των διερχόμενων οδηγών - πεζών. Επιπλέον, σε κάποιες περιπτώσεις η διαμορφωθείσα κατάσταση εγκυμονεί κινδύνους κατάρρευσης σημαντικών τμημάτων του δημοτικού οδικού δικτύου, καθώς και γειτνιαζόντων τεχνικών έργων, καθώς και επέκτασης των κατολισθητικών φαινομένων σε τμήματα των εν λόγω οδών που γειτνιάζουν με τα ίχνη των ουλών των καθιζήσεων».

25. Επειδή, περαιτέρω, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φάκελου και δη το Παράρτημα ΙΙ των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, μέχρι και το Μάρτιο 2022 υφίστανται σημαντικές φθορές στο οδικό δίκτυο των πληγέντων

Αριθμός απόφασης: 668/2022

περιοχών, οι οποίες δεν έχουν αποκατασταθεί, ενώ αορίστως και αναποδείκτως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι από αυτοψία που πραγματοποίησε διαπίστωσε ότι στις περιοχές του υπό κατασκευή έργου η κίνηση των οχημάτων διενεργείται κανονικά και χωρίς σοβαρές δυσκολίες, καθώς ουδέν προσκομίζει προς απόδειξη των ισχυρισμών του. Εξάλλου το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη αρχικώς σε κάποιες πρόσκαιρες και μικρές επεμβάσεις των πλέον επείγοντων ζημιών ουδόλως ήταν επαρκές για την αντιμετώπιση των φθορών στο οδικό δίκτυο, ενόψει της έκτασης και της σοβαρότητας αυτών, ούτε αναιρεί την ύπαρξη ανάγκης άμεσης επέμβασης στις πληγείσες περιοχές προκειμένου να ολοκληρωθεί η αποκατάσταση του συνόλου των φθορών, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα στο υπόμνημά του τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Προς επίρρωση δε του γεγονότος ότι μέχρι και την έκδοση της προσβαλλόμενης πρόσκλησης εξακολουθεί να συντρέχει η επείγουσα ανάγκη εκτέλεσης του υπό κρίση έργου επισημαίνεται ότι, με τη με αρ. πρωτ. .../10.11.2020 απόφαση του Γενικού Γραμματέα ..., οι Δημοτικές ενότητες ... και ... του Δήμου ... κηρύχθηκαν από την ημερομηνία εκδήλωσης των φαινομένων και έως και την 6 Μαΐου 2021 σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης για την αντιμετώπιση τη διαχείριση των συνεπειών από πλημμυρικά και κατολισθητικά φαινόμενα που προέκυψαν από τις ισχυρές βροχοπτώσεις που εκδηλώθηκαν στις 6/7.11.2020, με τις δε με αριθμ. πρωτ. ... και ... αποφάσεις του Γενικού Γραμματέα ... παρατάθηκε η κήρυξη των ως άνω περιοχών σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης έως και την 6 Μαΐου 2022. Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων επικαλείται νομολογία που αφορά εντελώς διαφορετικά και μη σχετιζόμενα με την υπό κρίση περίπτωση πραγματικά δεδομένα, ενόψει και της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών.

26. Επειδή, επίσης, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η αναθέτουσα αρχή πέραν των αρχικών πρόσκαιρων επεμβάσεων ξεκίνησε και ολοκλήρωσε σύντομα τη διαδικασία αναλυτικής καταγραφής των ζημιών που προκλήθηκαν στις πληγείσες περιοχές. Στη συνέχεια με τα αριθμ πρωτ. 531/15.01.2021 και 1898/19.02.2021 έγγραφα υπέβαλε στο Υπουργείο ... αίτημα για τη χρηματοδότηση του έργου από το Πρόγραμμα Δημοσίων

Αριθμός απόφασης: 668/2022

Επενδύσεων, το οποίο εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 953/αρ. πρωτ. 49836/28.04.2021 απόφαση του Υφυπουργού ... σύμφωνα με την οποία η διατιθέμενη πίστωση του έργου για το έτος 2021 ανέρχεται σε 450.000,00€ και για το έτος 2022 ανέρχεται σε 1.550.000,00€. Ακολουθώντας με την με αρ. πρωτ. 123109/12.05.2021 απόφαση του Υπουργείου ... εγκρίθηκε η δέσμευση του σχετικού ποσού. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι, κατά τη λογική και τα διδάγματα της κοινής πείρας, το χρονικό διάστημα των δυο μηνών που η αναθέτουσα αρχή χρειάστηκε για την πλήρη καταγραφή των ζημιών, την εξέταση της επάρκειας των ιδίων μέσων για την αντιμετώπιση των ζημιών και την υποβολή αιτήματος χρηματοδότησης είναι εύλογο και σύντομο, ενώ προδήλως αβασίμως ο προσφεύγων προβάλλει στο υπόμνημά του ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε ήδη από το Νοέμβριο του 2020 να υποβάλει αίτημα χρηματοδότησης του έργου. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή προχώρησε άμεσα στη σύνταξη της υπ' αριθμ. 44/2021 τεχνικής μελέτης και βάσει αυτής με την τρίτη προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 140/16.06.2021 απόφαση εγκρίθηκαν η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σχετικής προκήρυξης για την εκτέλεση του έργου σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 (γ) και 32Α του Ν 4412/2016, λόγω κατεπείγουσας ανάγκης και οι όροι της σχετικής πρόσκλησης. Ωστόσο, η εν λόγω απόφαση ακυρώθηκε με τη με αρ. πρωτ. 5821/19.07.2021 απόφαση της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ... αλλά κατόπιν άσκησης με της με αρ. πρωτ. 12297/20.08.2021 προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή, η Ειδική Επιτροπή του άρθρου 152 Ν. 3463/2006 Ν. ..., με την υπ' αριθμ. 60/22.10.2021 απόφαση ακύρωσε τη με αρ. πρωτ. 5821/19.07,2021 απόφαση της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ... κρίνοντας ότι νομίμως η αναθέτουσα αρχή δύναται να προβεί στη ανάθεση του έργου μέσω της προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης καθώς συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2γ του ν. 4412/2016. Σημειώτεον επίσης ότι και στο με αριθμ. πρωτ. 58107/5.08.2021 έγγραφο του Υπουργείου Εσωτερικών αναφέρεται ότι είναι δυνατή η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης βάσει του άρθρου 32 του ν.

Αριθμός απόφασης: 668/2022

4412/2016 λόγω της κήρυξης των περιοχών σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης και εφόσον δεν έχουν αντιμετωπιστεί ακόμα οι καταστροφικές επιπτώσεις. Σε συνέχεια των ανωτέρω, εκδόθηκε η δεύτερη προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 357/21.12.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία επικαιροποιήθηκαν οι όροι της πρόσκλησης σύμφωνα με τις τροποποιήσεις που επήλθαν στο Ν. 4412/2016 με το Ν. 4782/2021 και ακόλουθως κατόπιν ελέγχου νομιμότητας της υπ' αριθμ. 357/2021 από την Αποκεντρωμένη Διοίκηση ... εκδόθηκε η αρ. 32/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής με την οποία διορθώθηκε η υπ' αριθμ 357/2021 απόφαση και εν τέλει εκδόθηκε η με αρ. πρωτ. ... προσβαλλόμενη πρόσκληση. Επομένως, εκ των προαναφερθέντων πραγματικών δεδομένων προκύπτει ότι οι περιστάσεις που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή για την κατεπείγουσα ανάγκη εκτέλεσης του έργου δεν οφείλονται σε υπαιτιότητα της και τεκμηριώνεται πλήρως η ύπαρξη χρονικής εγγύτητας από το χρόνο εκδήλωσης του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι την έκδοση της προσβαλλόμενης πρόσκλησης. Ενόψει δε των προεκτεθέντων, αβασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή καθυστέρησε λόγω εναλλαγής των διαδικασιών ανάθεσης, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή εξαρχής και σταθερώς επιδίωξε την εκτέλεση του έργου με προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και η υπ' αριθμ. 213/2021 απόφαση περί διενέργειας του έργου με ανοιχτή διαδικασία εκδόθηκε μετά την ακύρωση της υπ' αριθμ. 140/2021 απόφασης και εκκρεμότητας της εξέτασης της προσφυγής της αναθέτουσας αρχής από την Ειδική Επιτροπή προκειμένου να μη χαθεί επιπρόσθετος χρόνος σε περίπτωση που εν τέλει η Ειδική Επιτροπή απέρριπτε την προσφυγή της, το οποίο όμως ουδόλως έπραξε, τουναντίον δε επικύρωσε την κρίση της αναθέτουσας αρχής περί δυνατότητας προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης. Συνεπώς, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την προσβαλλόμενη πρόσκληση αφενός μεν ορθώς και νομίμως καθώς συντρέχουν όλες οι προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2 γ', αφετέρου με πλήρη και επαρκή αιτιολογία, δοθέντος ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης δύναται να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και ως εκ τούτου η προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί εν συνόλω ως αβάσιμη.

Αριθμός απόφασης: 668/2022

27. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

28. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

29. Επειδή η παρέμβαση θα πρέπει να γίνει δεκτή.

30. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 28, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή

Δέχεται την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Απριλίου 2022 και εκδόθηκε στις 3 Μαΐου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ